



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0001
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- CONTRALORIA DISTRITAL D E CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2007-00815-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIÉCISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

Página 1

SALA DE DECISION No. 004

Cartagena de Indias D. T. y C., Diciembre seis (6) de dos mil trece (2013)

Sentencia N° 320 -/2013

1º instancia.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-33-31-003-2007-00815-00
Clase de proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. –
CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA

Tema: Juicio de responsabilidad fiscal

La Sala de decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., el señor CARLOS DIAZ REDONDO, con citación y audiencia del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C. y la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, reclama la declaración de nulidad de los siguientes actos administrativos que contienen el fallo de responsabilidad fiscal dictado en contra del demandante, a saber:

- Fallo con responsabilidad fiscal emanado de la dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Acciones Judiciales de la Contraloría Distrital de

Cartagena de Indias, dictado dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 020/04, de fecha junio 16 de 2006, por medio del cual se falló con responsabilidad en contra del demandante, en su calidad de Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena, por el trámite administrativo que concluyó con la construcción del edificio "Parque de la comida Caribe", por el daño patrimonial producido al erario con ocasión del mismo por la suma de \$1.135.705.142,80.

- Auto que negó el recurso de reposición y en subsidio concedió el recurso de apelación dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 020/04, fechado en febrero 7 de 2007.
- Auto No. 028 de Junio 4 de 2007, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación y se confirmó el fallo con responsabilidad fiscal.

A título de restablecimiento del derecho, reclama el demandante que se revoque, invalide o deje sin efectos jurídicos la sanción que le fue impuesta, se le declare exonerado de toda responsabilidad fiscal, se ordene la cesación del proceso coactivo radicado bajo el No. 002-2007, se ordene la exclusión del demandante del boletín de responsables fiscales y se condene a las demandadas al pago de la indemnización de perjuicios morales causados al actor, así como al pago de las costas del proceso.

Como soporte de sus pretensiones el actor informa los hechos que se resumen a continuación:

1. A raíz de sesión del Concejo Distrital de Cartagena de Indias realizada el 02 de febrero de 2004, donde se plantearon algunos interrogantes sobre el costo y la utilidad del inmueble de propiedad del Distrito de Cartagena construido en la administración del Alcalde CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO periodo 2001 – 2003, para destinarlo a vendedores ambulantes de comida caribeña, que se denomina PARQUE DE LA COMIDA CARIBE, la Contraloría Distrital inició la investigación fiscal correspondiente, a fin de determinar la presunta existencia de detrimento patrimonial al erario público distrital.
2. Como consecuencia del anterior debate, LA CONTRALORIA Distrital ordenó el inicio de la correspondiente indagación preliminar, el día 30 de abril de 2004, determinando la vinculación del demandante y de la

señora SILVANA GIAIMO CHAVEZ, Secretaria de Planeación Distrital de la época.

3. En virtud de las preliminares adelantadas se incorporaron al expediente los documentos alusivos a los requisitos previos y necesarios para acometer este tipo de obra pública.
4. La obra pública fue ejecutada dentro de los términos y plazos establecidos, concluyendo la ejecución de la misma en el año 2004, es decir, en la administración posterior a la del demandante, que concluyó en noviembre 29 de 2003.
5. No obstante el material probatorio recaudado, se procedió a dar apertura al proceso de responsabilidad fiscal el día 27 de julio de 2004, determinando como entidad afectada al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y, como presuntos responsables, a CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO y SIVIANA GIAIMO CHAVEZ.
6. El 19 de diciembre de 2004 se profirió auto de imputación fiscal contra CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO y SILVANA GIAIMO CHAVEZ, por considerar que la conducta de estos ex - funcionarios estaba comprometida en el supuesto perjuicio patrimonial que se pudiera configurar con la ejecución del contrato que tenía como objeto la construcción del PARQUE DE LA COMIDA CARIBE, sin embargo tal fin no se había podido alcanzar por varias razones y se estimó en la imputación que el supuesto daño lo configuraba la totalidad del valor de la obra, pese a que se demostró que la no tiene sobrecosto alguno.
7. El 16 de junio de 20065 se produjo fallo con responsabilidad fiscal contra CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO, a quien se consideró como agente titular de la gestión fiscal cuya conducta, supuestamente, originó daño patrimonial al erario público por la planeación ineficiente en la concepción y ejecución de la obra Parque de la Comida Caribe que, en criterio del juzgador de instancia, configuran daño por el valor total de la obra ya que esta es, supuestamente, una ineficiente e ineficaz inversión de recursos del Distrito dado que la obra no logró la relación costo beneficio, y el fin que se esperaba de ella en un entorno geográfico que no era, supuestamente, el escenario idóneo para tal efecto.
8. Dentro del fallo con responsabilidad fiscal se consideró que al participar la Secretaría de Planeación en la fase dinámica de la planeación pero

no en la de decisión de hacer el proyecto, no se configura en ésta culpa en los requerimientos de la ley fiscal, por no tener el mencionado poder decisorio y asunción de responsabilidades desde el punto de vista del gasto, por lo que a su favor se profirió fallo a favor sin responsabilidad fiscal.

9. Enterado el demandante de la decisión anterior, a través de apoderado, interpuso recurso de reposición y apelación en subsidio. En los actos administrativos que resolvieron los recursos se confirma en su integridad el fallo con responsabilidad fiscal.
10. En abril de 2001 se surtió el requisito de inscripción del proyecto "*Construcción e Infraestructura para el funcionamiento del Parque de la Comida Caribeña en el Distrito de Cartagena*" en el banco de Programas y Proyectos que lleva la Secretaría de Planeación Distrital, como encargada de la función de planeación del desarrollo de la ciudad.
11. Los objetivos del proyecto eran: rescatar el patrimonio gastronómico de Cartagena, recuperar el espacio público en el entorno del Centro Histórico y el Castillo de San Felipe, ofrecer un modelo exitoso de formalización de la economía, ofrecer a ciudadanos y turistas la oportunidad de disfrutar y/o conocer la gastronomía y otras expresiones populares del patrimonio Caribe colombiano.
12. Definido el proyecto y su inversión desde la Secretaría de Planeación, el Distrito obtuvo todos los permisos necesarios para la construcción del Parque de la Comida Caribe.
13. En el Plan de Desarrollo, aprobado mediante Acuerdo Distrital No. 014 de 2001, se incluye el Parque de la Comida Caribe en el programa integral de recuperación de bordes del Centro Histórico.
14. El 30 de diciembre de 2002 se suscribió con el Consorcio Parque Caribe Etapa I, el contrato de obra pública No. 606962 para la construcción del parque de la Comida Caribe Etapa I, con un término de duración de 120 días y plazo de ejecución de obras de 90 días.
15. En el expediente del proceso de responsabilidad fiscal seguido contra el demandante, se evidencia que el proyecto cumplió con todas las fases de la planeación, gestión y ejecución, es decir que el proyecto Parque de la Comida Caribeña es el resultado de un ejercicio juicioso de planeación que concluyó eficazmente.

16. En el proceso también está probado que los costos de la obra pública se corresponden con los precios de mercado o los justos precios de este tipo de proyectos, no teniendo reparo o reproche alguno sobre este aspecto económico, de tal manera que no existe detrimento alguno por ocasión de la construcción, única etapa en la que participó el actor, ya que no tuvo injerencia en la posterior destinación del inmueble.
17. La Contraloría llega a tres conclusiones: i) que las deficiencias en la gestión pública se dieron en la etapa de planeación, pero se exonera de responsabilidad a quien tuvo a su cargo la planeación del desarrollo de la ciudad y lideró el proceso de formación del Plan de Ordenamiento Territorial, el Plan de Desarrollo 2001 – 2003 y el diseño del proyecto específico Parque de la Comida Caribe; ii) que en la ejecución de la obra y sus resultados los costos económicos se cumplieron cabalmente; y, iii) que el problema que se ha presentado con la obra es la falta de uso y no la construcción, bien el uso para el que estaba destinado inicialmente u otro distinto que se definiera por parte de las autoridades distritales que sucedieron al demandante.
18. Que en el expediente no se demostró daño fiscal de ningún otro tipo por parte del demandante, por tanto no hubo perjuicio indemnizable que permitiera al ente de control determinar una responsabilidad en contra del actor, toda vez que a su administración le correspondió la ejecución de la obra pública donde debía funcionar el llamado Parque de la Comida Caribe.
19. Con la deficiencia antes anotada, de ausencia de daño la cual es de orden estructural en el proceso de responsabilidad, el ente de control responsabiliza fiscalmente al demandante sin que se haya determinado el daño en todos los elementos que lo componen, ni la culpabilidad subjetiva como supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad.
20. Pese a que para el ente de control el daño patrimonial al Distrito se debió a la falta de planeación del proyecto, no tuvo en cuenta que este proyecto no solo estaba contemplado en los instrumentos jurídicos y técnicos que determinan el desarrollo, como el Plan de Ordenamiento Territorial y el Plan de Desarrollo, sino que el mismo se hizo cumpliendo todos los requisitos de ley en cuanto a viabilidades y autorizaciones de las autoridades competentes.

21. El fallo de responsabilidad fiscal y las decisiones que confirman en vía gubernativa, adolecen de múltiples y graves vicios en su formación y en su contenido, vicios de los cuales deviene su nulidad absoluta, por haber sido expedidas infringiendo normas superiores en las cuales debía fundarse, por haber sido expedidas con falsa motivación y por lo tanto deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.
22. Dada la ilegalidad de los actos atacados, con los mismos se han generado múltiples perjuicios al demandante, que se reflejan en la alteración de su estabilidad emocional, afectación de su imagen y buen nombre ante la comunidad, la incertidumbre de posibles embargos y pérdidas del patrimonio familiar, todo lo cual le ha ocasionado graves perjuicios de tipo moral que deben ser reconocidos y pagados por la entidad demandada.

Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la parte actora identifica las normas que estima violentadas con los actos acusados, así:

De la Constitución Política los arts. 29 y 90; el bloque de legalidad del proyecto, contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial Decreto Distrital No. 0977 de 2001, Plan de Desarrollo 2001 -2003, Resoluciones 020 de Febrero 19 de 2003 mediante la cual se otorga licencia de construcción por la Curaduría Urbana No. 2 y Resolución No. 0148 de marzo 27 de 2002 emanada de CARDIQUE dando la viabilidad ambiental al proyecto.

El concepto de violación se expresa con los argumentos que se referencian a continuación:

Se presenta una falsa motivación en los actos atacados porque desconocieron las normas que viabilizaron el proyecto cuestionado y, acudiendo a la forma de un proceso fiscal, se expide un acto administrativo irregular presentando una responsabilidad patrimonial inexistente.

En efecto, en el expediente se evidencia que la obra pública se hizo conforma todos los aspectos legales, técnicos y económicos que respaldan y soportan la actuación administrativa, y acomodando el acto

administrativo al hecho según el cual el bien u obra pública no se ha utilizado para lo que se planeó y construyó, culmina absurdamente y declara un daño no real, atribuyéndolo a quien tuvo a su cargo la gestión sobre la etapa inicial de ejecución de la obra y no sobre la culminación de la misma y puesta en marcha del proyecto, maxime cuando durante el año 2004, en audiencia de pacto de cumplimiento dentro de la acción popular del Ministerio de Cultura contra el Distrito de Cartagena, radicado No. 004-2003-0244-00, la administración distrital acordó, con efectos de sentencia y cosa juzgada, modificar el uso para el cual había sido destinado en sus inicios (Se cambió el Parque de la Comida Caribeña por el Parque de la Cultura Caribe y con ello su destinación).

Es decir, no se configuró daño ni perjuicio a la Administración puesto que la obra no tuvo problemas de costos económicos ni defectos técnicos ni estructurales, como tampoco jurídicos.

Darle el uso al Parque de la Comida Caribe para el cual se planificó y construyó dependió única y exclusivamente de la voluntad política y administrativa de los gobernantes distritales posteriores al demandante.

Sobre este punto la Contraloría Distrital de Cartagena en la providencia mediante la cual resolvió el recurso de apelación, (...) expresó:

(...)

La falsa motivación es el principal vicio que tiene el acto administrativo que se demanda (auto No. 028 de junio 4 de 2007) porque las razones de hecho y de derecho que expresamente expone la Contraloría Distrital para fundamentar su decisión son opuestas a la realidad procesal, es decir, son equivocadas sus motivaciones y contrarias a los fines de la norma que buscan proteger el patrimonio distrital. En este sentido se ha demostrado que los costos de la obra (...) se corresponden con los precios del mercado o los justos precios de este tipo de proyectos, no teniendo la Contraloría Distrital de Cartagena reproche alguno sobre el aspecto económico, lo que se reprocha a mi representando es que la obra no se ha usado, y ello, se reitera, es asunto que no dependió del exalcalde Carlos Alberto Díaz Redondo, sino de sus sucesores en el Palacio de la Aduana, los que no la destinaron para el propósito que se planeó en el Plan de Desarrollo y en el Plan de Ordenamiento Territorial, de tal manera que no existe detrimento alguno por ocasión de la construcción, única etapa en la que participó mi

mandante ya que no tuvo injerencia en la posterior destinación del inmueble.

(...)

El no uso del parque corresponde a decisiones políticas ajenas a mi representado que obedece a las malas prácticas políticas tradicionales de obstaculizar, frenar, impedir y, en todo caso, rechazar lo que proviene de administraciones anteriores.

¿Por qué no se le dio el uso para el cual fue destinado inicialmente?, es el gran interrogante que surgió en todo el proceso, y que no fue respondido por la Contraloría. Por el contrario, se retrotrajo la responsabilidad de posteriores alcaldes a mi mandante, expidiendo, en consecuencia, un acto administrativo confuso, farragoso, falto de una motivación relacionada con las pruebas, incurso en una falsa motivación o inexactitud. En fin, violando de paso el Principio General del Derecho Probatorio que ordena al fallador inspirar su juicio en el discurso de la prueba legal y regularmente arimada al proceso.

(...)

En este acto administrativo, además de no demostrarle el daño y en consecuencia el detrimento patrimonial, carece de un examen y análisis de la conducta dolosa o gravemente culposa del Doctor (...), pues el artículo 90 de la Constitución determinó que en el evento de daño, y por tanto de la indemnización, es necesario que ello haya sido producto de la conducta dolosa o gravemente culposa de su agente, este deba responder, esto es retribuir al Estado, por un daño causado a sí mismo, dada la mala ejecución de las funciones u obligaciones de uno de sus agentes, lo cual no ha ocurrido en este caso; y de existir un reproche no es producto de las funciones que éste desarrolló, sino de la falta de uso del inmueble. Y es que el deterioro que haya podido sufrir el inmueble es dado a la negligencia de quienes han tenido su custodia, por ello constituye falsa motivación el acto del contralor distrital.

Por último, y conforme a lo anterior, es de anotar que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado que los vicios sustanciales de trámite o del debido proceso, tienen la virtud de generar la anulación del acto que lo padece como el caso objeto de esta demanda, por las razones aquí expuestas y que se identifican en el expediente de la Contraloría Distrital

que siguió el juicio de responsabilidad fiscal contra mi representado, el cual valga reiterar desobedece lo probado para empalmar un acto administrativo contrario a derecho.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Admitida la demanda por esta Corporación a través de auto calendarado en febrero 25 de 2008 y notificadas las entidades públicas demandadas, las mismas concurren al proceso debidamente representadas a través de apoderado judicial, para dar contestación al libelo en los siguientes términos:

Contestación a la demanda por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias:

Concurrió al proceso representada judicialmente para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante y admitir parcialmente los hechos de la demanda.

Como razones de la defensa expuso que las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados son el fruto de la actuación administrativa surtida dentro del proceso No. 020 de 2004, por lo que su examen debe realizarse de manera integral y lógica, siendo necesario para ello citar el trámite primigenio del proceso, el cual desde su inicio deja sentado que sí se examinaron los presupuestos legales que sustentan el proyecto y la obra concreta del Parque de la Comida Caribe y cuyos visos de legalidad no son por sí solos el justificante de una gestión fiscal ineficiente e ineficaz para el logro de los fines esenciales del Estado.

Afirma que no es cierto que la Contraloría haya sido prolija para determinar y sustentar los elementos de la responsabilidad fiscal, pues se abunda en las objeciones en la fase de planeación y ejecución que en forma técnica se describieron y detectaron para fundamentar el daño y no radicó el daño en la falta de uso, pues ello es consecuencia real del daño.

Agrega que, resulta inicuo que el demandante insista en interponer como argumento excluyente de la responsabilidad fiscal que la gestión fiscal solo se limitó a la planeación y ejecución de la obra y *Darle el uso al Parque de la Comida Caribe para el cual se planificó y construyó dependió única y exclusivamente de la voluntad política y administrativa posteriores*, en un claro

desconocimiento del pacto de cumplimiento al cual se vio avocado el Distrito ante la Acción Popular de nada más y nada menos que el Ministerio de Cultura, quien estableció varias de las falencias de la obra con la debida antelación. Es por demás evidente que las pruebas demuestran las inconsistencias, variaciones en la planeación y ejecución de la obra, estas sí sustanciales, como se verifica en los fundamentos del fallo del 16 de junio de 2006 y que nunca fueron desvirtuadas, es más, trató de plantearse últimamente que el Parque de la Comida Caribe es una obra con vocación de beneficio social, más que económico, sin embargo, es incuestionable que los vendedores capacitados, superior al número real de beneficiarios, jamás podría utilizar una obra circundada por desechos orgánicos, químicos y en presentación de focos de contaminación como talleres de mecánica, caballerizas y en inmediaciones de los vertimientos de aguas negras cercanas que imposibilitan el supuesto uso. Ello sin contar que la recuperación de los cuerpos de agua no se consiguió con esta obra, otro aspecto que redundaba en lo suntuario de la misma y que sin lugar a dudas configura un daño fiscal al erario público atribuible a la gestión fiscal del demandante en ausencia de alguna causal excluyente de responsabilidad.

Contestación a la demanda por el Distrito de Cartagena: A través de apoderado constituido al efecto se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, admitió los hechos parcialmente, negó otros y reclamó la probanza de los referidos a los perjuicios sufridos por el actor y propuso como excepciones de mérito la que llamó de INEXISTENCIA DE OBLIGACION A CAGO DEL DEMANDADO DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

Como argumentos de defensa expuso, que el fallo de responsabilidad fiscal se produjo conforme a la Constitución y la ley, como resultado de la investigación que de manera expresa solicitó el Concejo Distrital de Cartagena en sesión del 2 de febrero de 2004 donde se plantearon varios interrogantes sobre el costo y utilidad del Edificio Parque de la Comida Caribeña y obras accesorias complementarias, y la investigación concluyó estableciendo que el demandante no ajustó su proceder al art. 209 C.N, que lo obligaba a desplegar la función administrativa al servicio de los intereses generales y a desarrollarla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que la administración en cabeza del ex

alcalde no previó el momento en que entraría en actividad la onerosa obra, ni a cargo de quién, siendo inaceptable desde la óptica de la integralidad el alegar la falta de competencia o el desplazar hacia otra dependencia de la administración el manejo de tal evento.

Agrega que, cuando una entidad u organismo público por causa de la culpa, negligencia, descuido o dolo de un servidor público, a cuyo cargo esté la gestión fiscal de los recursos públicos, ejecuta una obra que resulta inoperante, por no haber alcanzado los objetivos propuestos y por ende termina siendo un desperdicio de recursos para la entidad, como en este caso, debe pagar una suma de dinero por concepto de sanción fiscal, como castigo de que su conducta se califique como ineficiente y antieconómica.

Expresa que, aunque el inoperante edificio nació a la vida jurídica sin aparentes reparos, es importante tener en cuenta que el ente de control encontró halló probadas innumerables circunstancias que a la luz del ordenamiento legal hicieron del proyecto un despilfarro de recursos con cargo al erario distrital, tales como:

1. Ausencia de solución para el eventual flujo vehicular y demanda de aparcamiento.
2. Inconveniencia de factores ambientales del entorno del Parque, en este punto el ente de control determinó que la gestión cumplida en la construcción y aislamiento del mismo para su entrada en funcionamiento no fue acorde siquiera a los objetivos necesarios del plan de desarrollo de convivencia con el entorno y la sostenibilidad ambiental, ni con lo descrito en el plan de manejo ambiental, ni mucho menos con lo acordado con la comunidad.
3. La administración, a cargo de la Secretaría del Interior, pero no ajeno a la decisión del alcalde debía sufrir un proceso permanente culminado en una conclusión y una decisión acordes a los principios de gestión de la administración pública, no simplemente enunciar una serie de ideas no materializadas que no se tradujeron en acciones de promoción comercial, convenios, contratos que justificaran la actividad.
4. Carencia de estudios técnicos y financieros en el proceso de generación, construcción y funcionamiento del parque, pues no existe ningún

documento que contenga estudios de mercado, proyecciones económicas sobre trabajo de campo, estadísticas concretas, banco de oferentes que permitieran formular la viabilidad cierta de la explotación comercial del inmueble, los que hacen parte intrínseca del proceso de planeación de la obra, más aún cuando esta tiene un fin de comercialización mediante la venta de productos y servicios, pues el estudio de viabilidad financiera no se detiene en la consecución de los recursos para su construcción, sino también en los necesarios para sostener y explotar la infraestructura productiva.

Agrega que el demandante arguye en su favor que no se le puede atribuir responsabilidad por las fases de culminación y puesta en funcionamiento de la obra, toda vez que, bajo su mando sólo estuvo la etapa de ejecución, olvidando que en los fines de la administración pública, los criterios que la orientan tienen carácter supremo.

Continúa diciendo la parte demandada, que de acuerdo con el acervo probatorio del expediente fiscal, se determinó la inexistencia de sobrecostos, los valores estaban en promedio de los del mercado y no hubo detrimento por la construcción misma de la edificación; sin embargo, el proyecto no pasó el examen frente a los principios de debida planeación, satisfacción de los intereses de la comunidad, continuidad, viabilidad económica y ambiental, en fin, todos aquellos preceptos que se echaron de menos por parte del ordenador del gasto, invirtiendo en una obra considerada por la misma comunidad un elefante blanco, o lo que es lo mismo, una obra inútil.

Finaliza afirmando que en el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra el demandante, no existe discordancia entre la forma en que se llevó a cabo el proceso y los postulados plasmados en la Carta Política y por consiguiente no existe suficiente fundamento para que se declare su nulidad.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A través de providencia calendada en Abril 10 de 2013 esta Corporación dispuso la clausura del debate probatorio y corrió traslado a las partes para que

presentaran sus alegaciones finales, lo que efectuaron en los siguientes términos:

Alegaciones de la parte demandante: Luego de hacer un extenso análisis sobre el derrotero del proceso y las pruebas allegadas al mismo, al alegar de conclusión la parte demandante reclama la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados, argumentando que *a responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del Patrimonio Público; en consecuencia, su carácter es resarcitorio, la indemnidad del DAÑO cuando se ha causado un detrimento patrimonial al Estado, pero en nuestro caso los actos administrativos demandados por medio de los cuales se le imputó responsabilidad fiscal a mi representado, se encuentran falsamente motivados por falta de daño. En el fallo del proceso de responsabilidad fiscal, se dice: Para efectos de establecer responsabilidad se tiene en cuenta la existencia de un daño consistente en el valor pagado por el DISTRITO DE CARTAGENA, en la planeación y ejecución de la obra civil del Parque de la Comida Caribeña, luego llamado Parque Cultural por compromiso con el Ministerio de Cultura.*

No existiendo daño resulta inconcebible establecer un detrimento patrimonial, máxime que el no uso eficiente o uso indebido se da como consecuencia de haber realizado la administración distrital un pacto de cumplimiento con el Ministerio de Cultura.

No se configuró daño ni perjuicio alguno a la Administración puesto que la obra no se tuvo problemas de costos económicos ni defectos técnicos ni estructurales, como tampoco jurídicos, todo lo cual está probado.

En los actos administrativos, además de no mostrarse el daño y en consecuencia el detrimento patrimonial, carece de un examen y análisis de la conducta dolosa o gravemente culposa del Doctor Carlos Alberto Díaz Redondo, pues el artículo 90 de la Constitución determinó que en el evento de daño, y por tanto de la indemnización, es necesario que ello haya sido producto de la conducta dolosa o gravemente culposa de su agente, esta deba responder, esto es retribuir al Estado por un daño causado a sí mismo, dada la mala ejecución de las funciones u obligaciones de uno de sus agentes,

lo cual no ha ocurrido en este caso; y de existir un reproche no es producto de las funciones que este (sic) desarrollo (sic), sino de la falta de uso del inmueble. Y es que el deterioro que haya podido sufrir el inmueble es dado a la negligencia de quienes han tenido su custodia, por ello constituye falsa motivación el acto del contralor distrital.

La inversión está representada en la obra construida, que es un bien fiscal enajenable y si se quisiera vendible, cuyo valor de hoy superar con creces (sic) la inversión de ayer, entonces donde (sic) está el daño al patrimonio? En este sentido se ha demostrado que los costos de la obra "Parque de la Comida Caribe" se corresponden con los precios del mercado o los justos precios de este tipo de proyectos, no teniendo la Contraloría Distrital de Cartagena reproche alguno sobre el aspecto económico, lo que se reprocha a mi representado es que la obra no se ha usado, y ello, se reitera, es un asunto que no dependió del ex alcalde Carlos Alberto Díaz Redondo, sino de sus sucesores en el Palacio de la Aduana los que no la destinaron para el propósito que se planeó en el Plan de Desarrollo y en el Plan de Ordenamiento Territorial, de tal manera que no existe detrimento alguno por ocasión de la construcción. Única etapa en la que participó mi mandante, ya que no tuvo injerencia en la posterior destinación del inmueble.

En todo lo demás, el apoderado actor se remite a lo dicho en el escrito introductorio de este proceso.

Alegaciones de la parte demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS: En su escrito de alegaciones solicita que no se acceda a las pretensiones del demandante, por cuanto de las pruebas allegadas al expediente no es posible concluir que le asiste derecho para pedir a la parte actora, además de no demostrar los fundamentos jurídicos que le asisten para ello; invoca también lo que corresponde a la presunción de legalidad de los actos administrativos, y se refiere al art. 167 del Código General del Proceso, del que la Sala advierte que aún no ha entrado en vigencia.

Alegaciones de la parte demandada CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS: Se ratifica en lo dicho al dar contestación a la demanda, en la que se explicaron las razones de la defensa de ese organismo de control y se

aportaron las pruebas documentales pertinentes dentro del proceso; y, agrega, que los actos administrativos atacados por el acto gozan de presunción de legalidad hasta tanto no sea desvirtuados por la jurisdicción competente y en el proceso de responsabilidad fiscal se respetaron todas las garantías fundamentales al demandante.

Afirma que lo que se debatió en el proceso de responsabilidad fiscal no fue sobre costo alguno o la realidad de la inversión efectuada en la obra, puesto que esto último es un hecho notorio. Lo que se debatió fiscalmente fueron aspectos que daban cuenta de la ejecución de la fase dinámica de la planeación que constituían para el proyecto una clara inconveniencia que afectaba y no iba acorde con el interés general, que además desdecía sobre la supuesta respuesta social a una problemática bien definida que constituían la ineficacia que el transcurso del tiempo comprobó respecto del célebre Parque de la Comida Caribe.

Sostiene que el daño patrimonial fue debidamente acreditado en el proceso No. 020 de 2004, el cual se sustentó en las pruebas allegadas y practicadas dentro del proceso fiscal; en consecuencia, es claro que se recolectó suficiente, pertinente y conducente material probatorio que sustentaba la irregularidades que fundamentaron la apertura formal del proceso de responsabilidad fiscal, y se establecieron las inconsistencias de la planeación dinámica y ejecución de la construcción de la obra y que se pueden condensar en reducción sustancial del número de beneficiarios y consecencial reducción del número de cubículos construidos para el funcionamiento de la obra, ubicación de un expendio de comidas en inmediaciones de aguas claramente contaminadas con desperdicios de talleres y caballerizas vecinas, capacitación de un personal superior al número que efectivamente podrían acceder al eventual parque que desembocaron en la evidente ineficacia de la obra, siendo además un hecho notorio el lugar donde se encuentra ubicado denominado Parque de la Comida Caribeña, y que nunca funcionó para lo cual fue construido.

Agrega que a este proceso judicial se allegó el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra el demandante, en el que se advierte que se respetaron todas las garantías fundamentales y por ello no le asiste razón al actor y, no

existiendo pruebas que permitan proceder a la anulabilidad de los actos demandados, esta demandada se opone a las pretensiones de la demanda.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado para actuar ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto en este asunto judicial.

4. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

En su escrito de alegaciones finales, la Contraloría Distrital solicita que en esta oportunidad se decreten las pruebas que fueron por ella solicitadas al dar contestación a la demanda, respecto de las cuales no se hizo ningún pronunciamiento por esta Corporación al disponer la apertura de la etapa probatoria.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que, si bien es cierto que en el auto adiado en marzo 19 de 2010 no se hace referencia alguna a los medios probatorios solicitados por la demandada en referencia, también lo es que dicha accionada no hizo uso de los recursos previstos por la ley para censurar tales omisiones; de tal suerte que al haberse dado continuidad al proceso sin que la Contraloría Distrital de Cartagena echase de menos el decreto de pruebas a su favor, pues no hizo manifestación de inconformidad alguna, valido es inferir que no le ha sido conculcado derecho fundamental alguno.

A más de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la demandada, en esta oportunidad, traslada a esta Corporación la necesidad de valorar tales pruebas en cuanto a su conducencia, utilidad y pertinencia, para que se profiera un auto de mejor proveer que brinde más claridad a este Tribunal; actitud que no encuentra eco en esta Sala de Decisión, pues es a las partes a quienes corresponde asumir la carga procesal de la prueba, y en el caso de omisiones como la que se configuró en este proceso, deben las partes hacer uso de los recursos que al efecto vienen previstos por la ley, pues la omisión en el ejercicio de los mismos hace presumir la conformidad con la decisión adoptada.

Así entonces, como quiera que se ha surtido el trámite de la primera instancia, y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley

1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El Acto Administrativo demandado

El señor CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO, reclama de esta jurisdicción la declaración de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a. Fallo con responsabilidad fiscal emanado de la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Acciones Judiciales de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, dictado dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 020/04, de fecha junio 16 de 2006, por medio del cual se falló con responsabilidad en contra del demandante, en su calidad de Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena, por el trámite administrativo que concluyó con la construcción del edificio "Parque de la Comida Caribe", por el daño patrimonial producido al erario con ocasión del mismo por la suma de \$1.135.705.142,80.
- b. Auto que negó el recurso de reposición y en subsidio concedió el recurso de apelación dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 020/04, fechado en febrero 7 de 2007.
- c. Auto No. 028 de Junio 4 de 2007, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación y se confirmó el fallo con responsabilidad fiscal.

Frente a los actos administrativos relacionados, se advierte que se trata de decisiones adoptadas en el marco de un juicio administrativo de responsabilidad fiscal, respecto de las cuales se agotó en debida forma la vía gubernativa por el demandante CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO, lo que habilita a esta jurisdicción para efectuar el control de legalidad impetrado por este actor.

2. Caducidad de la acción.

Como quiera que el último de los actos demandados fue proferido el 4 de junio de 2007, notificado por medio de publicación en edicto que se fijó el día 27 de los mismos mes y años, por el término de diez días hábiles que culminaron el día 10 de agosto de 2007, lo que determina que el plazo de caducidad de la acción se extendiera hasta el día 11 de diciembre de esa misma anualidad, conforme a las previsiones del art. 136 del C.C.A.; y como quiera que la

demanda introductoria de este proceso fue sometida a reparto el día 10 de diciembre de 2007, forzoso es concluir que la acción se ha ejercitado oportunamente.

3. De las excepciones propuestas por las entidades demandadas

El Distrito de Cartagena de Indias propuso la excepción de fondo que llamó de **Inexistencia de obligación a cargo del demandado Distrito de Cartagena de Indias**, la que será analizada al desatar el problema jurídico principal en este proceso, como quiera que se busca enervar las pretensiones del actor de manera sustancial.

4. Problema Jurídico

Se discute en este proceso la legalidad del fallo con responsabilidad fiscal proferido por la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS en contra del señor CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO, contenido en los actos administrativos censurados; debate en el cual el accionante afirma que tales actos fueron producidos con violación al derecho fundamental al debido proceso y con falsa motivación, como quiera que, en su condición de Alcalde del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS 2001- 2003, participó únicamente en la etapa de ejecución de la construcción del Parque de la Comida Caribe o Parque de la Comida Caribeña, sin que se evidencie ningún daño económico por concepto de sobrecostos y los precios del mismos se ajustaron a los del mercado, y la obra se ajustó a las previsiones del Plan de Desarrollo y del Plan de Ordenamiento Territorial; de manera que no se le causó detrimento alguno al erario público por la construcción de dicha obra, y la responsabilidad fiscal que se le endilga por el uso indebido o la falta de uso de dicha construcción es responsabilidad exclusiva de sus sucesores.

A su turno, las entidades públicas demandadas consideran que el fallo de responsabilidad fiscal que se contiene en los actos administrativos acusados, se encuentra ajustado a los preceptos contenidos en la Ley 610 de 2000, pues quedó demostrado que el demandante no efectuó una debida planeación del propósito de la obra civil ya citada, como quiera que la misma no pudo ser utilizada para el fin para el cual fue concebida al no existir estudios económicos que permitieran darle sustentabilidad.

De acuerdo con las anteriores posturas y teniendo en cuenta que las partes no entran en discusión en torno a los costos de ejecución de la obra civil denominado Parque de la Comida Caribe, sino en el posterior uso de la misma, le corresponde a este Tribunal determinar la legalidad de los actos administrativos acusados, para lo cual le corresponde establecer si la falta de planeación o la inadecuada planeación del uso que debía darse a la obra luego de su culminación, puede ser endilgado al demandante como daño al patrimonio público y por tanto hallado responsable desde el punto de vista de la gestión fiscal.

5. Tesis de la Sala de Decisión

Esta Sala de Decisión, atendiendo los principios que informan la gestión fiscal y la carga de la prueba, soportará la tesis según la cual el fallo de responsabilidad fiscal proferido en contra del demandante se encuentra ajustado a derecho.

6. Marco normativo

Sabido es por las partes que la garantía constitucional, como derecho fundamental al debido proceso, viene consagrada en el art. 29 Superior¹ con la precisión de que tal prerrogativa tiene cabida en todas las actuaciones administrativas y judiciales, lo que implica de suyo la obligatoriedad de las autoridades de observar en plenitud y a cabalidad las formas propias de cada juicio y cada trámite administrativo.

En relación con la observancia del debido proceso en el trámite administrativo de responsabilidad fiscal ya se ha pronunciado la Corte Constitucional al efectuar el control de exequibilidad de muchas de las disposiciones contenidas en la Ley 610 de 2000, que regula lo concerniente a dicho procedimiento y, por eso, a título de ilustración, se citará lo pertinente de la sentencia C-131-02, así:

¹ ARTICULO 29 El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso

5. La Ley 610 de 1993 establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Ella define el proceso de responsabilidad fiscal, somete ese procedimiento a los principios consagrados en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y en el Código Contencioso Administrativo; define qué se entiende por gestión fiscal, precisa que el objeto de ese proceso es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, indica los elementos de la responsabilidad fiscal y señala qué se entiende por daño patrimonial al Estado y por pérdida, daño o deterioro de bienes.

Por otra parte, indica que el proceso se inicia de oficio, por denuncia o queja y que él comprende la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal. Hay lugar a la indagación preliminar si no existe certeza sobre los motivos que permiten la apertura del proceso de responsabilidad fiscal y tiene por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta, la afectación del patrimonio estatal, la entidad afectada e identificar a los servidores públicos o particulares presuntamente responsables. La indagación culmina con el archivo de las diligencias o con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La apertura del proceso de responsabilidad fiscal es un auto de trámite que se profiere cuando se haya acreditado el daño patrimonial al Estado y se cuente con pruebas serias sobre los autores del mismo. Es una providencia que inicia el proceso de responsabilidad fiscal, que debe fundamentarse fáctica y jurídicamente, en la que se decretan pruebas y medidas cautelares, si hay lugar a ellas, y que debe notificarse a los presuntos responsables, en caso de que hayan sido identificados, para que ejerzan los derechos de defensa y contradicción. Vencido el término probatorio o su prórroga, el investigador fiscal decide si archiva el proceso o si profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal.

Hay lugar al auto de imputación de responsabilidad fiscal si está demostrado el daño al patrimonio del Estado y si existe prueba que comprometa la responsabilidad de los implicados y debe notificarse a éstos o a sus apoderados. Luego sigue un término de 10 días para presentar argumentos de defensa, solicitar y aportar pruebas. Practicadas tales pruebas, el funcionario profiere fallo con o sin responsabilidad fiscal. El fallo es notificable y recurrible en los términos del Código Contencioso Administrativo e impugnabile ante esa jurisdicción.

Conforme con lo anterior, no hay duda entonces que el derecho fundamental al debido proceso, que comprende también los derechos de contradicción, defensa y audiencia, debe ser observado en su totalidad en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, de acuerdo con los parámetros que para ello se consagran en la Ley 610 de 2000.

7. Antecedentes del proceso de responsabilidad fiscal contra el demandante.

Se narra en el escrito de la demanda y en sus respectivas contestaciones, que con ocasión de la sesión del Concejo Distrital de Cartagena de Febrero 2 de 2004 se dio inicio a la investigación por responsabilidad fiscal en contra del

demandante, que culminó con el fallo ya relacionado. En dicha sesión se leen los siguientes apartes, que se estiman relevantes en este asunto (fl. 326 y ss):

*El H. Concejo de Cartagena de Indias, en sesión de la fecha, considerando que el Ejecutivo Distrital, en cabeza del Secretario de Planeación, decidió cambiar el uso que se había previsto para el denominado Parque de la Comida Caribeña y teniendo en cuenta que a pesar de tal anuncio continúan suscitándose inquietudes con respecto a dicho Proyecto, dispone citar al Secretario de Planeación, (...), al Secretario de Infraestructura, (...), al Secretario General (...) y al Curador Urbano No. 2 e invitar a la Directora Ejecutiva de la Sociedad de Mejoras Públicas (...), para que (...) respondan el siguiente cuestionario:
(...)*

PROPOSICION No. (sic)

El Concejo Distrital de Cartagena en sesión de la fecha, luego de escuchar a los funcionarios e invitados referirse a los hechos acaecidos alrededor del cuestionado Parque de la Comida Caribeña, solicita formalmente al Contralor Distrital, que ordene la apertura de una investigación tendiente a determinar si con la construcción de dicha obra se violaron los principios de la administración contemplados en la Ley 136 de 1994 y otras normas relacionadas con los mismos así como la Ley 80 de 1993 en lo que respecta a los reajustes realizados y si en virtud de todo lo expuesto se habría incurrido en algún tipo de detrimento al erario, en cuyo caso deberá adelantarse una Acción de Repetición contra los funcionarios responsables (...)"

Con auto de diciembre 19 de 2004, la Contraloría Distrital formuló cargos al demandante y a la señora Silvana Giaimo Chávez, en su calidad de Secretaria de Planeación Distrital, por la ocurrencia de un evento aparentemente dañoso para el erario del Distrito de Cartagena cual fue el proceso de la planeación y ejecución del proyecto del Parque de la Comida Caribeña, cuya génesis se dio a partir del año 2001 y hasta la presente no ha sido idónea para desarrollar los fines con que debía corresponderse y que sigue ocasionando un lastre económico para el patrimonio distrital.

Luego de adelantar la correspondiente investigación de responsabilidad fiscal, acerca de cuyo trámite en sede administrativa nada han reparado las partes, la Contraloría Distrital de Cartagena profirió el fallo de responsabilidad fiscal de Junio 16 de 2006 en contra del demandante, en el cual, en cuanto a la configuración del daño, se lee (fl. 16 y ss):

(...)

En el caso presente, cumplidas una serie de actividades por los gestores públicos endilgados, se muestra evidencia de que las condiciones de adecuación y corrección del objeto de dichas acciones no se cumplieron pues la planeación fue imprevisiva (sic), más consecuyente con el criterio, acaso lego, del Alcalde distrital que con los presupuestos técnicos de sostenibilidad; arroja sobre el Distrito una carga de conservación de un inmueble que hasta la presente se ha relevado inútil para los fines generales de la administración (crear riqueza, aumentar el valor y generar utilidad); consumió un inmueble (lote de terreno cedido por INURBE al Distrito) que pudo ser utilizado, explotado o enajenado en forma mucho más eficiente; pretendiendo efectuar una inversión (compromiso de recursos económicos para obtener rentabilidad) redundó en un gasto (destinación de recursos para fines no recuperables) que por el objeto del mismo no se reputa justificado.

La legalización de las operaciones se enmarcó en un conflicto de competencias en el que se actuó remisamente frente al Ministerio de Cultura y por paradoja, frente a la Sociedad de Mejoras Públicas, organismo no decisor, pero de cuya Junta Directiva hace parte el Alcalde de Cartagena, quien en su momento no tomó posición al interior de la misma ni atendió al vínculo directivo. La obra es abiertamente ineficiente como generadora de renta; no cumplió el presupuesto económico de la prudencia en el uso de los recursos ni ha satisfecho necesidad pública alguna; se demuestra ineficaz tanto como solución urbanística de optimización del modus vivendi de los moradores del Barrio El Espinal, como solución social de la ocupación del espacio público por vendedores ambulantes y como herramienta de política económica para generar actividad turística al mercado local y empleo productivo; no cumplió con la equidad en la distribución de la inversión pública entre los diferentes sectores de la sociedad – valga la mención de la Escuela del corregimiento de Tierrabomba -. La escasa publicidad del proyecto hacia la ciudadanía –emisión y recepción de conceptos y criterios- siembra duda sobre la transparencia de la actuación de la administración y la enmarca en un halo de deficiente moralidad (pues no se deja ver el presupuesto de bondad que es intrínseco a esta). La valoración de los costos ambientales aparece insuficiente pues introduce un elemento decorativo al entorno que no se muestra funcional, ni adecuado, ni sostenible, amén de la indefinición sobre el presente y futuro del entorno (¿residencial, ¿de recreación?, ¿comercial?, ¿pequeña industria metalmecánica?).

Para efectos de establecer la responsabilidad se tiene en cuenta la existencia de un daño consistente en el valor pagado por el Distrito de Cartagena en la planeación y ejecución de la obra civil del "Parque de la comida caribeña", inadecuada a los fines que justificaron su erección, por la disminución del número de usuarios potenciales; el gasto en la

capacitación de los mismos por la ubicación inadecuada de la obra entre vías públicas de alta congestión, dificultando su acceso, falta de previsión ambiental respecto a las deprimidas condiciones fitosanitarias del entorno, lo que conllevó a la desproporción del costo – beneficio comparativo, por la causación de la inversión, la cual se discrimina así:

(...)

Para efectos de delimitar las eventuales responsabilidades de los gestores fiscales, debe considerarse que en el presente proceso se han formulado cargos al señor Carlos Díaz Redondo en su calidad de Alcalde del Distrito de Cartagena y a la señora Silvana Gaiimo Chávez, en su calidad de Secretaria de Planeación, por lo que al momento de resolver se deberá tener en cuenta solo lo causado durante su gestión, pues lo que en adelante haya o podido causarse deberá estudiarse respecto de la actuación de los gestores respectivos. Se excluye el monto del contrato de consultoría de estudios y diseños por cuanto corresponde a un planteamiento inicial que no implicaba la materialización de la obra y podía ser sujeto a decisiones más convenientes para ello, sin que dicho documento revele por sí ineficacia o ineficiencia. Termina así delimitándose el daño, a falta de razones de la defensa que desvirtúen tal apreciación, que el momento de la Obra civil de la etapa I del Parque de la comida Caribe, esto es \$1.135.705.142,80 (...)

Al resolver el recurso de apelación, frente a los cargos de responsabilidad imputados al demandante, dijo la Contraloría Distrital (fl. 73 y ss):

Así pues, sea lo primero determinar el origen del fallo, el cual estudia desde el punto de vista fiscal la planeación, ejecución y liquidación de la obra denominada Parque de la Comida Caribeña, para lo cual se determinó como ubicación el sitio denominado el Corralón de Mainero, en el barrio El Espinal. La obra se concibe como una propuesta de solución a la ocupación del espacio público y como una forma de contribuir al desarrollo integral de la ciudad, en especial el área de influencia del centro histórico. La obra se establece en el plan de Ordenamiento Territorial (sic) del Distrito de Cartagena adoptado mediante el Decreto 0977 de 2001 en cuyo subcapítulo II trata de la estructura del uso del suelo. Por lo que tenemos que es uno de los proyectos que se incluye dentro del programa de gobierno del Alcalde DIAZ REDONDO como parte de la gestión que este programa como primera autoridad del Distrito como forma de responder al desarrollo que una ciudad turística y estratégica como Cartagena de Indias requiere.

Es así como se observa que dentro del expediente aparecen las memorias del proyecto correspondiente a la planeación (...) aparece una estructurada concepción sobre las diferentes variables intervinientes en la preparación y ejecución de la obra denominada Parque de la comida

Caribe, entre ellas, el objetivo del proyecto, el sitio, descripción del mismo, así como la Aprobación Ambiental y Concepto Positivo del Centro Filial de Monumentos, pero ella resulta insuficiente al destacar las variaciones que tuvo el proyecto entre momento (sic) de su concepción y su ejecución de lo cual se puede derivar una posible imprevisión de la obra, puesto que la población que se pretendía abarcar como depositarias o beneficiarias directas del mismo, como lo eran los vendedores ambulantes de la ciudad, resultó ostensiblemente diferente al originalmente proyectado, aún si se limitaba a aquellos que estuvieran dentro del rango de acción de la obra y de estos, una muestra que pudiera ajustarse a los requerimientos del área de influencia.

Por otro lado, uno de las objeciones fiscales que se tienen como base para la emisión del fallo con responsabilidad fiscal contra el encartado exalcalde es el costo de la planeación y ejecución de la obra civil en su primera etapa al considerar la primera instancia que este monto delimita el periodo de este (sic) y se materializa en lo inadecuada que resulta la obra para los fines que determinaron su construcción. Sobre este tópico debemos indicar que es innegable que a la fecha la obra se muestra como una edificación inerte para los fines administrativos que cimentaron su iniciación, es así como a pesar de existir propuestas de administración del parque como se indica con los documentos aportados en segunda instancia por GABY ARENAS y Cia. Ltda. y la Corporación de Turismo y obrante en el expediente la Asociación de Artesanos donde manifestaban algún interés en la utilización de la obra, pero tal interés resulta inocuo, ya que nunca se ha materializado a la fecha ninguna propuesta efectiva, dejando la edificación en un estado de ineficacia administrativa que obviamente circunda los linderos de la responsabilidad fiscal.

Unos (sic) de los reparos que se realizan a la obra y que puede ser una de las causas de su no utilización, son (sic) la zona de parqueo y acceso a la misma, lo que contrasta con las dimensiones de esta y con la proyección de la población que se había identificado como posibles clientes de las actividades que allí se desarrollaran (sic). Pues bien dentro de los planos que militan en el expediente, las versiones libres de los implicados fiscales originarios y de las declaraciones juradas rendidas, entre otros, por el Dr. HUGO BUSTILLO OSORIO, se tiene que la zona de parqueo que se construyó para la obra aunque limitada no se encontraba fuera de las dimensiones que se requerían, tal vez lo que se presenta en este punto es una ambiciosa dicotomía entre la capacidad de parqueo y los potenciales clientes. Un aspecto que se debe destaca es que la obra inicialmente concebida como una solución económica y social a la problemática evidente que representa el asedio de los vendedores ambulantes y el taponamiento de andenes por parte de ventas estacionarias, da un giro que obedece a la oposición que la construcción del parque generó en varias esferas de la ciudad, algunas de ellas por una abierta y obvia resistencia al cambio, dándose entonces apertura, con ocasión a la

intervención que el Ministerio de la Cultura mediante acción popular, a la posibilidad que no se promoviera la venta de comidas, sino un lugar para la promoción de eventos culturales propios de la región caribe, no obstante es claro que la finalidad del beneficio que se pretendía con la obra, más que económica es social como lo indica el declarante Bustillo Osorio cuando indica "... Este es un proyecto concebido para producir rentabilidad social mas (sic) no económica. Por eso el desarrollo espacial está acorde a las necesidades que implica este tipo de actividades: amplia circulación, ventilación natural, módulos de ventas, plazas interiores y terrazas arborizadas integrados a través de recorridos que rematan en una (sic) plazas cívicas en las fachadas que dan hacia el agua y hacia la vía principal". Esa rentabilidad social a la que hace alusión el declarante sería la que resultaría necesaria determinar y medir para establecer los elementos de la real ecuación del costo beneficio total que se establece en el fallo emitido en primera instancia y que no estima tal elemento, claro está por obvias razones: la puesta en marcha de actividad alguna en la edificación que aún no se (sic) podido lograr. Pues bien, a pesar del giro respecto del objetivo que se pretendía buscar con la obra y que solo sale a flote con la intervención del Ministerio de la Cultura a través de la acción popular que se intentara precisamente por lo controversial que resultara la iniciación de la obra, no existe correlación o equilibrio entre el costo de la obra y el número de potenciales beneficiarios e indeterminados usuarios hechos que va lanza en ristre contra el principio de eficacia e incluso el de eficiencia cuando se analiza la gestión fiscal desde el marco conceptual que se ha expresado líneas arriba, en donde, vemos que esta se predica de aquellos sujetos que tienen poder decisorio sobre los bienes y recursos que el Estado ha puesto en sus manos en aras de procurar la consecución de los fines esenciales de éste, debiendo por tanto el ejecutor fiscal, velar por la correcta inversión que en forma adecuada debe realizar aquel que por ley o voluntad popular se ha erigido como depositario de la gestión fiscal.

Pero es claro que la concepción del proyecto no puede depender solo del burgomaestre, puesto que por ello se estructura la administración del Distrito como una organización integrada por entidades y dependencias de diferentes especialidades que conjugadas crean en un grupo interdisciplinario y que, dado el caso, conforman el gobierno para temas concretos que en materia de concepción de proyectos implica la participación entre otras de la respectiva Secretaría u oficina de Planeación, como un garante de la división del trabajo administrativo y de la especialización funcional. Por este hecho y con base en el sustento normativo y jurisprudencial a que se ha hecho se ha traído a colación (sic) líneas arriba, discrepa este despacho de la escisión que realiza el a-quo al plantear las fases de la planeación (mecánica y dinámica) para concluir ello, en la exclusión de la Secretaria de Planeación de la época (...) al considerar que a esta no le competía el ejercicio de la gestión fiscal dentro

de la actuación, toda vez que como hemos visto el criterio de la corte (sic) es diametralmente opuesto a esta posición, sin embargo escapa ello al temario que se plantea por competencia a este despacho por apelación, solo se ha regencia (sic) a este punto para indicar que todas forma la planeación (sic) no fue coherente con el desarrollo de la obra y de ahí la proliferación de ajustes que se realizan a la obra físicamente hablando.

Entre las voces de reproche que se alzaron contra la ejecución del parque de la comida caribe, se contaban las de aquellos que objetaban la escogencia de El Corralón de Mainero, por varias circunstancias, dentro de las cuales este despacho considera destacables la presencia de uno de los puntos de contaminación ambiental de los cuerpos de agua de la ciudad más críticos, como puede concebirse la erección de una obra en las cercanías de caballerizas y vertimientos de aguas negras, en donde el mangle represa basuras y otros desperdicios, habrá un verdadero saneamiento ambiental en este entorno, es claro que no. Dentro de las pruebas allegadas al expediente existe material fotográfico, en donde se evidencia que el área circundante solo tiene acceso a través del puente Heredia y la vía principal del barrio El Espinal con trafico ocasional dadas las obras de Transcaribe, entonces, como sería el acceso del ambicioso, e infundado número de usuarios que se menciona en las memorias del proyecto? Es un interrogante que el recurrente y las pruebas allegadas al expediente no logran absolver con suficiencia.

En una ciudad como Cartagena de Indias, en donde se presentan contrastes evidentes entre la opulencia y la miseria, entre los que tienen sus todas sus (sic) necesidades satisfechas y aquellos que deben realizar malabarismos para escoger cuales de sus necesidades básicas deben satisfacer; solo se puede lograr un equilibrio social en la medida en que la administración distrital realice la gestión que se le ha encomendado por ministerio de la constitución y la ley, en la forma en que lo requiere la población en general como una forma de concretar los fines esenciales del estado en estos que son sus beneficiarios directos, por ello debemos inquirir sobre este asunto como puede una obra de más de mil millones de pesos cuyos beneficiarios directos, como ya se estableció, se pretendía generar 216 empleos directos y 450 indirectos, sin embargo, falla tal proyección y la que realmente se establece el plan de manejo ambiental, construcción y operación solo abarca 108 empleos directos y 216 indirectos, para un costo por beneficiario de más de cincuenta millones de pesos.

Por ello, cuando para la defensa se alega que la obra más que un beneficio económico daba mayor preponderancia a una rentabilidad social, según sostiene el exburgomaestre y reafirma en la declaración el Dr. Hugo Bustillo, no puede tenerse tal como argumento suficiente para justificar la exorbitante onerosidad en que incurre la administración distrital para la ejecución de la misma. En este mismo orden de ideas, no es posible aceptar, en criterio de este despacho que la inclusión de la obra parque

de la comida caribe en el Banco de Proyectos y dentro del POT de aval suficiente a la construcción de la misma cuando la razón y la evidencia de los hechos anteriores y posteriores dan cuenta que la ubicación de tal proyecto era a todas luces inconveniente, lo que a pesar del interés que tímidamente han manifestado algunos inversionistas, ha dado al traste con cualquier proyecto productivo que entregue un beneficio económico y social, cierto, medible y cuantificable.

El proyecto, como lo analiza el inferior jerárquico en la valoración probatoria, presenta un evidente desfase entre lo consignado en las memorias y la ejecución y conclusión de este. Esta discrepancia entre lo planeado y lo ejecutado evidencia una clara dicotomía que permite inferir que los objetivos planteados en el proyecto no iba a ser alcanzados; basta solo verificar como la administración del parque, ya sea de comida o de cultura, en la misma administración no se había definido con la debida antelación, pues, mientras en la Secretaría del Interior se hablaba de una empresa asociativa asesorada, por otro lado se hablaba de entregarla a Asopopa, Corporación de Turismo de Cartagena de Indias e incluso, a la Sociedad de Mejoras Públicas esta última que manifestara públicamente sus objeciones con dicha obra. Tal disparidad de conceptos, como lo indica el a-quo son indicativos de falta de planeación real, vale decir, más allá de lo puramente formal, del proyecto.

(...)

De lo anterior, al aplicarlo a la órbita de la responsabilidad fiscal, tenemos que se demostró dentro con base en las pruebas recaudadas que la construcción de la obra parque de la comida Caribe resultó claramente lesiva para el patrimonio del Estado representado en el Distrito de Cartagena de Indias por su innegable onerosidad y que este detrimento causado obedece a la conducta del Ex alcalde CARLOS DIAZ REDONDO como gestor fiscal del Distrito y, finalmente, un claro nexo causal entre ambos.

8. De la censura a los actos administrativos acusados.

Hechas las anteriores anotaciones, aborda la Sala el estudio de los cargos formulados por la parte actora contra los actos acusados, en los siguientes términos.

De la violación al debido proceso por falsa motivación: Se afirma en la demanda que el vicio de falsa motivación es el que más afecta los actos administrativos acusados, razón por la cual también resultan violatorios del derecho fundamental al debido proceso, y esa falsa motivación se hace consistir por la parte demandante i) en la falta de análisis del dolo o culpa grave con el que se cometió la falta fiscal; y, ii) en la ausencia de daño al

erario público, argumento que erige sobre la principalística de la responsabilidad estatal que viene consagrada en el art. 90 de la Carta Superior para sostener que es necesario que el daño haya sido producto de una conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, que obliga al Estado a responder por ésta, en este caso, a favor del mismo Estado.

Adicionalmente, se manifiesta enfáticamente en contra de los cargos que se le endilgan por la falta de uso o el indebido uso de que se dio a la obra civil denominada Parque de la Comida Caribe, o Parque de la Comida Caribeña, afirmando que durante su gestión como Alcalde de este Distrito Turístico Cultural de Cartagena de Indias le correspondió ocuparse de la planeación y ejecución de la citada obra civil, y la puesta en uso de la misma le correspondió a sus sucesores, a quienes censura por haber actuado atendiendo *decisiones políticas (...) que obedece [n] a las malas prácticas políticas tradicionales de obstaculizar, frenar, impedir y, en todo caso, rechazar lo que proviene de administraciones anteriores*; agrega también que en la ejecución de la obra no se incurrió en sobrecostos y que los precios tenidos en cuenta fueron los precios del mercado o justos precios, por lo que no se le puede hallar responsable desde el punto de vista fiscal de daño alguno al erario distrital.

Ahora bien, la falsa motivación de los actos administrativos como causal de nulidad de los mismos, viene prevista en el art. 84 del C.C.A. y, como su nombre lo indica, consiste en la inclusión de consideraciones fácticas, técnicas, jurídicas o de cualquier otra índole, que se aparten sustancialmente de la realidad o de la verdad que dio lugar o que sirvió de fundamento para la expedición del acto administrativo; lo que encuentra también su razón de ser en la obligación que se impone a la Administración por el art. 35 ibídem, de motivar sus decisiones teniendo en cuenta las pruebas e informes disponibles, de manera que se resuelvan todas las cuestiones que fueron planteadas en sede administrativa.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado que la falsa motivación es una causal de nulidad de los actos administrativos que tiene carácter autónomo, relacionada directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa; y, para que prospere como pretensión de nulidad en sede judicial, es necesario que se

demuestre una de dos circunstancias, a saber: a) o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Ahora bien, atendiendo los principios que informan la justicia rogada y la carga probatoria, quien acude al proceso judicial para censurar un acto administrativo bajo el cargo de falsa motivación, debe señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos. De esta manera, según la doctrina judicial que se reitera, la falsa motivación implica "que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado (...)."; es decir, que los hechos y consideraciones del acto, desde el punto de vista material o jurídico no existan, o que no tengan correspondencia con la materia reglada.²

En este caso, son tres los argumentos sobre los cuales el demandante construye el cargo de falsa motivación, a saber: i) la falta de análisis del dolo o culpa grave con el que se cometió la falta fiscal; ii) la ausencia de daño al erario público; y, iii) la falta de voluntad política de sus sucesores para dar al Parque de la Comida Críbe la destinación final para la cual fue construido.

Respecto del primer punto de la censura, referido a la falta de análisis del dolo o culpa grave en la configuración de la falta fiscal, encuentra esta Sala que en el texto del fallo de responsabilidad fiscal sí se hace el correspondiente estudio sobre este elemento de configuración de la falta, y ello es visible a folios 30 y ss del acto administrativo en cuestión, en donde se concluye que la falta endilgada al demandante lo es en la modalidad de culpa grave (...) *al celebrar un proceso administrativo que implicó disposición de recursos públicos con desconocimiento de la eficacia, eficiencia, economía y transparencia, desatendiendo de entrada recomendaciones de la Sociedad de mejoras*

² CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN CUARTA - Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número. 25000-23-27-000-2008-00248-01(17995)

Públicas, (...), del Ministerio de Cultura; no tomando las previsiones para la operación efectiva del Parque lo que ha llevado a su condición suntuaria, lo que indica una omisión consciente y meditada en aras de culminar el negocio. Dado que no ha desvirtuado el hecho de la iniciativa, el conocimiento y dirección que tuvo en el trámite del proyecto, ni ha demostrado que fuera ajeno a la actividad de sus asesores y colaboradores de las diferentes Secretarías , puesto que en último término refrendó con su firma como representante legal del ente territorial los contrato de ejecución, debe concluirse que aparece demostrada, lamentablemente, dentro del ámbito de la responsabilidad fiscal, se aclara, la culpa grave del señor Carlos Alberto Díaz Redondo..."

La anterior constatación deja sin fundamento fáctico la censura que el actor hace al fallo de responsabilidad fiscal, sin que sea posible efectuar un estudio diferente al de la verificación física de lo dicho por el actor.

En cuanto se refiere a la ausencia de daño al erario público, el demandante soporta su reproche al acto administrativo acusado, afirmando que la obra civil Parque de la Comida Caribe o Parque de la Comida Caribeña se ejecutó sin incurrir en sobrecosto alguno y los precios de dicha obra se ajustaron a los precios del mercado, por lo que estima que, a la luz del art. 90 de la Carta Superior, no se ha producido daño alguno que deba ser reparado.

Al respecto, debe dejarse establecido, como ya se dijo en aparte anterior, que no entran en discusión las partes en este proceso en relación con los costos de ejecución de la obra civil Parque de la Comida Caribe, razón por la cual tampoco se detendrá la Sala en tal aspecto; pero, en la medida en que sobre dicha ejecución radica el demandante la ausencia de daño al patrimonio público, se harán las siguientes precisiones.

En primer lugar se dirá que no tiene cabida la remisión que hace el demandante al art. 90 Superior, como quiera que allí se consagra la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes, que cause un daño jurídico a los administrados, de manera que no se daría en ningún caso la posibilidad de que el Estado se repare así mismo cuando lo discutido es la responsabilidad fiscal de sus ordenadores del gasto.

Diferente es, que la naturaleza de la sanción fiscal es la de tener un carácter resarcitorio, como así lo indica el art. 4º de la Ley 610 de 2000³, a través de la cual se busca que el Estado recupere de manos de su propio agente, de su servidor público, a título de indemnización, los recursos económicos que integrando el patrimonio público no fueron debidamente planeados, conservados, administrados, custodiados, explotados, etc., de acuerdo con las reglas y principios que informan la gestión fiscal⁴.

Ese carácter resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal implica que el fallo que se emita para su declaración debe tener como fundamento la existencia comprobada de un daño al patrimonio público, el cual, en palabras del H. Consejo de Estado, *debe ser cierto, actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia, y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones, y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse*⁵.

En este caso, en el fallo de responsabilidad fiscal acusado, en cuanto se refiere a la causación del daño al erario público, se lee (fl. 44):

En el caso presente, cumplidas una serie de actividades por los gestores públicos endilgados, se muestra evidencia de que las condiciones de adecuación y corrección del objeto de dichas acciones no se cumplieron pues la planeación fue imprevista (sic) (...); arroja sobre el Distrito una carga de conservación de un inmueble que hasta la presente se ha revelado inútil para los fines generales de la administración pública; contradice los principios generales de la administración (crear riqueza,

³ ARTICULO 4o OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culpable de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal

⁴ ARTICULO 3o GESTION FISCAL Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E) Bogotá, D C , dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero 25000-23-24-000-2001-00064-01

aumentar el valor y generar utilidad); consumió un inmueble (lote de terreno cedido por INURBE al Distrito) que pudo ser utilizado, explotado o enajenado en forma mucho más eficiente; pretendiendo efectuar una inversión (compromiso de recursos económicos para obtener una rentabilidad) redundó en un gasto (destinación de recursos para fines no recuperables) que por el objeto del mismo no se reputa justificado.

(...) La obra es abiertamente ineficiente como generadora de renta; no cumplió el presupuesto económico de la prudencia en el uso de los recursos ni ha satisfecho necesidad pública alguna; se demuestra ineficaz tanto como solución urbanística de solución del modus vivendi de los moradores del barrio El Espinal, como solución social de la ocupación del espacio público por vendedores ambulantes y como herramienta de política económica para generar actividad turística al mercado local y empleo productivo; no cumplió con la equidad en la distribución de la inversión pública entre los diferentes sectores de la sociedad (...)

Como se ve, de acuerdo con los parámetros dados por la Corporación de cierre de la jurisdicción, en el fallo de responsabilidad fiscal se identifica cuál fue el daño causado al patrimonio público del Distrito de Cartagena y se cuantifica no solo el causado por el ahora demandante en este proceso, como ya antes se dejó transcrito, para determinarlo en la suma de \$1.135.705.142,80 que corresponde al valor total de ejecución de la obra civil que la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias consideró como inútil para los fines de la administración pública.

Frente a tales asertos del ente de control, el demandante no aporta a este proceso judicial ninguna prueba que desvirtúe la configuración del daño patrimonial que se le endilga, limitándose a afirmar en la diligencia de interrogatorio de parte que rindió a instancias del Distrito de Cartagena, que el Parque de la Comida Caribeña es parte de un proyecto integral que incluía la construcción del Parque El Espíritu del Manglar ubicado en Chambacú, la construcción de un paseo peatonal de borde de agua, la construcción de redes de alcantarillado, la pavimentación de las calles que permitieran el acceso al parque ya citado, el macro proyecto del sistema de transporte masivo multimodal de pasajeros Transcaribe y la recuperación de Puerto Duro,

afirmando que la obra se concibió con el propósito de mejorar el entorno lo que, en su decir, se encuentra demostrado, *hoy por hoy*, con la construcción de importantes centros comerciales que contribuyen a mejorar el entorno físico, social y económico del sector.

Sin embargo, nada se trajo al proceso en relación con tales afirmaciones y tampoco se desvirtúan las circunstancias valoradas por el ente de control para determinar la configuración de daño al patrimonio público, de manera que no cuenta la Sala de Decisión con ningún elemento probatorio que le permita concluir que se ha desvirtuado la legalidad del administrativo acusado.

Finalmente, el actor acusa los actos administrativos demandados por no haber tenido en cuenta que fueron sus sucesores quienes, por razones políticas, se negaron a dar al Parque de la Comida Caribe la destinación para la cual fue concebido, a más de la celebración de un pacto de cumplimiento – en el marco de una acción popular incoada por el Ministerio de Cultura - que impuso al Distrito de Cartagena la carga de cambiar la destinación del inmueble. Ante dicha censura, las entidades demandadas afirman que el Parque de la Comida Caribe no fue debidamente planeado pues, al finalizar su construcción, no fue posible destinarlo al fin para el cual fue concebido al no existir estudios económicos y financieros que así lo permitieran, no darse las condiciones ambientales y sociales que permitieran la puesta en marcha del mismo, y, también, porque no se efectuaron los estudios necesarios acerca de la viabilidad jurídica, económica, ambiental y de prelación del gasto público social; en tanto que, el demandante afirma que,

Como se advirtió a lo largo de la transcripción parcial de los actos acusados, al demandante se le enrostra en múltiples oportunidades el no haber efectuado la debida planeación de la obra civil Parque de la Comida Caribe, no solo en cuanto a su ejecución se refiere, sino principalmente en relación al costo – beneficio social, a la falta de estudios que permitieran ponerla en funcionamiento, para con base en tales imputaciones hallarlo responsable desde el punto de vista de la gestión fiscal, de una indebida planeación que, según afirman las demandadas, se tradujo en la construcción de una obra civil que resultó inútil para la ciudad y sus habitantes.

De la copia autentica del proceso de responsabilidad fiscal adelantado en contra del demandante, que se allegó oportunamente como prueba, se encuentra efectivamente demostrado que en el año 2003 el Ministerio de Cultura incoó una acción popular en contra del Distrito de Cartagena, época que se infiere de su radicación bajo el No. 2003-0024-00, cuyo conocimiento le correspondió a esta Corporación, y en cuyo trámite se celebró un pacto de cumplimiento. No obstante, la prueba de dicho pacto no fue allegada de manera integra al proceso, ni al de responsabilidad fiscal ni a este proceso judicial, como quiera que lo que obra en el plenario es solamente el acta de fecha 10 de septiembre de 2004 que corresponde a la *continuación* de la audiencia especial de pacto de cumplimiento (fl. 234 cdno 2).

En la copia parcial del acuerdo de pacto de cumplimiento se leen los puntos sobre los cuales lograron consenso el Ministerio de cultura y el Distrito de Cartagena, pero no es posible conocer cuáles fueron las pretensiones de la actora y/o los aspectos sobre los cuales se reclamó protección para los derechos colectivos, omisión esta que hace que el cargo de censura que en este sentido ha formulado el actor resulte sin sustento.

En cuanto se refiere a la falta de voluntad de las alcaldes que lo sucedieron, para poner en funcionamiento el Parque de la Comida Caribe, se resalta por esta Sala de Decisión que en el fallo de responsabilidad fiscal se efectúa un estudio acerca de la participación de los alcaldes siguientes, Alberto Barboza Senior y Nicolás Curi Vergara, en la configuración del daño patrimonial al Distrito de Cartagena, en los siguientes términos:

Pero, antes de cerrar la motivación de la providencia, es necesario tomar atenta nota de lo vertido en el proceso acerca de la calidad de la gestión del Distrito de Cartagena en la conservación del edificio "Parque de la comida caribe" (sic). También denominado "Parque de la cultura caribe" (sic) inmueble de su propiedad, la cual muestra algunos visos de falta de sujeción a los principios constitucionales y legales de la función pública enunciados. Por ello será menester, para una aplicación diáfana del principio erga omnes de la ley, realizar las averiguaciones pertinentes y someter al escrutinio fiscal dichas actuaciones, como se dispondrá al resolver.

Con base en lo anterior, en la parte resolutive del fallo de responsabilidad fiscal se dispone la apertura de indagación preliminar para evaluar la gestión fiscal y los negocios jurídicos realizados como Alcaldes del Distrito de Cartagena, a los señores Alberto Barboza Senior y Nicolás Curi Vergara.

A mas de lo reseñado, no obra en el proceso prueba alguna aportada o señalada por el demandante, de la cual puede inferirse que la voluntad política de sus sucesores fuera la de obstaculizar la entrada en funcionamiento del Parque de la Comida Caribe, o que el no uso de dicha obra tuviera como origen las malas prácticas políticas.

Así entonces, teniendo presente que en esta clase de procesos, en los que se discute la legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal de los gestores públicos, la carga de la prueba corresponde a quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad que los ampara, forzoso es concluir que en este caso no se ha logrado tal cometido, puesto que no se han demostrado los cargos de censura que fueron formulados contra los actos administrativos demandados, lo que hace imperioso denegar las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

9. Costas

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, de acuerdo con los parámetros señalados por el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones que le fueron introducidas por el art. 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; ha sido incoada por

CARLOS ALBERTO DIAZ REDONDO contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS –
CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, con base en lo dicho en la
parte motiva de esta decisión.

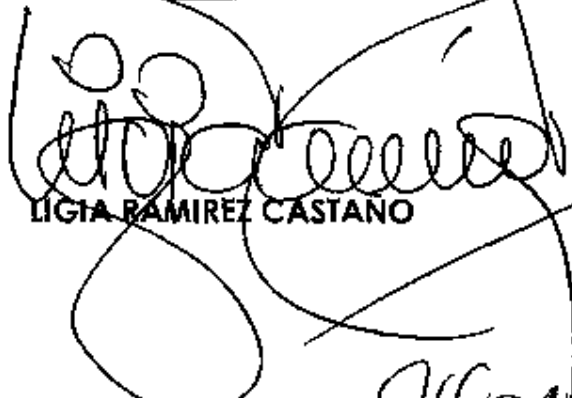
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.


TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, si la misma no es apelada, **ARCHIVASE EL
EXPEDIENTE** previas las anotaciones a que haya lugar en los libros y sistemas de
radicación.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE LUIS R FANDIÑO GALLO


MARCELA LOPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0002
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ALMAVIVA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2008-00070-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO
(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002**

- SALA DE DECISIÓN 004 -

Cartagena de Indias, D. T. y C., Diciembre seis (6) de dos mil trece (2013).

SENTENCIA No. 319 2013

2da. Instancia.

Tema: Liquidación Oficial de corrección - Clasificación arancelaria de mercancías. - Identificación del producto importado DAIRYLAC 80 a la luz del sistema armonizado de clasificación de mercancías.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13001-33-31-004-2008-00070-01
Demandante: ALMAVIVA S.A.
Demandado: UAE DIAN

Procede esta Sala de decisión, según facultades consignadas en el Acuerdo PSAA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA 9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, emanados del Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia de Febrero 24 de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Adjunto del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho instaurada a través de apoderado judicial, por la Sociedad ALMAVIVA S.A., contra la UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por la cual se declaró una nulidad parcial.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La demanda persigue las siguientes

PRETENSIONES

"PRIMERA: Que se ANULEN las siguientes resoluciones:

- 1.1 *No. 758 de fecha 10 de abril de 2007, proferida por la Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, mediante la cual se profiere liquidación oficial de corrección a la citada declaración de importación, correspondiente a una importación del importador CONTEGRAL MEDELLÍN S.A.*
- 1.2 *No. 1040 de fecha 30 de agosto de 2007, proferida por el jefe de la División Jurídica Aduanera de la misma administración, que confirmó la anterior.*

SEGUNDA: Que, como consecuencia de las anteriores nulidades, se establezca que ALMAVIVA S.A. no está obligada a cancelar suma alguna por concepto de la sanción impuesta en las resoluciones enunciadas. En el evento de que se pague alguna suma, se solicita que se ordene la devolución de lo pagado, junto con intereses y corrección monetaria.

TERCERA: Que se notifique y vincule a CONTEGRAL S.A. al presente proceso.

CUARTA: Que, como parte del restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN, representada por la U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, a reembolsar a ALMAVIVA S.A. los gastos en que haya incurrido ésta última para instaurar este proceso judicial, tales como: gastos judiciales, honorarios de abogados, etc.

HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos bajo los cuales se soportan las anteriores pretensiones, se consignan así:

Que el importador CONTEGRAL realiza de manera ordinaria la importación de un producto denominado DAIRYLAC 80.

Para tal efecto, el citado importador tramitó y obtuvo los permisos requeridos ante el ICA para la importación del DAIRYLAC 80; así mismo, tramitó y obtuvo el registro de importación requerido para la importación de este producto, ante el MINCOMERCIO.

El importador suministró a la Sociedad de Intermediación Aduanera los citados documentos, en los cuales constaba que la partida arancelaria del producto DAIRYLAC 80 era la 2309.90.20.00, así como los demás documentos requeridos para este tipo de trámite.

Con fundamento en los citados documentos se adelantó la importación del producto DAIRYLAC 80 según consta en la copia de la declaración de importación identificada en el anexo.

La División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, ha expedido tres resoluciones diferentes para clasificar el producto denominado DAIRYLAC 80; así: con Resolución 12516 de abril de 2002, lo clasificó por la subpartida 1901.90.90.00, con Resolución 04077 de abril de 2006, con la 2309.90.90.00, y con Resolución 03633 de marzo de 2007 con la N° 2309.90.20.00.

Las clasificaciones expedidas por la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN son obligatorias, según dispone el decreto 2685 de 1999 y sus reglamentos. Así mismo, las autoridades del Perú y Venezuela han clasificado el mismo producto en la partida 2309.90.20.00.

A pesar de las clasificaciones que se mencionan, la DIAN, por medio de las Resoluciones cuya nulidad se demanda, cuestionó la declaración del producto DAIRYLAC 80 en la partida 2309.90.20.00, considerando clasificarlo en la partida 23.09.90.90.00.

El cambio de partida hace que se aplique una tarifa arancelaria distinta, lo que llevó a la DIAN a cobrar una supuesta diferencia no pagada por concepto de tributos aduaneros, más sanción e intereses.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la sociedad accionante elabora los siguientes cargos en contra de los actos acusados:

- *CORRECTA CLASIFICACIÓN ARANCELARIA – INDEBIDA MOTIVACIÓN.*

Mediante la Resolución 03633 del 29 de marzo de 2007, la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN clasificó el producto que nos ocupa "DAIRYLAC 80" en la partida 2309.90.20.00.

Aunque la misma División se ha pronunciado en sentidos divergentes sobre el mismo producto, la resolución que citamos es la última y es la que está vigente. Dicha norma aclaró adicionalmente que el producto es una "premezcla de las utilizadas para la elaboración de alimentos para animales"

...Como quiera que la División de Arancel de la DIAN aclaró que el producto denominado DAIRYLAC 80 es una premezcla que debe ser clasificada por la partida 2309.90.20.00 del arancel de aduanas, y que esa posición se encuentra consignada en la Declaración de Importación que nos ocupa, resulta que no existe un error en la clasificación arancelaria y en consecuencia que resulta improcedente desde el punto de vista técnico y jurídico confirmar la Liquidación Oficial que se recurre.

➤ FALTA DE COMPETENCIA PARA EXPEDIR LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN

Como el verdadero obligado al pago de los tributos es el importador, la Liquidación Oficial de Corrección no podía ser proferida por la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, sino por la de Medellín, que es el domicilio principal de CONTEGRAL S.A.

➤ FALTA DE LEGITIMACION EN LO PASIVO

ALMAVIVA, como Sociedad de Intermediación Aduanera, no es la responsable del pago de los tributos aduaneros, en particular del IVA.

➤ VIOLACION AL DEBIDO PROCESO - ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Al no haberse vinculado al importador se le está negando la posibilidad de demostrar o acreditar que la mercancía DAIRYLAC 80 se encuentra correctamente clasificada.

➤ FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 63, 67 Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-ALMAVIVA NO OSTENTA LA CALIDAD DE ABOGADO, APODERADO PROCESAL O MANDATARIO DE CONTEGRAL

Aunque el importador otorgó mandato a ALMAVIVA para nacionalizar una mercancía, dicho mandato no contempla la facultad de corregir unilateralmente esa

declaración, o pagar tributos adicionales, sin contar con autorización expresa del importador.

- VIOLACION A LOS ARTÍCULOS 477 Y SUBSIGUIENTES DEL ESTATUTO TRIBUTARIO Y LA CONSTITUCION NACIONAL- LA ADMINISTRACION DE ADUANAS DE BOGOTA NO PUEDE EXONERAR DEL PAGO DE TRIBUTOS AL IMPORTADOR

...la actual postura de la DIAN conlleva a asumir que está exonerando del pago de tributos aduaneros al importador, y le imputa dicha obligación a un tercero que sólo sirve como intermediario aduanero.

- INDUCCION A ERROR - EL IMPORTADOR REALIZÓ LA CLASIFICACION ARANCELARIA Y APORTÓ LOS DOCUMENTOS QUE ACREDITABAN DICHA POSICIÓN - LA DIAN CONFIRMÓ ESA CLASIFICACION. OTRAS AUTORIDADES TAMBIEN LA AVALARON.

...fue el importador el que clasificó la mercancía, y ésta clasificación fue confirmada por la DIAN mediante Resolución 03633 de fecha 29 de marzo de 2007.

- OBLIGACIÓN IMPOSIBLE DE CUMPLIR, VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 121 DEL DECRETO 2685 DE 1999.

Esta obligación de pago resulta imposible de cumplir por parte de ALMAVIVA, toda vez que no ostenta la calidad de importador.

- PRINCIPIO DE BUENA FE - VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

ALMAVIVA obró y ha obrado en la importación del producto DairyLac, ajustada en su integridad a la normatividad aduanera.

- DEFENSA – UAE DIAN –

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F. 431) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta la legalidad de los actos acusados, señalando como oposición de los cargos, que con los actos administrativos que se acusan no han sido vulneradas, la legislación aduanera, ni la Constitución, ni principios como el de la buena fe, respetándose en cambio derechos de defensa y debido proceso de la parte actora.

Que en el caso en cuestión, la entonces Administración Especial de Aduanas de Bogotá, clasificó la mercancía consistente en DAIRYLAC 80 por la subpartida 2309.90.90.00, como una preparación para la elaboración de alimentos para mascotas y en consecuencia ordenó revocar la Resolución 12516 de 26 de diciembre de 2002.

Que la entonces Subdirección Técnica Aduanera, mediante Resolución N° 04077 del 2 de abril de 2006, clasificó el producto por la subpartida 2309.90.90.00, siendo esta clasificación obligatoria, conforme con el artículo 157 de la Resolución 4240 de 2000, modificado por el 52 de la Resolución 7002 de 2001, que establece la obligatoriedad de las clasificaciones arancelarias expedidas mediante Resolución.

La División de Arancel, con oficio 6100047-478 y radicado 17100 de 5 de mayo de 2006, señaló al Jefe GIT de control posterior, que según el análisis químico practicado por el Laboratorio Central de Aduanas, la muestra corresponde a una preparación a base de suero de leche y lactosa, utilizada en la elaboración de alimentos para animales, que se debe clasificar en la subpartida 2309.90.90, la cual fue trasladada a la investigación en calidad de prueba.

En relación con la supuesta violación al derecho de defensa, y lo considerado por el accionante, de que la DIAN debió tener en cuenta la clasificación realizada con Resolución N° 3633 de 2007, al importar la mercancía consistente en DAIRYLAC 80, manifiesta ser esto erróneo, ya que la División de Arancel, al realizar las clasificaciones arancelarias, consideró, que lo que se debe analizar es la composición química descrita en el cuerpo de las resoluciones de clasificación arancelaria, en las cuales se observa la diferencia entre las dos, por lo tanto, no es posible decir, que el producto clasificado en la Resolución 04077, es el mismo que el que se clasificó en la Resolución 03633 de 29 de marzo de 2007.

Que el primer producto clasificado se diferenció del segundo, en el hecho de que el primero no contiene un aditivo que ayude a su conservación, mientras que el otro sí, lo que se ratifica con el análisis químico que se le practicó a ese

artículo, sin embargo, el demandante erradamente pretende hacer valer otra ficha técnica que difiere de la que se aportó inicialmente.

El producto objeto de controversia se debe clasificar por la subpartida arancelaria 2309 y no otra del arancel de aduanas, cuyo texto de partida comprende "preparaciones del tipo de las utilizadas para la alimentación de los animales", que a su vez debe codificarse por la subpartida residual 23.09.90.00 que comprende "las demás" preparaciones del tipo utilizadas para la alimentación de los animales.

Que para incluir el producto DAIRYLAC 80 (importado antes de la expedición de la Resolución N° 3633 del 29 de Marzo de 2007) dentro de uno y solo uno de los desdoblamientos a nivel andino 2309.90.20 o 2309.90.90, se debe realizar una comparación entre las características o propiedades con que cuenta ésta mercancía, frente al contenido del texto de cada una de estas subpartidas antes señaladas, es decir, determinar si las características propias de este producto son compatibles o incompatibles con el texto de estas subpartidas.

Que al verificar el texto de la subpartida 2309.90.20, se determina que el alcance de ella no debe ni puede extenderse más allá del ámbito abarcado por ésta subpartida, es decir que las mercancías que se quieran incluir en ellas deben cumplir estrictamente el requisito de ser una PREMEZCLA

Que las notas explicativas del Arancel de Aduanas, de la partida arancelaria 23.09 precisan que los productos denominados "PREMEZCLA", son en general composiciones de carácter complejo que comprenden un conjunto de elementos llamados a veces aditivos.

Que de acuerdo con el estudio técnico de compatibilidad de las características físico químicas del producto DAIRYLAC 80; en atención a las notas explicativas del arancel de aduanas, y, previa claridad entre los conceptos de productos denominados PREMEZCLA (conjunto de elementos de tres clases: Los que favorecen la digestión, los destinados a asegurar la conservación de alimentos, los que desempeñan el papel de soporte) y aquellos de preparación que se utilizan como aditivos; existe una distinción

entre ambas, siendo por lo tanto susceptibles de clasificarse la primera por la subpartida arancelaria 23.09.90.20 que la comprende de manera específica, es decir, que no existe duda de su inclusión en esta subpartida, y la segunda preparación por la subpartida 23.09.90.90, toda vez que ésta última no posee los elementos destinados a asegurar la conservación de los alimentos.

Considera entonces que la clasificación arancelaria determinada por la DIAN mediante Resolución 04077 del 28 de abril de 2006 y ratificada con concepto técnico, constituyen el fundamento técnico jurídico de la liquidación oficial contenida en los actos demandados, además de estar acorde con las reglas generales interpretativas del arancel de aduanas, ajustada además a derecho, sin que se pueda predicar violación al debido proceso, ni inducción al error.

Finalmente indica que le asiste responsabilidad a quien demanda en su calidad de declarante autorizado, a quien además se le notificó el REA y la liquidación oficial de corrección, por tanto a quien debe cobrarse los mayores tributos dejados de cancelar y la sanción correspondiente, sin que resulte procedente la conformación de un litisconsorcio necesario.

TERCERO INTERVINIENTE – SEGUROS ALFA S.A.:

Mediante escrito visible a folio 408 del cuaderno principal, la empresa aseguradora de la referencia manifiesta que coadyuva la demanda presentada por la sociedad ALMAVIVA S.A., en contra de los actos que profieren liquidación oficial de corrección por una supuesta incorrecta clasificación arancelaria del producto Dairylac 80, haciendo efectiva proporcionalmente la póliza de cumplimiento de disposiciones legales N° 0015031.

SENTENCIA IMPUGNADA

Con providencia calendada el día veinticuatro (24) de febrero de 2012, el Juzgado Cuarto Administrativo Adjunto del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia en la que decide:

FALLA

PrímERO: DECLARAR la nulidad del artículo tercero de la Resolución N° 0758 de 10 de abril de 2007, proferida por el Jefe de la División de Liquidación Aduanera, por medio de la cual se profiere liquidación Oficial de Corrección por error en la clasificación arancelaria y la Resolución N° 001040 de 30 de agosto de 2007, proferida por el Jefe de la División Jurídica Aduanera, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la primera resolución, en lo referente a hacer efectiva la póliza N° 0015031 del 06 de diciembre de 2006 expedida por Seguros Alfa, en razón de lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento, ordenar a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, no hacer efectiva la PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LEGALES N° 0015031 del 06 de diciembre de 2006 expedida por la Compañía SEGURO ALFA S.A., y en caso de haberlo hecho, devolver el valor recaudado, debidamente actualizado de conformidad con lo normado por el artículo 178 del C.C.A.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: En firme esta providencia, archívese el expediente previo la devolución de los remanentes a que hubiere lugar.

Para arribar a la anterior decisión, la juez de primera instancia descartó uno a uno los cargos de nulidad propuestos por la sociedad actora, considerando, en lo que respecta al argumento central: de que existió una correcta clasificación arancelaria, y una motivación indebida e inducción al error: que la DIAN no ha incurrido en las conductas que se le imputan, ni ha hecho incurrir en error al declarante ni al importador, toda vez que las clasificaciones dadas por dos resoluciones corresponden a productos diferentes en su composición, por lo que era el declarante, quien conociendo los componentes del producto importado debía escoger adecuadamente la subpartida claramente determinada por la administración.

Consideró igualmente que no se presenta en la actuación administrativa falta de competencia, ni falta de legitimación en lo pasivo.

En cuanto al argumento de ausencia de cobertura de la póliza de garantía, expuso a manera de conclusión:

"En el presente caso, el acaecimiento del suceso garantizado, es decir, el incumplimiento de ALMAVIVA S.A., por la incorrecta clasificación de la

subpartida arancelaria del producto DAIRYLAC 80, fue percatada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 9 de agosto de 2006, fecha que según se indica en la Resolución N° 0758 de 10 de abril de 2007 a través de requerimiento de información N° 03-070-211-0569 se solicitó a la declarante ALMAVIVA S.A., allegar copia de la declaración N° 0120408053639-1. Así las cosas la administración conocía el acaecimiento del riesgo desde la fecha descrita, y procedió a hacer efectiva una póliza que para el momento de la declaración, así como para el momento en que se conoció de la errónea indicación de la subpartida no se encontraba vigente.

Así las cosas, al haber acontecido el siniestro antes de la vigencia de la póliza, encuentra el Despacho que la póliza que respaldaba la operación de importación era diferente a la que se hizo efectiva, razón por la cual la póliza N° 0015031 del 06 de diciembre de 2006, no amparaba el siniestro que le fue hecho efectivo, razón que imposibilita extender esta relación obligacional a un evento ocurrido cuando el contrato de seguro no estaba vigente.

...Así las cosas, tenemos que la póliza N° 0015031 del 06 de diciembre de 2006, inició su vigencia con posterioridad al hecho por el cual fue hecha efectiva, por lo que en ese orden de ideas, advierte el Despacho que el siniestro tuvo lugar cuando el contrato de seguro aún no estaba vigente, luego entonces, la póliza N° 0015031 expedida por Seguros Alfa no tenía validez alguna, de modo que no era procedente ordenar hacerla efectiva, motivo por el cual le asiste razón a la coadyuvante en señalar que sobre los actos administrativos demandados recae un vicio de nulidad, pues tuvo en cuenta para ello, la fecha de declaración del siniestro.

...En virtud del estudio realizado, este Despacho concluye, atendiendo a las consideraciones señaladas anteriormente, que de conformidad con los artículos 22 y 26 del Decreto 2685 de 1999, el demandante es el responsable de la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación suscrita en desarrollo de la actividad de intermediación aduanera, sin embargo, se encontró demostrado que la póliza que se hizo efectiva por parte de la Administración de Aduanas no estaba vigente al momento de acaecimiento del siniestro.

Así las cosas, y dadas las razones anteriormente expuestas el Despacho declarará la nulidad parcial de la Resolución N° 0758 de 10 de abril de 2007 y N° 001040 del 30 de agosto de 2007, en el entendido de que no puede hacerse efectiva la póliza N° 0015031 del 06 de diciembre de 2006 expedida por Seguros Alfa, ordenando el consecuente restablecimiento del derecho en ese sentido.

IMPUGNACIÓN

Ambas partes interponen recurso de apelación contra la sentencia de 24 de febrero de 2012.

ALMAVIVA S.A.

Disiente de la decisión manifestando que el punto central del litigio, cual es, la clasificación arancelaria, es tratado sólo en una página, bajo un análisis somero que hace el Juzgado, acudiendo a dos consideraciones inexactas, pues por una parte dice que la DIAN emitió dos clasificaciones arancelarias sobre el producto DAYRILAC 80, pero la realidad es que han sido 3 las veces en que la DIAN se ha pronunciado sobre la clasificación arancelaria del producto DAIRYLAC 80, es decir, que la administración se ha equivocado dos veces en la clasificación arancelaria del mismo producto. De otra parte se verifica una segunda inexactitud, pues afirma el Juzgado sin bases, que el producto clasificado por la DIAN en la Resolución 04077 de 28 de abril de 2006, es distinto al producto clasificado en la resolución N° 03633 de 29 de marzo de 2007, a pesar de que ambos se llamen igual (DAIRYLAC 80).

Estima que tal diferencia no es cierta, y que el juzgado para explicarlas, acude a apartes consignados en la descripción contenida en las resoluciones acusadas.

Que si se contrasta la Resolución 4077 de 2006 (subpartida 2309.90.90.00), junto con la 3633 de 2007 (subpartida 2309.90.20.00), se desvirtúan una a una las supuestas diferencias resaltadas por la administración y posteriormente avaladas por la sentencia de primera instancia.

En la resolución 4077 de 2006, la DIAN dice que el producto está hecho a base de suero de leche, deshidratado y con concentrado proteico de soya; en la resolución 3733 de 2007 se dice lo mismo, sólo que se aclara el porcentaje del concentrado proteico, lo que en general demuestra que diferencias como tal no existen, y, suponiendo que estas existieran, el Despacho, al no ser experto químico, no podía establecerlas, pues para ello entonces debió ser mas específico, es decir, si las supuestas diferencias encontradas hacen que el producto sea distinto, en qué grado, y si de verdad inciden en la clasificación arancelaria.

Que resulta claro que la Juez no tiene la competencia técnica para decidir las cuestiones expresadas, y el hecho de no haber sido explicita, configura el vicio de ausencia de motivación, por lo que el fallo debe ser revocado.

Que la Juez afirmó que el producto clasificado por la DIAN en la Resolución 04077 de 28 de abril de 2006, es distinto al producto clasificado en la Resolución N° 03633 de 29 de marzo de 2007, y escoge para decidir la clasificación de la Resolución 4077 de 2006, pero no se sabe por qué.

Que para poder aplicar la Resolución 4077 de 2006, la Juez debió haber partido de la base que el producto clasificado en dicha resolución, es el mismo producto declarado, y cuya clasificación arancelaria se discuten este proceso, pero no se sabe cómo pudo haberlo hecho, si el dictamen pericial solicitado fue negado.

Según la Jueza de primera instancia, lo que hace que un producto sea diferente a otro, es que tenga: "agente anticompactante para mejorar la fluidez del producto y asegurar su calidad constante 0.5 – 2.0%", pero, como sabe el juzgado que el producto declarado no tenía ese agente anticompactante.

El juzgado no podía saberlo, porque negó la prueba para determinarlo, presuponiendo entonces cosas que no se probaron en el proceso; y, si tuvo otros elementos de juicio para emitir una decisión, tales elementos no se consignaron en la sentencia.

Señala también, que la Juez escogió una Resolución de clasificación, pero no clasificó el producto, pues como se vio, las tres Resoluciones de clasificación de la DIAN se refieren a DAIRYLAC 80, manifestando la A.quo que las dos últimas resoluciones se refieren a productos distintos, pero sin determinar ni explicar en la sentencia, cual es la composición del producto declarado, y sin establecer además si la DIAN lo había clasificado bien o mal.

Aduce que no se trata simplemente de escoger una clasificación de la DIAN, sino que el litigio surge porque ésta defiende una clasificación, y el particular otra, y que esa diferencia no se puede decidir alegando un acto de una de las partes en conflicto, pues si así fuera, la DIAN tendría tal preeminencia, que el particular no tendría ninguna posibilidad de ganar el proceso. De ahí, que lo que tenía que hacer la Juez era determinar la clasificación arancelaria del producto, aún incluso mediando clasificación oficial efectuada por la DIAN; sin embargo, en la sentencia que se apela, no se hizo ni lo uno ni lo otro, es decir, no se estableció la naturaleza del bien, y no se miró el arancel, por tanto carece de motivación.

UAE DIAN.

Como motivos de inconformidad plantea, que la vigencia de la póliza es del 1º de marzo de 2007 hasta el 11 de junio de 2008, pero que no comparte con el Juzgado la afirmación de que el siniestro ocurrió por fuera de dicha vigencia, pues la certeza de la ocurrencia del riesgo se configura con la liquidación oficial.

Que lo que se está garantizando es el pago de los tributos aduaneros y sanciones que se generaron con la declaración errada por parte de ALMAVIVA, la cual era respaldada por la aseguradora desde el momento mismo en que se expide la póliza, hasta que la DIAN culmine con la investigación correspondiente sobre los hechos que se están amparando.

Que el procedimiento para proferir la liquidación oficial de corrección, que tiene por objeto modificar una declaración privada aduanera, cuya naturaleza es diferente a la acción que se pueda derivar de un contrato de seguros, de manera que debe precisarse que el momento de determinar los

tributos y la sanción, no es otro que la expedición de la liquidación oficial de corrección, indistintamente que el incumplimiento de la obligación haya sido con anterioridad, pues la póliza lo que avaló fue el pago de tributos y las sanciones que se determinan por dicha situación.

Es por ello que la DIAN de manera correcta ordena la afectación de la Póliza que se encontraba vigente al momento de la expedición de la liquidación que corrigió la declaración del declarante.

En cuanto a los demás cargos planteados por ALMAVIVA, manifiesta retomar los argumentos de la contestación de la demanda.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 30 de mayo de 2012, esta Corporación admitió los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada (F. 636); y, con providencia adiada en octubre 8 de 2012, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 638).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Demandante y demandado, descorrieron el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general ratificándose en sus escritos de apelación, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 640, reverso), se abstuvo de emitir concepto.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la

Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso ambas partes recurren la sentencia de primera instancia, de manera que la Sala queda habilitada para realizar el estudio de fondo del asunto, sin que medie limitación alguna para estudiar de manera amplia el debate que se intenta cerrar en la presente instancia.

Caducidad

Sobre tal presupuesto se tiene que la acción fue ejercida en tiempo, puesto que el último de los actos acusados - Resolución No. 001040 de 30 de agosto de 2007, fue notificado el 3 de septiembre de 2007; y la presentación de la demanda se verifica el primer día hábil para la rama judicial en el año 2008, esto es, 11 de enero, - tal como consta a folios 23 y 273 - , de manera que ha de tenerse por oportuna, acorde con el término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos que quedaron expuestos por los extremos enfrentados, por el tercero interesado que coadyuva la demanda, así como por los motivos que tuvo en cuenta la Juez de primera instancia para decidir el asunto que se somete a dirección judicial, debiendo verificar la Sala, si en la respectiva actuación administrativa se produjo una violación de la ley, al decidir la DIAN expedir una liquidación oficial de corrección de clasificación arancelaria, que

repercute en el monto del gravamen arancelario e IVA que está obligado a pagar quien demanda, y si en lo que atañe a la vigencia de la respectiva póliza, era o no procedente hacerla efectiva, teniendo en cuenta la fecha de la ocurrencia del siniestro.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada deberá revocarse, teniendo en cuenta que se dan los supuestos de hecho y de derecho que viabilizan lo pretendido por el accionante.

Para arribar a la decisión a la cual se alude, se tuvieron en cuenta los siguientes sustentos normativos, fácticos y probatorios:

En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por la Resolución N° 00758 de 10 de abril de 2007, proferida por el Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos y Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se profiere liquidación oficial de corrección a una declaración de importación de ALMAVIVA S.A. y su confirmatoria en la vía gubernativa, la Resolución No. 01040 de 30 de agosto de 2007, expedida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica Aduanera (F. 23 a 47 y 66 a 92).

Al respecto se encuentra, que la DIAN se encuentra revestida de las facultades de fiscalización y control previstas en artículo 470 del Decreto 2685 de 1999, pudiendo entonces proferir *liquidaciones oficiales*, entre otros casos, para "c) *Verificar la exactitud de las declaraciones, documentos soporte u otros informes, cuando lo considere necesario para establecer la ocurrencia de hechos que impliquen un menor monto de la obligación tributaria aduanera o la inobservancia de los procedimientos aduaneros*".

El artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, establece la procedencia de la liquidación oficial de corrección en los siguientes términos:

*"ARTICULO 513. LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN.
La autoridad aduanera podrá expedir Liquidación Oficial de Corrección cuando se presenten los siguientes errores en las declaraciones de importación: subpartida arancelaria, tarifas, tasa de*

cambio, sanciones, operación aritmética, modalidad o tratamientos preferenciales.

Igualmente se podrá formular Liquidación Oficial de Corrección cuando se presente diferencia en el valor aduanero de la mercancía, por averías reconocidas en la inspección aduanera".

Lo anterior quiere decir que resulta viable la liquidación oficial de corrección por parte de la autoridad aduanera, cuando se presenten errores en las declaraciones de importación, señalando taxativamente los eventos donde cobra aplicación la figura, esto es, error en la subpartida arancelaria, tarifas, tasa de cambio, sanciones, operación aritmética, modalidad o tratamientos preferenciales. Es decir, la liquidación oficial de corrección a la cual se alude, implica de una u otra forma, que el declarante se halle inmerso en una de los supuestos previstos por la norma.

En el asunto bajo estudio se advierte, que en la declaración de importación N° 0120408053639-1 de 04 de marzo de 2005 (folio 28 cuaderno de pruebas), la parte demandante declara la mercancía descrita como *"PREPARACIONES DEL TIPO DE LAS UTILIZADAS PARA LA ALIMENTACION DE LOS ANIMALES. LAS DEMAS PREMEZCLAS. PRODUCTO. DAIRYLAC-80. PRESENTACION: POLVO...USO: MATERIA PRIMA UTILIZADA EN LA ELABORACION DE ALIMENTOS PARA ANIMALES"*, y la clasifica por Subpartida arancelaria **2309.90.20.00.**, Es decir, tal declaraciones se refiere al producto, conocido comercialmente como DAIRYLAC 80.

Mediante Resoluciones que figuran acusadas, la DIAN decidió corregir la subpartida arancelarias bajo la cual se clasificó la mercancía en la aludida declaración de importación, considerando que existió un error en la clasificación arancelaria. En dichas resoluciones se destaca esencialmente el mismo argumento en la parte motiva, por lo cual la Sala se permite citar una de éstas, donde se lee:

"...La Jefe de la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, profirió la Resolución N° 04077 del 28 de abril de 2006 por medio de la cual clasificó la mercancía correspondiente a una preparación color crema claro, aroma suave, característicos de la leche, de textura granular, a base de suero de leche deshidratado y

concentrado proteico de soya, con el siguiente contenido nutricional: proteína cruda 5%, grasa cruda 0.50% fibra cruda 0%, lactosa 82.0%, cenizas 8%, sal 3%, humedad 4 % y E.M. (calculada) 3.545 kcal/kg" por la subpartida arancelaria 2309.90.90.00, como preparación para la elaboración de piensos y alimentos para mascotas, de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del Arancel de Aduanas, y revocó la Resolución N° 12516 del 26 de diciembre 2002 expedida para la misma mercancía por una subpartida diferente a la anotada.

De lo expuesto se concluye que la mercancía amparada en la declaración de importación con autoadhesivo N° 0120408053639-1 del 04 de marzo de 2005 se debe clasificar de conformidad con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del Sistema Armonizado por la subpartida arancelaria 2309.90.90.00 "PREPARACIONES DEL TIPO DE LAS UTILIZADAS PARA LA ALIMENTACIÓN DE LOS ANIMALES – LAS DEMÁS. – LAS DEMÁS" a la cual le corresponde un Arancel del 20% de conformidad con la Circular N° 00035 del 01 de Marzo de 2005 expedida por el Director de Aduanas, e IVA del 10%, por tanto se causaría una cuenta adicional por concepto de tributos aduaneros"

Respecto a lo afirmado por la DIAN en sede administrativa resulta necesario precisar, que el sistema de nomenclatura arancelaria corresponde a una relación de productos o mercancías objeto de comercio internacional que resulta ser descriptiva, ordenada y metódica, bajo identificación de un código numérico para cada producto, y cuya razón de ser resulta ser identificar aquellas mercancías importadas de forma específica, estableciéndoles el gravamen o el impuesto de importación correspondiente; siendo tal sistema observado por las autoridades aduaneras y grupos económicos de distintos países¹ a la hora de tarifar lo importado.

¹ A partir de la Ley 646 de 2001, Colombia adopta la convención internacional del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, como instrumento para clasificar arancelariamente y de manera uniforme las mercancías objeto de procesos de comercio exterior.

Constituido por reglas generales de Interpretación, notas de sección, notas de capítulos y notas de partidas ordenadas de forma sistemática, subdivididas en subpartidas que permiten la clasificación de las mercancías de acuerdo con el grado de elaboración o procesamiento (materias primas, bienes intermedios y productos terminados) y de su función.

Al respecto, el Decreto 4341 de 2004, por el cual se adoptó el Arancel de Aduanas, señala:

III NORMAS SOBRE CLASIFICACIÓN DE MERCANCÍA.

A. REGLAS GENERALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NOMENCLATURA COMÚN - NANDINA 2002.

La clasificación de las mercancías en la Nomenclatura se regirá por los principios siguientes:

1. Los títulos de las Secciones, de los Capítulos o de los Subcapítulos sólo tienen un valor indicativo, ya que la clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo y, si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas, de acuerdo con las Reglas Sigüientes:

{...}

2. a) Cualquier referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que este presente las características esenciales del artículo completo o terminado. Alcanza también al artículo completo o terminado, considerado como tal en virtud de las disposiciones precedentes, cuando se presente desmontado o sin montar todavía:

b) Cualquier referencia a una materia en una partida determinada alcanza a dicha materia incluso mezclada o asociada con otras materias. Así mismo, cualquier referencia a las manufacturas de una materia determinada alcanza también a las constituidas total o parcialmente por dicha materia. La clasificación de estos productos mezclados o de estos artículos compuestos se efectuará de acuerdo con los principios enunciados en la Regla 3.

3. Cuando una mercancía pudiera clasificarse, en principio, en dos o más partidas por aplicación de la Regla 2 b) o en cualquier otro caso, la clasificación se efectuará como sigue:

a) La partida con descripción más específica tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más genérico. Sin embargo, cuando dos o más partidas se refieran, cada una, solamente a una parte de las materias que constituyen un producto mezclado o un artículo compuesto o solamente a una parte de los artículos en el caso de mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, tales partidas deben considerarse igualmente específicas para dicho producto o artículo, incluso si una de ellas lo describe de manera más precisa o completa;

De ahí que, para clasificar mercancías objeto de comercio exterior, se deben observar las reglas generales de interpretación de la nomenclatura.

b) **los productos mezclados**, las manufacturas compuestas de materias diferentes o constituidas por la unión de artículos diferentes y las mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, cuya clasificación no pueda efectuarse aplicando la Regla 3 a), **se clasificarán según la materia o con el artículo que les confiera su carácter esencial, si fuera posible determinarlo;**

c) Cuando las Reglas 3 a) y 3 b) no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta.

4. Las mercancías que no puedan clasificarse aplicando las Reglas anteriores se clasificarán en la partida que comprenda aquellas con las que tengan mayor analogía.

5. Además de las disposiciones precedentes, a las mercancías consideradas a continuación se les aplicarán las Reglas siguientes:

(...)

6. La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada por los textos de estas subpartidas y de las Notas de subpartida así como, *mutatis mutandis*, por las Reglas anteriores, bien entendido que sólo pueden compararse subpartidas del mismo nivel. A efecto de esta Regla, también se aplican las Notas de Sección y de Capítulo, salvo disposición en contrario".

En el asunto en cuestión, los extremos enfrentados difieren en cuanto a la partida aplicable, pues por una parte la demandante considera que se debe clasificar el producto "DAIRYLAC 80", en la partida 23.09.90.20.00, al tiempo que la demandada aduce que debe ser en la 23.09.90.00.00, obedeciendo lo anterior, a las calidades o propiedades del producto importado.

Lo probado.

Además de la declaración de importación y resoluciones acusadas arriba referenciadas, obran en el expediente los siguientes medios de pruebas relevantes para solucionar la controversia que se dirime:

- **Oficio No. 60100048-0208 radicado No. 015812 del 26 de abril de 2003**, suscrito por la Jefe de División de Laboratorio de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, por medio del cual le remite al Jefe de la División de Arancel Técnica, el reporte del análisis químico

practicado a las muestras del producto DAIRYLAC 80, informando el siguiente análisis químico (F. 18):

Muestra	Color	Aroma	Humedad	Proteína cruda total	Grasa Cruda total	Fibra cruda total	Ceniza cruda total	Carbohidratos (por diferencia lactosa	Textura
1	Crema claro	Caracterizado de la leche	3.02%	4.0%	0.228%	0.36%	10.02%	82.36%	Granulada

De acuerdo al análisis anterior tratase de una preparación a base de suero de leche y lactosa utilizada en la elaboración de alimentos para animales".

- Resolución No. **12516 del 26 de diciembre de 2002**, expedida por la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, en la que se resuelve clasificar el producto denominado "DAIRYLAC 80" en la subpartida **1901.90.90.00** del Arancel de Aduanas, como preparación a base de suero de leche, en aplicación de las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del texto arancelario. (F. 12 y 13 cuaderno de pruebas).
- Resolución No. **04077 del 28 de abril de 2006**, expedida por la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, en la que se resuelve revocar la resolución No. 12516 citada y clasificar el producto denominado "DAIRYLAC 80" en la subpartida **2309.90.90.00** del Arancel de Aduanas, como una preparación para la elaboración de piensos y alimentos para mascotas, de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del texto arancelario. (F. 14 y 15). En las consideraciones de la citada resolución se expone, entre otros aspectos, lo siguiente:

"...Que con la información presentada por el solicitante, se establece que la mercancía corresponde a una preparación color crema claro, aroma suave, característicos de la leche, de textura granular a base de suero de leche deshidratado y concentrado proteico de soya, con el siguiente contenido nutricional: proteína cruda 5%, grasa cruda 0.50%.

fibra cruda 0%, lactosa 82%, cenizas 8%, sal 3%, humedad 4% y E.M (calculada) 3.545 kcal/kg.

El producto antes descrito corresponde a una preparación utilizada como fuente de lactosa, en la elaboración de piensos y alimentos para mascotas, que se presenta en bolsas o sacos de 25 kg.

- Resolución No. 03633 del 29 de marzo de 2007 expedida por la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, en la que se resuelve clasificar el producto denominado "DAIRYLAC 80" en la subpartida 2309.90.20.00 del Arancel de Aduanas, como **una premezcla de las utilizadas para la elaboración de alimentos para animales**, de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del texto arancelario. (F. 202-203 Cuaderno principal); En las consideraciones de la citada resolución se reseña:

"...Que con la información suministrada se establece que la mercancía corresponde a una preparación en polvo de color crema claro, aroma y sabor característicos a leche, textura granulosa, elaborado a base de suero de leche deshidratado 94.0 - 97.5%, concentrado de proteína de soya como aporte de proteína vegetal y soporte de la mezcla 2 - 4% y agente anticompactante para mejorar la fluidez del producto y asegurar su calidad constante 0.5 - 2.0%. Con el siguiente análisis nutricional: proteína cruda 3 - 4%, grasa 0.2 - 1.0%, fibra 0%, lactosa 78.0 - 82.0%, cenizas 9 - 11%, sal 3.0%, humedad 4 - 5% y contenido energético 3.545 kcal/kg;

Se utiliza como fuente de lactosa en la elaboración de piensos y alimentos para animales, con un nivel de inclusión recomendado entre el 5% y el 25% dependiendo de la edad y peso del animal. Se presenta en bolsas o sacos de 25 kg;

Que de acuerdo con lo expuesto, **el producto corresponde arancelariamente a una premezcla del tipo de las utilizadas para la fabricación de alimentos completos para animales, ya que contiene ingredientes que favorecen la utilización de los alimentos por animal, un**

aditivo que ayuda a su conservación y sustancias que desempeñan el papel de soporte..." (Negrillas de la Sala).

- Oficio No. 145 de 2007 MINCETUR VMCE DNINM del 7 de noviembre de 2007, suscrito por el Director Nacional de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú (Remitido por conducto del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio de Colombia), donde se adjunta la **Resolución de Clasificación Arancelaria No. 742 de 2003** expedida por la Intendencia Nacional de Técnica Aduanera de Perú para clasificar el producto DAIRYLAC 80, considerándolo en la subpartida **2309.90.20.00 del Arancel de Aduanas** (F. 131 a 134 cuaderno principal).
- Copia de certificación de la descripción del producto DAIRYLAC 80 de fecha 21 de agosto de 2007, expedida por la empresa INTERNATIONAL INGREDIENT CORPORATION (fabricante y proveedor de la mercancía declarada por ALMAVIVA S.A.), en el que se hace constar que DAIRYLAC 80 tiene la misma composición química, incluyendo el agente anticompactante, por al menos 5 años consecutivos y que "es un ingrediente para alimento de mascotas, de alta calidad que proporciona altos niveles de lactosa y otros nutrientes lácteos digeribles (...) produce un ingrediente beta lactosa (dulce), enriquecido, granular no higroscópico; de fácil manejo a granel y resistente a la compresión". Asimismo indica que "es una fuente de lactosa de alta calidad, científicamente comprobada para cerdos, ganado, aves, mascotas y especies acuáticas. El DAIRYLAC 80 (Marca Registrada) reemplaza el suero de leche en cuanto a la lactosa...". y que "Agente anti compactante (0.5-2%)" (F. 128- 153 a 159).

En dicha certificación igualmente se establece la composición química del producto de la siguiente manera:

"Análisis	Características
Proteína cruda	3.0-4.0%
Grasa Cruda	0.2-1.0%
Fibra Cruda	0.0%
Lactosa	78.0-82.0%
Ceniza	9.0-11.0%
Humedad	4.0-5.0%
E.M. Calculada	3.445 Kilocalorías/Kilo

Propiedades Físicas

Color	Crema Claro
Aroma	Agradable, característico de la leche
Textura	Granular
Sabor	Leche Dulce".

- Ficha técnica del producto DAIRYLAC 80 expedida por la empresa INTERNATIONAL INGREDIENT CORPORATION, en la que se describe el citado producto así:

"DESCRIPCIÓN DEL PRODUCTO: DAIRYLAC ® 80 es un pienso e ingrediente de alimento para mascotas de alta calidad y contenido de lactosa. DAIRYLAC 80® es producido bajo estrictos niveles de calidad, asegurando un producto uniforme.....El exclusivo proceso de rodado en seco utilizado en la fabricación de este producto, da cuenta como resultado un ingrediente enriquecido con beta lactosa, de partícula gruesa, no higroscópico, fácil de manejar y resistente a presión (...)"...DAIRYLAC ® 80 es una fuente ideal de lactosa de alta de calidad, fácil manejo, para usarse en la fabricación de alimentos para animales". (F. 195 a 198 cuaderno principal).

Del cuerpo del primer acto acusado, Resolución 0758 de 10 de abril de 2007 por la cual se formula liquidación oficial de corrección, bajo el argumento de haberse presentado error en la clasificación arancelaria, se destaca:

"...Mediante oficio No. 61000048-0208, radicado 015812 del 26 de abril de 2006, (folio 18) la Jefe de la División de Laboratorio de la Subdirección

Técnica Aduanera de la DIAN envió a la División de Arancel de la misma Subdirección, el reporte del análisis químico practicado a las muestras remitidas por el G.I.T. de Control Posterior de la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá relacionado con el oficio No. 03-070-211-0350 del 28 de marzo de 2006, el cual arrojó el siguiente resultado:

Muestra	Color	Aroma	Humedad	Proteína cruda total	Grasa Cruda total	Fibra cruda total	Ceniza cruda total	Carbohidratos (por diferencia lactosa)	Textura
1	Crema claro	Caractenzado De la leche	3.02%	4.0%	0.228%	038%	10.02%	82,36%	Granulado

De acuerdo al análisis anterior tratase de una preparación a base de suero de leche y lactosa utilizada en la elaboración de alimentos para animales".

- Por su parte, la Resolución No. 001040 de 30 de agosto de 2007, que confirma la anterior, se ratifica en:

"...este despacho le precisa que tal alegato no está llamado a prosperar ya que como bien lo dice la jefe de la División de Arancel en su respuesta contenida en el oficio No. 6100047-0634 del 29 de junio de 2007 y radicado No. 048814 de esa misma fecha, en cuanto a la contradicción aparente que pudiera existir entre las dos Resoluciones de clasificación, lo que se debe analizar es la composición química descrita en el cuerpo de las Resoluciones de clasificación arancelaria en las cuales se observa la diferencia entre las dos, por lo tanto no es posible hablar de que el producto clasificado en la Resolución No. 04077 del 28 de abril de 2006, sea el mismo que el que se clasificó en la Resolución No. 03633 del 29 de marzo de 2007.

Tal aseveración se fundamenta en el hecho que para el primer caso (que se basa en el pronunciamiento técnico contenido en el Oficio No. 017100 del 5 de mayo de 2006 de la División de Arancel), esta División con base EN UN ANALISIS QUÍMICO Y UNA FICHA TECNICA DEL PRODUCTO, señaló que la mercancía se clasifica por la subpartida 23.09.90.90.00, **foda vez que el artículo es una preparación que no se ajusta a lo que arancelariamente se**

considera una PREMEZCLA, ya que no contiene elementos de los destinados a asegurar la conservación a los alimentos, y para el segundo caso [Resolución 03633], La División de Arancel consideró que de acuerdo con la "información suministrada", **el producto se clasifica por la subpartida arancelaria 2309.90.90.20 como una premezcla, habida cuenta que dicha sustancia contiene ingredientes que favorecen la utilización de los alimentos por animal, un aditivo que ayuda a su conservación y sustancias que desempeñan el papel de soporte.**

Como se puede observar, el producto clasificado con la Resolución No. 04077 de 2006 se diferencia del producto clasificado con la Resolución No. 03633 del 29 de marzo de 2007, en el hecho que el primero de ellos **No contiene un aditivo que ayuda a su conservación, mientras que el segundo sí lo contiene**, razón por la cual se diferencia una de otras dos clasificaciones arancelarias...." (Resaltado de la Sala).

Todo lo anterior debe ser analizado a la luz del Decreto 4341 de 2004, por el cual se adopta el Arancel de Aduanas, y que en su Capítulo 23 señala:

"DECRETO 4341 DE 2004

Capítulo 23

Residuos y desperdicios de las industrias alimentarias: alimentos preparados para animales

Nota.

1. Se incluyen en la partida 23.09 los productos de los tipos utilizados para la alimentación de los animales, no expresados ni comprendidos en otra parte, obtenidos por tratamiento de materias vegetales o animales y que, por este hecho, hayan perdido las características esenciales de la materia originaria, excepto los desperdicios vegetales, residuos y subproductos vegetales procedentes de estos tratamientos.

(...)

23.09 Preparaciones de los tipos utilizados para la alimentación de los animales.

10 -Alimentos para perros o gatos, acondicionados para la venta al por menor:

10.00 --Presentados en latas herméticas 20

90.00 --Los demás 20

90 -Las demás:

10.00 --Preparaciones forrajeras con adición de melazas o de azúcar 15

20.00 --Premezclas 10

30.00 --Sustitutos de la leche para alimentación de terneros 5

90.00 --Las demás 15." (Negrillas fuera de texto).

En el caso concreto el libelo se traba por el criterio que asume cada extremo enfrentado, en torno a cual resulta ser la subpartida en la que debe encasillarse el producto DAIRYLAC 80, advirtiéndose que la sociedad demandante considera que dicho producto debe ubicarse en la subpartida "20.00 --Premezclas", y en consecuencia en la clasificación arancelaria debió ser 2309.90.20.00, mientras que la parte demandada considera el producto dentro de la subpartida "90.00-Las demás", es decir, dentro de la clasificación arancelaria 2309.90.90.00.

Un análisis desprevenido de la valoración probatoria, en principio haría suponer que la DIAN, acude a un fundamento técnico sobre la mercancía específicamente declarada por ALMAVIVA S.A., para expedir los actos oficiales de corrección aquí demandados.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que en el primero de los actos administrativos hace alusión al oficio No. 61000048-0208, radicado 015812 del 26 de abril de 2006, en el que se concluye que DAIRYLAC 80 se trata de una preparación a base de suero de leche y lactosa utilizada en la elaboración de alimentos para animales, pero sin indicar que en dicho oficio se le haya señalado o determinado algún tipo de subpartida arancelaria.

Se advierte igualmente como en el primer acto acusado se expresa de manera genérica que la mercancía debe ser clasificada de conformidad con

las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del Sistema Armonizado por la subpartida arancelaria 2390.90.90.00, que corresponde a *preparaciones del tipo de las utilizadas para la alimentación de los animales.- las demás.- las demás.*

El oficio al cual se acude en dicha resolución, esto es, el No. 60100048-0208 radicado No. 015812, no resulta ser de fecha 26 de abril de 2006, pues se visualiza más bien la fecha correspondiente a **26 de abril de 2003**, es decir, de casi 4 años antes de proferirse la corrección oficial en cuestión, cuando la Resolución 12516 de 26 de diciembre de 2002 expedida por la misma DIAN y que clasificaba el producto "DAIRYLAC 80" en la subpartida 1901.90.90.00 del Arancel de Aduanas estaba vigente. Esta última resolución fue posteriormente revocada por la Resolución No. 04077 del 26 de abril de 2006, en la que se resolvió clasificar el producto denominado "DAIRYLAC 80" en la subpartida 2309.90.90.00 del Arancel de Aduanas.

En el oficio contentivo del análisis químico del producto, y que es utilizado como fundamento de la liquidación oficial, no se hace mención a que el producto denominado DAIRYLAC 80 corresponda o no a una *premezcla*, o que contenga algún tipo de aditivo específico, más allá de la afirmación de ser éste *una preparación a base de suero de leche y lactosa utilizada en la elaboración de alimentos para animales.*

Las conclusiones técnicas que pueden extraerse del material de la misma naturaleza obrante en el expediente, permiten afirmar que el producto DAIRYLAC 80 tiene dentro de su composición, proteína de soya y lactosa, en forma de suero de leche deshidratado, que se utiliza para la elaboración de alimentos para animales como suplemento alimenticio, traduciendo la ficha técnica del mismo, que se trata de un ingrediente usado en preparaciones de carácter nutritivo, lo que en tales términos, y sin necesidad de tener un mayor conocimiento técnico-químico permite considerar el producto como aquel destinado a ser mezclado con otros ingredientes, y bajo dicha conclusión, ubicarse como una composición química que se ajusta a la descripción de "PREMEZCLA", a la que le corresponde la subpartida arancelaria: 23.09.90.20.00.

Hasta aquí, acudiéndose al punto vista aduanero, y si se quiere técnico, la Sala considera que la subpartida No. 23.09.90.20.00, era la que correspondía aplicar para el producto DAIRYLAC 80 tal y como lo han entendido y aplicado países miembros de la Comunidad Andina como resulta ser el caso de Perú y Venezuela, máxime si se tiene en cuenta que el mismo fabricante y proveedor de la mercancía importada ratifica, en fecha **21 de agosto de 2007**, que el producto en discusión tiene la misma composición química, por al menos 5 años consecutivos, - incluido el agente anticompactante -, de manera que los múltiples pronunciamientos que se verifican efectuados por la administración en un lapso menor al indicado, además de contravenir las pautas y directrices trazadas a nivel internacional, resultan ostensiblemente lesivos a la seguridad jurídica que debe prevalecer en todo ordenamiento jurídico.

Al respecto se advierte, cómo la DIAN con las consideraciones consignadas en las resoluciones acusadas, hace suponer que era evidente el error en el cual había incurrido la parte demandante, por cuanto no coincidían las características de la mercancía importada, con la subpartida en la cual se declaró, pues el producto DAIRYLAC 80 claramente resulta ser - *una preparación del tipo de las utilizadas para la alimentación de animales - las demás las demás -*, y en ese sentido debió declararse bajo el código: 2309.90.90.00, y no bajo la subpartida 2309.90.20.00, como erradamente lo hizo la parte que hoy demanda.

No obstante lo anterior, mediante Resolución 03633 de **29 de marzo de 2007**, la Jefe de la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera clasifica el producto denominada técnica y comercialmente DAIRYLAC 80 por la subpartida 2309.90.20.00, señalando que la mercancía corresponde a una preparación en polvo de color crema claro, aroma y sabor característicos a leche, textura granulosa, elaborado a base de suero de leche deshidratado 94.0 - 97.5%, concentrado de proteína de soya como aporte de proteína vegetal y soporte de la mezcla 2 - 4% y agente anticompactante para mejorar la fluidez del producto y asegurar su calidad constante 0.5 - 2.0%, que además tiene el siguiente análisis nutricional: proteína cruda 3 - 4%, grasa 0.2 - 1.0%, fibra 0%, lactosa 78.0 - 82.0%, cenizas 9

- 11%, sal 3.0%, humedad 4 - 5% y contenido energético 3.545 kcal/kg; y, que de acuerdo con ello, el producto **corresponde arancelariamente a una premezcla** del tipo de las utilizadas para la fabricación de alimentos completos para animales, ya que contiene ingredientes que favorecen tal uso, y un aditivo que ayuda a su conservación, además sustancias que desempeñan el papel de soporte.

•
De la ficha técnica del producto importado que aporta el fabricante el **21 de febrero de 2007** (F. 157), se advierten propiedades y características químicas idénticas a las indicadas en la mencionada resolución, de manera que no podía entrar la DIAN a corregir una subpartida, acogiendo un análisis químico que se realiza con anterioridad a la fecha en que se produce la importación por quien demanda, ni Resoluciones que, para el momento en que se expide el primer acto de liquidación oficial de corrección ya no eran aplicables.

Al emitir la DIAN una decisión de clasificación mediante Resolución 03633 de 29 de marzo de 2007, se llega a la ineludible y tácita conclusión, de que con la expedición de una Resolución que corrigió una subpartida que no resulta ser la determinada en otra anterior – siendo el mismo producto –, se atentó contra el principio de seguridad jurídica que debe prevalecer en la materia que se estudia, por cuanto la administración no tenía las reglas claras y precisas al momento de descargar unas consecuencias negativas en el administrado, y que tal desconocimiento se hizo evidente con un análisis técnico, que ella misma efectuó posteriormente.

Ahora bien, llama la atención que en la sede gubernativa de los actos que aparecen demandados, la DIAN no deja constancia de haber acudido a un estudio técnico específico para llegar a la conclusión que plasmó, pues más allá de la transcripción de apartes del oficio de 23 de abril de 2006 y la alusión que hace de manera puntual sobre la Resolución 04077 de 28 de abril mismo año, junto las reglas generales interpretativas 1 y 6 (Arancel de Aduanas), no elabora ninguna otra argumentación en torno a las calidades del producto

puntualmente declarado por ALMAVIVA S.A. y que tal empresa relacionó en la declaración de importación como DAIRYLAC 80.

Ahora bien, advierte la Sala que en la Resolución N° 001040 de 30 de agosto de 2007 (Segundo acto acusado), la parte demandada reconoce la diferencia que existe entre la Resolución **04077 de 28 de abril de 2006 (se clasifica la mercancía DAIRYLAC 80 con la Subpartida 2309.90.90.00)** y la **03633 de 29 de marzo de 2007 (se clasifica DAIRYLAC 80 con la Subpartida 2309.90.20.00)**; sin embargo, expone que no es posible hablar de que el producto clasificado en cada una de las resoluciones indicadas, sea el mismo.

Bajo tal premisa, y de obviar la Sala, que en ambos actos se identifica plenamente el producto como DAIRYLAC 80, - esto es, el mismo declarado por ALMAVIVA S.A., en el año 2005 -; y se atendiera el supuesto de que el análisis químico se realiza de manera aislada e independientemente de la denominación del producto, - con base en muestras suministradas de cada importación -, debe igual llegarse a la conclusión que no existe constancia dentro del expediente de que sobre la mercancía específicamente importada y declarada por ALMAVIVA S.A., en el año 2005, se hubiese realizado estudio químico que hiciera evidente el error en el cual insiste, pues si nos vamos a la Resolución 0477, esta se emite de acuerdo a solicitud de clasificación que presenta MARÍO LONDOÑO SIA S.A., y la Resolución 03633 de 29 de marzo de 2007, con ocasión a la solicitud efectuada por CESAR ARTURO HERNÁNDEZ S.I.A. LTDA, empresas de intermediación aduanera distintas a quien hoy demanda.

Lo anterior no permite sino concluir, que al usuario aduanero no se le evalúo su conducta a la luz de un criterio objetivo basado en la realidad del producto, como lo pretendió hacer ver la DIAN al expedir los actos acusados, lo que deriva en una violación al debido proceso, por vulneración directa al principio de seguridad jurídica que está llamado a salvaguardar toda autoridad en el ejercicio de sus funciones.

No bastaba entonces que estudiara la clasificación del producto, basándose únicamente en el texto legal de las partidas y de las notas de sección o capítulo, donde los títulos son meramente indicativos; pues, como autoridad en materia aduanera, estaba llamada a emitir una decisión correspondiente a la realidad, que en todo caso resultaba susceptible de verificarse por cualquier medio técnico al que decidiera acudir.

El libelo no da luces, ni arroja una prueba que haga siquiera inferir, que existió por parte de la DIAN una confrontación y estudio técnico de las características del producto importado, y lo declarado documentalmente en el asunto bajo estudio, y que a su vez le permitiera a esta colegiatura, otorgarle el beneficio de la duda en cuanto a un contrabando técnico, en torno a lo definido en la Resoluciones acusadas, pues, teniéndose un panorama en el que existen tres actos que resuelven acerca de la clasificación del mismo producto, (Resolución **12516** de 26 de diciembre de 2002, **04077** de 28 de abril de 2006 y **03633** de 29 de marzo de 2007) indiscutiblemente debía dársele credibilidad al que ya existía al momento en que se decide corregir arancelariamente lo previamente declarado, además de verificarse agotar, éste último, un ejercicio técnico.

Lo anterior sin perder de vista la Sala, que de acuerdo a los elementos probatorios y técnicos que quedaron arriba relacionados, resulta razonable concluir, que efectivamente DAIRYLAC 80 corresponde a una *PREMEZCLA*.

Por todo lo antedicho, y a juicio de esta Sala, el actuar de la DIAN no se ajustó a la legalidad, pues le hizo asumir a ALMAVIVA S.A. como declarante autorizado, las consecuencias de su desconocimiento, al determinar que debía corregirse la subpartida arancelaria, y proferir las consecuentes liquidaciones oficiales por error, sin atender un criterio objetivo basado en las calidades y características del producto, y que se hace evidente, ante la expedición de la Resolución N° 03633 de 29 de marzo de 2007; violando así el debido proceso por vulneración directa al principio de seguridad jurídica llamado a ser atendido como autoridad aduanera.

De conformidad a todo lo hasta aquí expuesto ha de concluirse, sin duda alguna, que el producto declarado por la sociedad actora denominado "DAIRYLAC 80" es una "Premezcla" de materias primas, tales como lactosa, suero de leche, proteína de soya, utilizada para la producción de alimentos para animales, clasificable en la subpartida arancelaria 23.09.90.20.00, como de hecho lo hizo el contribuyente, lo que impone declarar la nulidad de los actos acusado, por ilegales.

Decidido el principal problema jurídico se aclara, que si bien mediante sentencia de 26 de septiembre de 2013, la Sala de Decisión N° 001² confirmó la negativa a las pretensiones en un proceso con identidad fáctica al aquí estudiado, considera la Sala apartarse de dicho precedente horizontal³.

Al respecto se advierte como en esa oportunidad, esta Corporación resaltó en la vigencia de las distintas resoluciones de clasificación arancelaria del producto, así como en el contenido del Oficio N° 61000048-0208 que la DIAN manifiesta ser del 26 de abril de 2006, mediante el cual, la División de Laboratorio de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN da respuesta al Oficio 03-070-211-351, exponiendo el resultado de un análisis químico efectuado sobre el producto DAIRYLAC 80, considerando:

"...encuentra la Sala, que mediante Requerimiento Especial Aduanero 2679 de 30 de mayo de 2006 (fl.94), la entidad demandada propone realizar una corrección sobre la Declaración de Importación 0120401107559-7 de 27 de junio de 2003, presentada por la parte actora, debido a que el producto amparado en la referida declaración fue clasificado en la subpartida arancelaria 23.09.90.20.00, siendo que la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera a través de Oficio 6100047-478 de 04 de

² Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Almagro S.A. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Expediente: 13-001-33-31-004-2007-00078-01 Magistrado ponente: JORGE ELÍECER FANDIÑO GALLO

³ La ponente no integra la Sala 001 de decisión, sin embargo, el resto de la Sala acogió en esa oportunidad la postura a la cual se ha hecho referencia, lo que implicará una aclaración y/o rectificación de postura en tal sentido.

mayo de 2006, manifestó que: "Con base en las facultades establecidas en la Resolución DIAN No. 1618 del 22 de febrero de 2006 y según el análisis químico No. 6100048-0208 de 26 de abril de 2006, practicado en el Laboratorio Central de Aduanas, la muestra adjunta al oficio en referencia, corresponde a una preparación a base de suero de leche y lactosa, utilizada en la elaboración de alimentos, presentada en forma granular, con el siguiente análisis: humedad 3.02%, proteína 4.0%, grasa 0.228%, fibra 0.38%, cenizas 10.02% y lactosa 82.36%. Por lo anterior, este producto clasifica en la subpartida 23.09.90.90.00, de conformidad con las Reglas 1 y 6 del Sistema Armonizado".

Luego, la DIAN emitió la Resolución 1551 de 04 de agosto de 2006 (fls.63 - 80), mediante la cual, profiere la liquidación oficial de corrección propuesta, reiterando cada uno de los argumentos expuestos en el requerimiento especial aduanero antes reseñado, decisión controvertida por la parte actora mediante recurso de reconsideración (fls.52 - 62).

La referida impugnación fue resuelta por medio de Resolución 1447 de 21 de diciembre de 2006 (fls.30 - 50), en la que el ente aduanero expuso que la motivación del acto impugnado se fundamenta en el hecho de que la Subdirección Técnica Aduanera mediante Resolución 12516⁴ de 26 de diciembre de 2002, determinó que el producto Dairylac 80 se clasifica en la subpartida 19.01.90.90.00., pero pone de relieve, que posteriormente dicha división profirió la Resolución 04077 de 28 de abril de 2006, en la que dispuso clasificar ese producto en la subpartida arancelaria 23.09.90.90.00, como una preparación para la elaboración de piensos y alimentos para mascotas, revocando de esta manera la primera.

De este breve resumen se desprende, que al momento de presentar la parte actora la Declaración de Importación 0120401107559-7 de 27 de junio de 2003, se encontraba vigente la Resolución 12516⁵ de 26 de diciembre de

⁴ Por la cual se expide una clasificación arancelaria

⁵ Disponía. "...Que con la información presentada por el solicitante, se establece que la mercancía corresponde a una preparación color crema claro, aroma suave característico de la leche, de textura granular, a base de suero de leche deshidratado y concentrado proteico de soya, con el siguiente contenido nutricional: proteína cruda 5%, grasa cruda 0.50%, fibra cruda 0%, lactosa 82%, cenizas 8%, sal 3%, humedad 4% y E.M. (Calculada) 3.545 kcal/kg.
(...)

2002, pero al momento de ser expedidos los actos demandados ya había entrado en vigencia la Resolución 04077⁶ de 28 de abril de 2006, la cual, en su artículo segundo, dispone expresamente la revocatoria de la anterior. Más adelante, fue proferida la Resolución 03633⁷ de 17 de abril de 2007, lo que permite inferir que este último acto administrativo nació a la vida jurídica cuando ya se había presentado la declaración de importación previamente reseñada, además, ya habían sido expedidos los actos administrativos enjuiciados y, por ende, se encontraba agotada la vía gubernativa.

En virtud de lo anterior, no es de recibo para la Sala, el argumento expuesto por la parte actora referente a que las resoluciones de clasificación arancelarias son actos administrativos de carácter declarativo y, por tanto, pueden ser aplicados a situaciones ocurridas antes de su existencia, puesto que el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha expresado que dichos actos administrativos rigen hacia futuro y, además, que las controversias arancelarias se deben dilucidar con fundamento en el Arancel de Aduanas vigente al momento de la importación. El alto tribunal ha expuesto el anterior criterio en los siguientes términos⁸:

... de las pruebas militantes en el plenario, se deduce, que en ninguna de ellas se hace referencia a que el producto Dairylac 80 contiene un aditivo que ayuda a su conservación y un agente anticompactante entre 0.5% y 2.0%, los cuales, junto con la base de suero de leche deshidratado y el

Artículo 1°. Clasificar la mercancía descrita en la presente Resolución en la subpartida 1901.90.90.00 del Arancel de Aduanas, como preparación a base de suero de leche, en aplicación de las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del citado texto arancelario...

⁶ Dispona: "...Que con la información presentada por el solicitante se establece que la mercancía corresponde a una preparación color crema claro, aroma suave, característico de la leche, de textura granular, a base de suero de leche deshidratado y concentrado proteico de soya, con el siguiente contenido nutricional: proteína cruda 5% grasa cruda 0.50%, fibra cruda 0%, lactosa 82%, cenizas 8%, sal 3%, humedad 4% y E.M (calculada) 3 545 kcal/kg.

()

Artículo 1°. Clasificar la mercancía descrita en la presente Resolución, por la subpartida 2309.90.90.00 del Arancel de Aduanas, como preparación para la elaboración de piensos y alimentos para mascotas, y de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del citado texto arancelario. "

⁷ "...Que con la información suministrada se establece que la mercancía corresponde a una preparación en polvo de color crema claro, aroma y sabor característicos a leche, textura granulosa, elaborado a base de suero de leche deshidratado 94.0 - 97.5%, concentrado de proteína de soya como aporte de proteína vegetal y soporte de la mezcla 2 - 4% y agente anticompactante para mejorar la fluidez del producto y asegurar su calidad constantes 0.5 - 2.0%. Con el siguiente análisis nutricional: proteína cruda 3 - 4%, grasa 0.2 - 1.0%, fibra 0%, lactosa 78.0 - 82.0%, cenizas 9 - 11%, sal 3.0%, humedad 4 - 5% y contenido energético 3 545 kcal/kg.

Se utiliza como fuente de lactosa en la elaboración de piensos y alimentos para animales, con un nivel de inclusión recomendado entre el 5% y el 25% dependiendo de la edad y peso del animal. Se presenta en bolsas o sacos de 25 kg;

Que de acuerdo con lo expuesto, el producto corresponde arancelariamente a una premezcla del tipo de las utilizadas para la fabricación de alimentos completos para animales, ya que contiene ingredientes que favorecen la utilización de los alimentos por animal, un aditivo que ayuda a su conservación y sustancias que desempeñan el papel de soporte;

()

Artículo 1° Clasificar la mercancía descrita en la presente resolución, por la subpartida 2309.90.20.00 del Arancel de Aduanas, como una premezcla de las utilizadas para la elaboración de alimentos para animales, y de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del mencionado texto arancelario. "

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de septiembre de 2009, Exp 16402, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

concentrado de proteína de soya conformarían la premezcla que permitiría la clasificación arancelaria del producto cuestionado en la subpartida 23.09.90.20.00.

En síntesis, se tiene, que la correcta clasificación arancelaria de la mercancía, es la subpartida 23.09.90.90.00, tal como lo señaló la DIAN en los actos administrativos censurados.

De conformidad con la valoración probatoria que quedó expuesta, el anterior argumento central queda sin piso, por cuanto la experticia a la cual se alude en dicha sentencia, corresponde a un oficio que se emite con anterioridad a la importación donde actuó como declarante ALMAVIVA S.A. De igual manera, se acude al contenido de una Resolución, que, para el momento en que se expide la corrección oficial, ya había perdido crédito, por cuanto existía otra que clasificaba el producto de la forma como lo hizo el demandante; además de no haber quedado acreditado que se hubiere practicado una valoración sobre muestras específicas del producto declarado por ALMAVIVA en el año 2005, sino que la tres Resoluciones de clasificación arancelaria, y que surgen con ocasión de solicitud de sociedades distintas a quien demanda, hacen alusión simplemente al producto DAIRYLAC 80, es decir, el mismo importado por ALMAVIVA S.A.

De igual manera, no se tiene noticia de cómo es el ejercicio que efectúa la DIAN para determinar, que los porcentajes en los ingredientes de DAIRYLAC 80 un agente anticompactante en el mismo, ubique el producto en una categoría diferente a la premezcla, y en todo caso, el mismo proveedor del producto, quien a su vez expide las fichas técnicas, en el año 2007 manifiesta, que 5 años atrás, el producto DAIRYLAC 80 ha conservado las mismas calidades químicas, incluido el agente anticompactante.

Finalmente, y en lo que respecta al argumento de seguridad jurídica al que se ha venido haciendo referencia en el presente fallo, debe decirse, que tales considerandos han constituido un criterio compartido por esta Sala de decisión pues, mediante fallo de 28 de junio de 2013⁹ así queda demostrado.

⁹ Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación : 13001-33-31-005-2011-00017-01 Demandante : AGENCIA DE ADUANAS GAMA S.A. Demandado : UAE DIAN

Los demás cargos de la demanda no fueron discutidos por las partes en la presente instancia, además de verificarse, de la simple lectura del primer acto acusado, esto es, Resolución 0758 de 10 de abril de 2007, que la póliza que de manera expresa la DIAN ordena hacer efectiva proporcionalmente (Nº 0015031 de 6 de diciembre de 2006), no estaba vigente al momento de la ocurrencia del error en el que presuntamente había incurrido ALMAVIVA S.A.

Vemos que a folio 90 del cuaderno de pruebas, reposa la Póliza 0015031 – a la que se refiere la DIAN en la resolución acusada – indicando el cuerpo de la misma, que su vigencia va, del 1º de marzo de 2007, a 1º de junio de 2008, de tal suerte, que para la fecha en que se expidió la correspondiente declaración de importación, en marzo de 2005, y aún ya ubicados en la etapa de control posterior, cuando la administración reconoce haber fenido conocimiento del probable error en el cual incurre el declarante ALMAVIVA S.A., esto es, agosto de 2006 (F. 65 cuaderno principal), la aludida póliza no se encontraba vigente; asistiéndole sólo en tal sentido razón a la Juez de Primera Instancia.

La Sala entonces revocará la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Adjunto del Circuito de Cartagena, como quiera que se puede concluir la ilegalidad en la cual incurre la DIAN.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 004 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: REVOCAR, la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Adjunto del Circuito de Cartagena en fecha 24 de febrero de 2012, por la cual se declaró parcialmente la nulidad de las resoluciones acusadas, y en su lugar:

- a) **DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones N°. 758 de fecha 10 de abril de 2007, proferida por la Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, mediante la cual se profiere liquidación oficial de corrección a declaración de importación, en la que actúo como declarante ALMAVIVA S.A., y la No. 1040 de fecha 30 de agosto de 2007, proferida por el jefe de la División Jurídica Aduanera de la misma administración, que confirmó la anterior.
- b) A título de restablecimiento del derecho, se declara que ALMAVIVA S.A. no está obligada a pagar el valor de las multas impuestas en los actos anulados y que de verificarse pago por dicho concepto, tiene derecho a su devolución por parte de la DIAN.
- c) **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

~~LOS MAGISTRADOS~~

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
-SALVO VOTO PARCIAL-

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

- SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL -

Cartagena D.T. y C., seis (06) de diciembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Almaviva S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-004-2008-00070-01**
Magistrada ponente : **Ligia del Carmen Ramírez Castaño**

Expongo a continuación las razones que me motivan a plantear este salvamento de voto parcial:

Considera la providencia aprobada por la mayoría de la Sala de Decisión, que las conclusiones técnicas que pueden extraerse del material probatorio contenido en el expediente, permiten afirmar que el producto Dairylac 80 tiene dentro de su composición proteína de soya y lactosa en forma de suero deshidratado, que se utiliza para la elaboración de alimentos para animales como suplemento alimenticio, traduciendo la ficha técnica del mismo, que se trata de un ingrediente usado en preparaciones de carácter nutritivo, lo que en tales términos y, sin necesidad de tener un mayor conocimiento técnico-químico, permite considerar el producto como aquél destinado a ser mezclado con otros ingredientes y, bajo dicha conclusión, ubicarse como una composición química que se ajusta a la descripción de "PREMEZCLA", a la que le corresponde la subpartida arancelaria 23.09.90.20.00.

Agrega, que se debe tener en cuenta que el mismo fabricante y proveedor de la mercancía en cuestión ratifica, en fecha 21 de agosto de 2007 (fl.128), que el producto en discusión tiene la misma composición química por al menos cinco (5) años consecutivos, incluido el agente anticompactante, de manera que los múltiples pronunciamientos que se verifican efectuados por la administración en un lapso menor al indicado, además de contravenir las pautas y directrices trazadas a nivel internacional, resultan ostensiblemente lesivos a la seguridad jurídica que debe prevalecer en todo ordenamiento jurídico.

Afirma, que al emitir la DIAN una decisión de clasificación mediante Resolución 03633 de 29 de marzo de 2007, se llega a la ineludible y tácita conclusión, de que con la expedición de una resolución que corrigió una subpartida que no resulta ser la determinada en otra anterior – siendo el mismo producto –, se atentó contra el principio de seguridad jurídica que debe prevalecer en la materia que se estudia, por cuanto la administración no tenía las reglas claras y precisas al momento de descargar unas consecuencias negativas en el administrado y que tal desconocimiento se hizo evidente con un análisis técnico que ella misma efectuó posteriormente.

Bajo su criterio, el actuar de la DIAN no se ajustó a la legalidad, pues le hizo asumir a la parte actora como declarante autorizado, las consecuencias de su desconocimiento, al determinar que debía corregirse la subpartida arancelaria y proferir las consecuentes liquidaciones oficiales por error, sin atender un criterio objetivo basado en las calidades y características del producto y, que se hace evidente, ante la expedición de la Resolución 03633 de 29 de marzo de 2007, violando así el debido proceso por vulneración directa al principio de seguridad jurídica llamado a ser atendido como autoridad aduanera.

Finalmente, señala que de conformidad con la valoración probatoria realizada, queda sin piso el argumento central expuesto por este tribunal en un caso

similar a través de sentencia de fecha 26 de septiembre de 2013¹, en la cual, el suscrito fue el ponente, por cuanto la experticia a la que se hizo alusión en dicha oportunidad corresponde a un oficio que se emite con anterioridad a la importación donde actuó como declarante Almaviva S.A. y, de igual manera, se acude al contenido de una resolución que para el momento en que fue expedida la corrección oficial ya había perdido crédito, por cuanto existía otra que clasificaba el producto de la forma como lo hizo la parte actora.

De todo lo anterior, se debe precisar, que la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN mediante Resolución 12516² de 26 de diciembre de 2002, determinó que el producto Dairylac 80 se clasifica en la subpartida 19.01.90.90.00, pero posteriormente, dicha división profirió la Resolución 04077³ de 28 de abril de 2006, en la que dispuso clasificar ese producto en la subpartida arancelaria 23.09.90.90.00, como una preparación para la elaboración de piensos y alimentos para mascotas, revocando de esta manera la primera.

Luego, el ente aduanero emitió la Resolución 03633⁴ de 29 de marzo de 2007, en la que concluyó que la subpartida correcta en la que debe clasificarse la mercancía objeto de controversia es la 23.09.90.20.00, como una premezcla de las utilizadas para la elaboración de alimentos para animales.

¹ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2013, Exp. 13-001-33-31-004-2007-00078-01, M.P. Jorge Eliecer Fandiño Gallo

² Por la cual se expide una clasificación arancelaria

³ Dispone: " Que con la información presentada por el solicitante se establece que la mercancía corresponde a una preparación color crema claro, aroma suave, característica de la leche, de textura granular, a base de suero de leche deshidratado y concentrado proteico de soya, con el siguiente contenido nutricional: proteína cruda 3%, grasa cruda 0.50%, fibra cruda 0%, lactosa 82%, cenizas 8%, sal 3%, humedad 4% y E.M. (calculada) 3.545 kcal/kg.

(...)

Artículo 1° Clasificar la mercancía descrita en la presente Resolución, por la subpartida 2309 90 90 00 del Arancel de Aduanas, como preparación para la elaboración de piensos y alimentos para mascotas, y de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del citado texto arancelario "

⁴ Publicada en el Diario Oficial 46602 de 17 de abril de 2007. " Que con la información suministrada se establece que la mercancía corresponde a una preparación en polvo de color crema claro, aroma y sabor característicos a leche, textura granulosa, elaborado a base de suero de leche deshidratado 94.0 - 97.5%, concentrado de proteínas de soya como aporte de proteína vegetal y soporte de la mezcla 2 - 4% y agente anticompactante para mejorar la fluidez del producto y asegurar su calidad constante 0.5 - 2.0%. Con el siguiente análisis nutricional: proteína cruda 3 - 4%, grasa 0.2 - 1.0%, fibra 0%, lactosa 78.0 - 82.0%, cenizas 9 - 11%, sal 3.0%, humedad 4 - 5% y contenido energético 3.545 kcal/kg.

Se utiliza como fuente de lactosa en la elaboración de piensos y alimentos para animales, con un nivel de inclusión recomendado entre el 5% y el 25% dependiendo de la edad y peso del animal. Se presenta en bolsas o sacos de 25 kg.

Que de acuerdo con lo expuesto, el producto corresponde arancelariamente a una premezcla del tipo de las utilizadas para la fabricación de alimentos completos para animales, ya que contiene ingredientes que favorecen la utilización de los alimentos por animal, un aditivo que ayuda a su conservación y sustancias que desempeñan el papel de soporte.

(...)

Artículo 1° Clasificar la mercancía descrita en la presente resolución, por la subpartida 2309 90 20 00 del Arancel de Aduanas, como una premezcla de las utilizadas para la elaboración de alimentos para animales, y de acuerdo con las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 del mencionado texto arancelario. "

Teniendo en cuenta lo anterior, se resalta, que en esta oportunidad existe material probatorio adicional al que militaba en el proceso citado, como lo es la certificación expedida por la Empresa International Ingredient Corporation de fecha 21 de agosto de 2007 (fl.128), que permite inferir que el producto en cuestión contiene un agente anticompactante, que junto con la base de suero de leche deshidratado y el concentrado de proteína de soya conforman la premezcla que permitiría clasificarlo en la referida subpartida.

Aunado a ello, se puede observar, que contrario a lo sucedido en el fallo traído a colación, al momento de ser expedidos los actos enjuiciados denominados Resolución 758 de 10 de abril de 2007 y 1040 de 30 de agosto de 2007, ya había nacido a la vida jurídica la Resolución 03633 de 29 de marzo de 2007.

En virtud de lo anterior, no es de recibo para el suscrito, el argumento referente a que quedan sin piso las razones expuestas por este tribunal en aquélla oportunidad, así como tampoco se acepta el atinente a que se atentó contra el principio de seguridad jurídica que debe prevalecer en la materia que se estudia, por cuanto la administración no tenía las reglas claras y precisas al momento de descargar unas consecuencias negativas en el administrado, toda vez, que las resoluciones de clasificación arancelarias son actos administrativos que rigen hacia futuro y, además, que las controversias arancelarias se deben dilucidar con fundamento en el Arancel de Aduanas vigente al momento de la importación, tal como lo ha enseñado el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia en los siguientes términos⁵:

“...La legislación aduanera colombiana faculta a la DIAN para que clasifique arancelariamente las mercancías, sea de oficio o a petición de parte, mediante la expedición de resoluciones de carácter general que, si bien rigen a futuro, se fundamentan en el sistema armonizado y en el Arancel de Aduanas vigente que adopte el gobierno nacional por decreto. De tal manera que,

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de septiembre de 2009, Exp. 16402. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

independientemente de que la DIAN haya ejercido la facultad de clasificar, cuando se suscita una controversia arancelaria, esta se debe dirimir de manera técnica, con fundamento en el Arancel de Aduanas vigente al momento de la importación⁶... (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En ese sentido, no puede afirmarse que al expedir la DIAN la Resolución 03633 de 29 de marzo de 2007, a través de la cual, clasifica el producto Dairylac 80 en la subpartida arancelaria **23.09.90.20.00**, diferente a como lo había hecho en resoluciones anteriores a ésta, se atente en contra del principio de seguridad jurídica, puesto que como quedó evidenciado, este tipo de actos administrativos tienen incidencia hacia el futuro.

Por lo expuesto, me permito dejar sentado en este salvamento de voto parcial el criterio al cual me adhiero.

Atentamente,


JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ GALLO
Magistrado

La anterior firma corresponde al expediente No. 13-001-33-31-004-2008-00070-01.

⁶ De conformidad con el artículo 89 del Decreto 2685 de 1999 los tributos aduaneros se causan al momento de la presentación de la declaración de importación.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0003
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: RONALD ALBERTO RAMIREZ RIVERA
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2012-00040-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C. Diciembre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 33 / 2013-1

Tema: Contrato realidad docente

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 13-001-33-31-012-2012-00040-01.
Demandante: RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERA.
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de abril dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto del Circuito de Cartagena de Indias D.T. y C., que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERA instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se acceda a las siguientes

Pretensiones

"PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo número 11965, con fecha 29 de Agosto de 2011, suscrito por la Subdirectora Técnico de talento Humano, que negó el pago de prestaciones sociales a los (sic) solicitantes

SEGUNDO: Que a título de restablecimiento del derecho e indemnización se declare que entre mi poderdante y la Secretaría de Educación Distrital (Alcaldía Distrital), existió una relación laboral, desde el momento de su vinculación.

Que se ordene el pago del equivalente a las prestaciones de acuerdo al grado del escalafón, de la siguiente manera

a. Las cesantías.

b. Los intereses de las cesantías.

c. Primas legales correspondientes a la vigencia del contrato.

d. Indemnización moratoria por no consignar las cesantías en un fondo para tal fin, dentro de los límites permitidos.

e. Que se condene al pago de los intereses moratorios y la indexación sobre las sumas de dinero que se están reclamando a través del presente libelo, hasta que se verifique el pago en su totalidad.

f. Que se condene al pago de costa y gastos que se generen de la presente actuación. (...)

Hechos relevantes

"1 Mi poderdante **RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERA**, prestó sus servicios personales como docente al servicio del Distrito de Cartagena, en la Institución Educativa Salim Bechara desde el mes Abril hasta el mes de Diciembre de 2003, y desde el 01 de Febrero hasta el 30 de Diciembre de 2002 en la Institución Educativa Juan José Nieto del distrito de Cartagena

2 Mi mandante estuvo vinculado de forma continua, mediante órdenes de prestación de servicio, que se prorrogaban de manera periódica, lo que quiere decir que no se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello requirió de continuidad.

3. durante el tiempo que estuvo vinculado, mi poderdante prestó su servicio de manera subordinada y dependiente, de acuerdo a las leyes y reglamentos expedidos por el Ministerio de educación, bajo la supervisión del coordinador y rector de la Institución Educativa.

4. Mi poderdante (...) cumplían un horario de trabajo de lunes a viernes, ingresaba a las 7:00 a.m, y terminaba a las 12:00pm. Cumpliendo de esta

forma, lo estipulado en el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, modificado por el Decreto 1850 de 2002 ambos reglamentarios de la Ley 115 de 1994.

5. A cambio, recibía un salario que se pagaba mensualmente, de acuerdo al grado del escalafón académico.

Normas violadas y concepto de violación

Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente artículo 45

Ley 115 de 1994

Ley 6ª de 1993

Constitución Política artículo 53.

La parte demandante desarrolló el concepto de la violación de la siguiente manera:

Señala que, La H. Corte Constitucional en virtud de la sentencia C 555 de 1994, expresó, que la actividad desarrollada por docentes a través de órdenes de prestación de servicios, no era distinta de, los servicios prestados por docentes vinculados a través de acto administrativo. En ese mismo sentido, señaló que, la misma corporación, en la sentencia C 154 de 1997 señaló, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, cuando se demuestra la subordinación o dependencia del empleador.

Ene se orden, expresó que, ha sido posición reiterada del H. Consejo de Estado, el considerar que se presume el elemento de subordinación en los contratos de prestación de servicios celebrados entre docentes y la administración.

Finalmente señaló que, se violó el principio de primacía sobre las formalidades, pues a través de órdenes de prestación de servicios, se pretende solapó la existencia de una verdadera relación laboral.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido para tal efecto, esta entidad contestó la demanda afirmando que, en el presente caso su apadrinada no celebró

contrato de trabajo con el demandante, razón por la cual, no hay lugar a cancelar las prestaciones sociales solicitadas.

Por otro lado, expresó que conforme al artículo 122 de la Constitución política, no existe en nuestro país, empleo público cuyas funciones no estén previamente detalladas en la constitución o el reglamento, situación inobservada en el sub lite por el demandante.

En ese orden, era necesario que, el acotar demostrara que se encontraba inscrito en el escalafón de docencia, para que así, se hiciera acreedora a las prestaciones reclamadas.

Finalmente, propuso las excepciones de prescripción, pago, inexistencia de contrato de trabajo, ni relación laboral reglada, legalidad del acto cuya nulidad se demanda y buena fe.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 30 de abril de 2013, la Juez piloto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia concediendo las pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

"FALLA

PRIMERO: *Declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.*

SEGUNDO: *Declarar la nulidad del acto acusado SED – RE 11965 del 29 de agosto de 2011 expedido por la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, mediante el cual se negó la petición formulada por el actor en escrito presentado el 3 de agosto de 2011. Denegar las pretensiones de la demanda. (...)*

TERCERO: *Como restablecimiento del derecho, condenar a la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL reconocer y pagar a título de restablecimiento del derecho al señor RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERA, las prestaciones sociales, dejadas de percibir por el periodo comprendido el 1 de febrero al 30 de diciembre de 2002 y desde el 1 de abril al 30 de diciembre de 2003, debidamente indexadas, teniendo en cuenta que se demostró la existencia de una relación laboral. (...)*

Como fundamento de la sentencia, la Juez consideró que, en el presente caso era dable acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por el actor, toda vez que se demostraron en el curso del proceso, los elementos que constituyen un contrato laboral a saber: i) Prestación personal del servicio, ii) salario y, iii) subordinación.

Explica, que de dichos elementos da cuenta claramente la respuesta brindada por la administración al demandante, cuando aquel le solicitó el pago de las prestaciones sociales; y, específicamente sobre la subordinación, el H. Consejo de Estado la presume, en tratándose de contratos de servicios celebrados con docentes, como quiera que la naturaleza de su oficio impide que sus servicios sean prestados de forma independiente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandada

En la oportunidad procesal para ello, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando como motivos de inconformidad los siguientes:

Manifiesta el apoderado de la parte demandada que, en el presente caso la actora no demostró en el curso del proceso, que se configuraran los requisitos necesario que desvirtúen el contrato de prestación de servicios celebradas entre las partes; en especial, lo referente al salario, como elemento integrante de contrato realidad.

Por otro lado, señala que la Juez de primera instancia desconoció el termino de prescripción de los derechos consagrados por el Decreto 3135 de 1968, pues luego de trascurrir ocho (8) años de celebrados los contratos objeto de la Litis, la parte actora solicita el pago de emolumentos derivados de aquellos; cuando conforme a la norma citada, para ello disponía del término de tres (3) años para reclamarlos.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendarado el 07 de octubre de 2007, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl.3 C.S.I); y, con providencia adiada en octubre 21 de la misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl.483), oportunidad en la cual la parte demandante y demandada ratificaron los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación respectivamente.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado piloto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha treinta (30) de Abril de 2013, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 numeral 1º del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, considerando que, el acto administrativo acusado oficio SED – RE 11965 del 29 de agosto de 2011, le fue notificado al actor el día 14 de octubre de 2011. En ese orden, se presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación el día 20 de octubre de 2011, fecha desde la cual se interrumpió la caducidad de la acción hasta el día 22 de noviembre de 2011, esto es por el tiempo de 1 (uno) mes y dos (2) días.

Hasta ese momento, solo habían transcurrido 5 días del término de caducidad, debido a su suspensión, por tanto, el actor contaba hasta el día 16 marzo de 2012 para interponer la acción en tiempo y, como quiera que ello sucedió el día 21 febrero de 2012, se entiende acorde al término de caducidad que para tal propósito dispone el artículo 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Visto los argumentos expuestos por la sentencia apelada y el recurso de alzada, el problema jurídico en el presente caso se circunscribe a determinar, si hay lugar a revocar a la sentencia de primera instancia, para afirmar que la actora no acreditó los elementos que configurarían relación a saber: i) prestación personal del

servicio, ii) subordinación y, iii) remuneración; y, además, si la juez de primera instancia desconoció el término de prescripción establecido para los derechos reclamados.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata del acto administrativo contenido en el oficio de fecha SED – RE 11965 del 29 de agosto de 2011, en virtud del cual la entidad demandada negó al actor el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de diversas órdenes de prestación de servicios celebradas entre las partes, por el período comprendido del 1º de febrero de 2002 al 30 de diciembre de 2002 y, del 1º de abril de 2003 al 30 de diciembre de 2003.

Este acto administrativo, al no señalar los recursos procedentes en su contra, agota la vía gubernativa conforme lo dispuesto por el artículo 135 del C.C.A.

MARCO NORMATIVO

Los contratos de prestación de servicios, están regulados por la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 32 dispone lo siguiente:

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

El contrato de prestación de servicios ofrece variantes, tales como la prestación de servicios profesionales, la ejecución de trabajos artísticos, el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, la prestación de servicios de salud, y para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad estatal, que no pueden realizarse con personal de planta.

En torno a este tipo de vinculación y su diferencia con la relación laboral, la Corte Constitucional ha resaltado desde antaño¹ que es el elemento de subordinación o dependencia, el que, en últimas, determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que quien celebra un contrato de esta última naturaleza, no puede tener frente a la administración, sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente, consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independientes y en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad, sobre las formas pactadas por las partes en las relaciones de trabajo.

"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente, sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. (Se destaca)." Sentencia de la Corte Constitucional C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Concordante con lo anterior, debe decirse que la diferencia estriba en que los contratistas de prestación de servicios, no tienen relación laboral porque no hay *subordinación jurídica continuada* respecto del patrono, por lo que su vinculación es precaria, excepcional y temporal, lo que les acarrea la ausencia de garantías y prestaciones laborales como salarios, jornada de trabajo, ingreso en carrera administrativa y/o estabilidad laboral, según el caso, puesto que están desde un principio, sometidos a un régimen jurídico distinto al que están sometidos los empleados públicos, trabajadores oficiales, etc.

Así las cosas, enmarcada la presente controversia en el principio de primacía de la realidad sobre las formas, debe verificarse en autos si se demostró, por los medios legalmente establecidos, que el vínculo que unió al actor con el ente municipal, fue de tipo laboral, sin solución de continuidad y signado por los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, tal como lo afirma la demanda, o si por el contrario, fue un mero contrato de prestación de servicios, caracterizado por la carencia de subordinación laboral.

Tenemos que, los contratos de prestación de servicios, constituyen una manera excepcional de vincular personas a la administración, sin embargo, se insiste, en que el objeto de sus labores, así como sus obligaciones y contraprestaciones son diferentes a las que derivan de una relación laboral; en que la celebración de este tipo de contratos con el Estado, por personas naturales, sólo es posible cuando el objeto versa sobre actividades que no pueden ser cumplidas por el personal de planta o porque se requiera de conocimientos especializados, y, luego de la celebración de un contrato de prestación de servicios, regulado por la ley 80 de 1993, no pueden las partes pretender cambiar su naturaleza jurídica, a través de un pronunciamiento judicial.

Vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral como la mencionada no implica conferir al actora la condición de empleada pública pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."²

Por tanto, para que sea procedente el reconocimiento de una relación laboral derivada de un contrato o una orden de prestación de servicios, se le constituye una carga al interesado, de acreditar en forma incontrovertible la subordinación, dependencia, remuneración y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se deba desempeñar.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de Docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, por lo que es menester advertir que dicha norma no derogó el Decreto 2277 de 1979, artículo 2º, que dispone:

"Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo."

Esta definición de la labor Docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación, 115 de 1994, al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...".

² Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

De lo anterior se infiere que la labor Docente no es independiente sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los Reglamentos propios del servicio público de la educación³, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

Es así como, en cuanto al examen probatorio de los contratos de prestación de servicios docentes, el Consejo de Estado, sostiene que se debe ser más flexible, tal como lo afirma en la siguiente providencia:

"Sin embargo, para la Sala resulta especialmente distinta la situación de los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, pues respecto de ellos tales exigencias deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran implícitas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

(...)

De lo anterior se infiere que la labor docente no es independiente, sino que pertenece a su esencia el hecho de que el servicio se preste personalmente, esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación al Municipio para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar, y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de maestros. (...)"

De lo anterior, si el interesado vinculado como docente bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia acreditando dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53

³Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente No. Interno 2460-2003, Actora: Sonia Stella Prada Cáceres.

C.P.); teniendo claro la Sala, que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en la labor que desarrollan los docentes; es decirson consustanciales a su ejercicio, premisa a partir de la cual se tiene que, para efectos de la prueba de los elementos de la relación laboral, se flexibiliza frente a los docentes, la acreditación de ese supuesto; así, de los tres pilares de la relación laboral, al sobre entenderse el de la subordinación, por ser inherente al tipo de servicios, la carga probatoria ha de dirigirse a demostrar la existencia de la contratación de prestación de servicios docentes, la efectiva prestación personal de estos y la remuneración.

En ese orden, y según lo antedicho, para que el operador judicial pueda edificar su decisión, resulta imprescindible la valoración de las pruebas aportadas por las partes, las circunstancias que rodearon el vínculo del accionante con el ente demandado, así como la naturaleza de esa vinculación.

CASO CONCRETO

En su oportunidad, la Juez de primera instancia consideró que, en el presente caso se probaron de forma clara los elementos que constituyen una verdadera relación laboral, esto es, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación; de los cuales dan cuenta las diversas órdenes de prestación de servicios suscrita por las partes, y las certificaciones expedidas por la entidad demandada.

Así mismo consideró, que conforme a la postura que ha adoptado el H. Consejo de Estado para los casos de contrato realidad docente, se deben analizar de forma más flexible, como quiera que, debido a la naturaleza del oficio docente, la subordinación es inherente a su labor.

A su turno, el apoderado del actor repara de la decisión de primera instancia para afirmar, que en el presente caso el actor no probó los elementos que integran una verdadera relación laboral.

Por otro lado, señaló que la juez de primera instancia desconoció el término de prescripción que impera para los derechos laborales conferidos a los empleados públicos, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 3138 de 1965.

Pues bien, la Sala se adentra en la solución del problema jurídico planteado, afirmando que, en el presente caso sí se acredita en forma clara la existencia de

los elementos que configuran la existencia de un contrato realidad, razón por la cual, la sentencia de primera instancia será confirmada en ese aspecto; sin embargo, la Sala modificará la sentencia de primer grado, para en su lugar negar el pedimento relacionado con la imposibilidad de disfrutar de los beneficios concedidos por la respectiva caja de compensación familiar, conforme a los argumentos que se exponen a continuación.

Sea lo primero decir, que esta Corporación, del material probatorio allegado al proceso logra evidenciar de forma clara los elementos necesarios para declarar la existencia de un contrato realidad, derivado de las órdenes de prestación de servicios celebradas en el año 2002 y 2003 por las partes, veamos.

Obra en el plenario certificado expedido por la entidad demandada (fl. 10) en el cual se deja constancia que, el señor RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERO, prestó sus servicios como docente en el periodo comprendido del 1º de febrero de 2002 al 30 de diciembre de la misma anualidad y, del 1º de abril de 2003 al 30 de diciembre de 2003; bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, el cual no conllevó al pago de prestaciones sociales.

Así mismo, fue aportado al expediente respuesta a derecho de petición presentado por apoderado de la entidad demandante, a su representada, donde le expresan que no poseen en físico las órdenes de prestación de servicios en favor del señor RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERA; pero dan fe que, aquel sí estuvo vinculado con dicha entidad en los años 2002 y 2003 a través de órdenes de prestación de servicios. (fl. 90)

Del mismo modo, el actor aportó con el escrito de su demanda, órdenes de prestación de servicios correspondientes a los periodos del año 2002 así: 1º de febrero al 30 de julio; 1º de Agosto al 30 de Septiembre; y, del 1º de octubre al 30 de diciembre.

Pues bien, las órdenes de prestación de servicios mencionadas, señalan al unísono lo siguiente: *"A realizar para la Secretaría de Educación y Cultura Distrital el siguiente servicio profesional Docente en el área de EDUC. FISICA" (...).*

Así mismo, su cláusula Quinta dispone lo siguiente:

*QUINTA: Que no obstante el artículo 2º del Decreto 688 del 10 de abril del 2002 faculta a la autoridad nominadora para autorizar la prestación del servicio por parte de docentes no vinculados al servicio educativo estatal para atender las funciones propias de los docentes que se encuentran en situaciones administrativas tales como: INCAPACIDAD superior a treinta (30) días, LICENCIAS, COMISIÓN, SUSPENSIÓN en el empleo, TRASLADO por amenaza o en caso de VACANCIA del cargo mientras se realiza el concurso para proveer en forma definitiva. **Este servicio dará lugar al pago de HONORARIOS** y sólo podrá prestarse por el término de duración de la novedad administrativa."*

Pues bien, conforme al material probatorio relacionado anteriormente, esta Sala de Decisión evidencia de forma clara que, en el sub lite se presenta sin lugar a equívocos la existencia diáfana de un contrato realidad. Nótese que, conforme a la cita anterior, las órdenes de prestación de servicios, autorizaban a que el señor RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERA, prestara en forma personal sus servicios como docente en educación física, desempeñando las misma funciones que los docentes vinculados a través de relación legal y reglamentaria, pero incursos en alguna de las situaciones administrativas antes descritas; y, a cambio, recibiría como contraprestación, el pago de honorarios.

En ese orden, para la Sala están acreditados en este caso, los elementos de prestación personal del servicio y remuneración, conforme se desprende de la cita anterior; y a su vez se encuentra acreditada la subordinación, como quiera que, el objeto de los ordenes de prestación de servicios se direccionó a ejercer funciones propias de docentes, circunstancias en las cuales el H. Consejo de Estado ha señalado que, se presume la subordinación, pues debido a la naturaleza de la labor docente, le es inherente la subordinación.

Si bien es cierto que, al expediente no se aportaron las órdenes de prestación de servicios correspondientes al año 2003, para la Sala aquellas se encuentran plenamente acreditadas de acuerdo a la certificación expedida por la entidad demandada (fl.10), donde consta que el actor prestó sus servicios como docente, por el lapso del 01 de abril de 2003 al 30 de diciembre de 2003 en virtud de órdenes de prestación de servicios; así mismo, el documento anterior se soporta además, en la certificación expedida por la INTUICIÓN EDUCATIVA SALIM BECHARA

{11}, donde consta que el señor RONALD ALBERTO RAMÍREZ RIVERO, prestó sus servicios de docente de educación física en dicha institución, desde el mes de abril de 2003 hasta diciembre de 2003, esto es en las mismas fechas y funciones certificadas por la entidad demandada.

Así entonces, sobre este tema, la Sala no comparte los argumentos expuestos por el apelante en su recurso de alzada, referentes a que no se probó la existencia del contrato realidad, como quiera que, las órdenes de prestación de servicios celebradas en el año 2002 y 2003, entrañan claramente una relación laboral, conforme al material probatorio analizado anteriormente, dado que, conforme al objeto descrito por aquellas, se observa claramente que, se ordenó la prestación de servicios en calidad de docente, y por el cual se pactó el pago de honorarios.

Respecto de los honorarios, contrario a lo afirmado por el apelante, considera la Sala que, efectivamente si fueron cancelados, conforme se desprende del oficio SED - RE 11965 del 29 de agosto de 2011 en virtud del cual se atendió de forma negativa la solicitud del pago de prestaciones sociales, donde la entidad demanda, da por sentado el pago de aquellos, con la salvedad que, no generaban la obligación de cancelar prestaciones sociales. En ese mismo sentido, se le recuerda al togado apelante, que respecto del restablecimiento del derecho, en estos casos se le conceden al actor el pago de las prestaciones sociales a que tendría derecho un docente en su misma condición a título de indemnización, sin que ello signifique, que al actor se le esté otorgando la calidad de empleado público, como aquel lo sostuvo en el recurso de alzada.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Pues bien, sobre la prescripción de los derechos que se derivan de la declaratoria de existencia de contratos realidad, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado así:

"PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD - El término debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al

valor pactado en el contrato. Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.⁴⁰

En virtud del fallo aludido, es evidente que la prescripción de los derechos que se derivan de la declaratoria de existencia de contratos realidad, se empieza a contabilizar desde el momento en que se hacen exigibles, situación que en estos casos sucede, una vez se declara por el operador judicial la existencia del contrato realidad, como quiera que dicha sentencia tiene efectos constitutivos del derecho reclamado.

Por otro lado, la Sala modificará la condena impuesta a la entidad demandada referente al pago de uno (1) salario mínimo mensual legal vigente por el no disfrute de los beneficios de recreación y pago de subsidios de la respectiva caja de compensación familiar; dado que la actora no probó efectivamente cuáles eran los beneficios a que afirma tenía derecho, y que además eran reconocidos por dicha caja de compensación familiar, incumpliendo así con la carga probatoria que le correspondía conforme a lo dispuesto por el artículo 177 del C.C.A, aplicado a estos procesos, en virtud del principio de remisión normativa consagrado por el artículo 267 del C.C.A, para en su lugar negar este pedimento.

Por todo lo expuesto, la Sala modificará la sentencia de primera instancia, como quiera que, si bien se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, con relación a la ordenes de servicios celebradas en el año 2002 y 2003, bajo el entendido que sí constituyen contratos realidad, también lo es que no hay lugar a condenar, la entidad demandada por la imposibilidad del actor de disfrutar los beneficios de la caja de compensación familiar; en todo lo demás, se confirmará la sentencia apelada

COSTAS

Atendiendo los criterios establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la demandada en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Quinto de la sentencia del treinta (30) de abril de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Piloto Administrativo del Circuito de Cartagena y en su lugar se dispondrá:

*"QUINTO: **NEGAR** la condena solicitada por el actor, referente al pago de 10 (diez) smmlv, por la imposibilidad de disfrutar los beneficios concedidos por la respectiva Caja de Compensación Familiar."*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

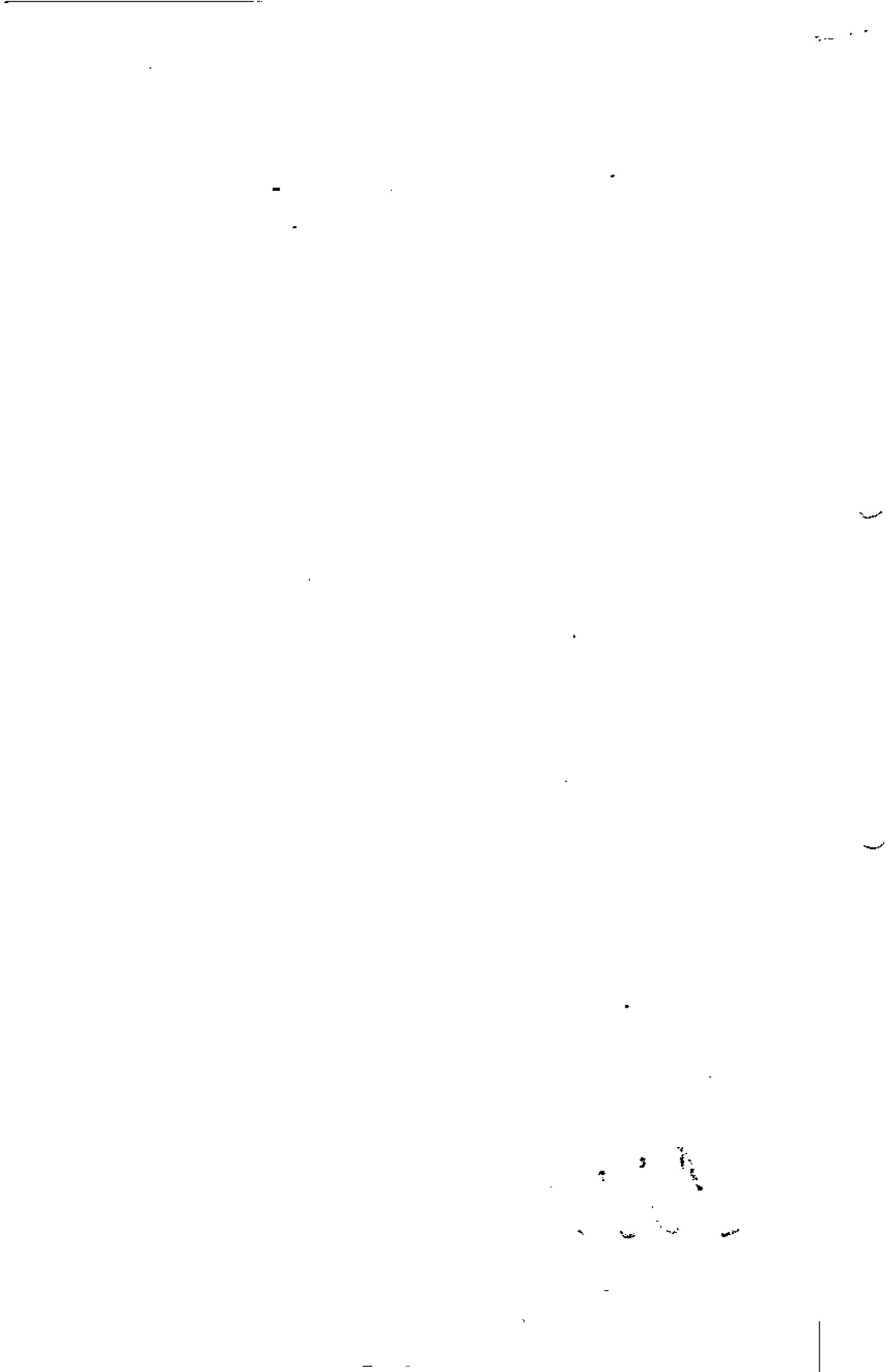
LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER FANDEÑO GALLO

FAB


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ






**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0004
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: AGENCIA DE ADUANAS ASCOINTER S-A NIVEL 1
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2011-00068-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO
(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
 DESPACHO 002 DE DESCONGESTIÓN

SALA DE DECISIÓN N° 004

Cartagena de Indias D. T. y C., Diciembre once (11) de dos mil trece (2013).

Sentencia 328 = 2013

2º instancia.

Tema: Responsabilidad de la Sociedad de Intermediación Aduanera

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	: 13-001-33-31-011-2011-00068-01
Demandante	: AGENCIA DE ADUANAS ASCOINTER S.A. NIVEL 1.
Demandado	: UAE DIAN

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante ^{demandante} demandada contra la sentencia de Enero 31 de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado a través de apoderado judicial por la AGENCIA DE ADUANAS ASCOINTER S.A. NIVEL 1 contra la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, providencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., la sociedad AGENCIA DE ADUANAS ASCOINTER S.A. NIVEL 1, por medio de apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra

UAE DIAN, para que previo el trámite a que haya lugar, se declare la nulidad de:

- *Se declare la nulidad de las resoluciones N° 001412 de Agosto 13 de 2010 y la N° 10361 de noviembre 30 de 2010, expedidas por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena y por la Subdirección de Gestión de Recursos jurídicos de la Dirección de Gestión jurídica respectivamente, por cuanto se profirieron violando normas legales, situación que implica que los actos administrativos demandados sean ilegales y por tanto no tengan validez.*
- *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -, a reconocer y pagar al demandante las sumas correspondientes a los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de las resoluciones demandadas, por concepto de daño emergente y lucro cesante que se llegaren a demostrar en el curso del proceso contencioso.*
- *Solicito respetuosamente se condene en costas del proceso a la Unidad Administrativa Especial U.A.E Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.*

LOS HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:

La AGENCIA DE ADUANAS ASCOINTER S.A. NIVEL 1 en su condición de declarante y sirviendo exclusivamente en los límites de la representación ante la DIAN, recibió documentación de su cliente, el Sr. JAVIER ENRIQUE PALACIO CHAMIE (Funcionario Diplomático Colombiano acreditado ante la Unión Europea, el Reino Unido de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo) y con base en ella tramitó la declaración de importación N° 23831012589119 de Octubre 03 de 2007, que amparaba mercancía consistente en vehículo automotor. Sus actividades como mandatario finalizaron con la notificación del levante al mandante y al transportador.

Una vez agotados los trámites anteriores, ASCOINTER S.A., en cumplimiento de las obligaciones previstas en el numeral 6 del artículo 27-2 del Decreto 2685 de

1999, verificó y archivó la declaración junto con sus documentos soportes, los cuales han sido celosamente cuidados en espera de instrucciones u órdenes de la autoridad competente.

Con sorpresa ASCOINTER S.A. recibió notificación del requerimiento ordinario N° 001450 de febrero 11 de 2009, en donde la División de Gestión de Fiscalización Aduanera le solicita poner a disposición la mercancía amparada en la aludida declaración de importación, y, a pesar de haberse respondido la mencionada División decide vincularlos al proceso administrativo como responsable solidario de la sanción prevista en el artículo 503, mediante notificación del respectivo REA.

En la respectiva oportunidad procesal se brindó la correspondiente respuesta, pese a lo cual se profieren el resto de resoluciones acusadas.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A juicio del apoderado de la sociedad accionante, con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

VIOLACIÓN ARTÍCULO 503 DEL DECRETO 2685 DE 1999, INDEBIDA INTERPRETACIÓN.

Que según el criterio de la DIAN, la factura comercial no corresponde con la que soporta la operación de comercio exterior, lo cual es abiertamente discutible, pues como declarante autorizado que fue ASCOINTER S.A., se puede dar constancia que la factura comercial entregada por el cliente, corresponde a la que soporta la importación; distinto es que esté siendo cuestionada por la DIAN, pero sin lugar a dudas fue ese documento el exhibido y archivado, y que sirvió para construir la base gravable y la consecuente liquidación de tributos aduaneros, soporte de la operación de comercio exterior.

La anterior situación le permitió a ASCOINTER aceptar tal documento en la fase inicial de sus servicios y apoyarse en él para desarrollar los datos básicos económicos que permitieron la liquidación y pago fiscal, por lo que no es aceptable que bajo la condición de Agencia de Aduanas que se ostenta, se

realice una vinculación como sancionados, en donde es claro que el declarante es totalmente ajeno, primero porque la definición de un negocio, emisión y obtención de documentos soportes como la factura comercial son de resorte exclusivo ^{del} comprador y el vendedor, y segundo porque el declarante sólo actúa documentalmente, sin que tenga disponibilidad material de la mercancía.

VIOLACIÓN ARTÍCULO 29 C.N (PRINCIPIO DE LEGALIDAD), ARTÍCULO 476 DECRETO 2685 DE 1999, CONCEPTO 039 DE JULIO 19 DE 2005 POR FALTA DE APLICACIÓN.

Afirma, que si se acude al artículo 503 fundamento de la sanción, se encuentra la expresión: "...se impondrá al importador o declarante, según sea el caso", es decir que se usa una expresión disyuntiva y no copulativa, es decir, que la norma no prevé una solidaridad entre el declarante y el importador, sino que parte de una responsabilidad independiente, y teniéndose en cuenta cada caso.

De manera que si se evalúa por cuestiones de equidad y justicia, cual fue el grado de intervención del declarante en la disposición material de la mercancía, no se hubiese llegado a la decisión de sanción que se emite; pues otros resultan ser los casos en que el declarante sí tiene disponibilidad material y puede ser vinculado a la investigación, pero no es el caso de ASCOINTER S.A.

OBJETIVO, FILOSOFÍA DIAN Y SENSIBILIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.

Que ante la DIAN, los usuarios aduaneros de la economía formal se encuentran en estado indefensión, quienes en materia de juzgamiento sólo cuentan con la esperanza de la justicia contenciosa administrativa, pues el Estado goza de una fuerza mayúscula, en donde no aterriza parámetros individuales de juzgamiento y simplemente entra a ejercer su poder sancionador.

DEFENSA – UAE DIAN -.

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F.66) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta la legalidad de los actos acusados. Se opone a los cargos de ilegalidad, resaltando lo estipulado en los artículos 3, 4, 12, 13, 22, 23, 26, 27, 121, 249 y 503 del D. 2685 de 1999.

Como razones de defensa expone, que de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 2685 de 1999 ASCOINTER S.A. debía colaborar con la Administración de Aduanas, en la correcta y cumplida aplicación de las normas legales, relacionadas con el comercio exterior, y para el adecuado desarrollo de regímenes aduaneros y demás procedimientos o actividades derivados de los mismos, pues como SIA juega un papel preponderante, asesorando y colaborando con los particulares en el ingreso y salida de mercancías del país.

No obstante lo anterior, en el presente caso ASCOINTER S.A. en representación aduanera de GENERAL DE IMPORTACIONES permitió que mercancía ingresara al país con una factura que no ha sido emitida por el proveedor, y que además saliera del control aduanero y actualmente se encuentre en el país circulando libremente, razón por la cual la DIAN solicitó que se pusiera a disposición, de acuerdo con el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Que las SIA cuando actúan dentro de un régimen aduanero, asumen las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las obligaciones que surgen de las operaciones aduaneras. En este caso, siendo que ASCOINTER no puso a disposición de la DIAN la mercancía solicitada, fue sancionada a la luz de lo establecido en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

El presentar una o varias declaraciones de importación y obtener levante a través de documentos falsos afecta gravemente la seguridad fiscal del ESTADO y el orden público económico, en la medida ~~en la medida~~ en que esa declaración no está reflejando la verdad de la operación de comercio exterior que se ejecutó, evadiéndose los verdaderos tributos a pagar.

Se opone a la totalidad de los cargos, pues afirma que en el expediente obra suficiente material probatorio en el expediente acerca de su intervención en la operación de comercio exterior, y que depositar la confianza en SIAs, tiene su razón de ser por cuanto se parte del principio de que estas cuentan con el conocimiento y la experiencia adecuada, contribuyendo a que la DIAN ejerza un mayor y eficiente control sobre el contrabando, previniéndolo.

Recuerda que los intermediarios aduaneros son auxiliares de la función pública del Estado en materia aduanera, por tanto su conducta no es asimilable a la de un usuario particular, es decir, que no están limitadas solo a la presentación de la declaración de importación, de los documentos soportes y al pago de tributos aduaneros, sino que su actividad general de asistente de la Administración le exige diligencia y total exactitud en la revisión y verificación de la declaración misma y de lo contenido en los documentos soportes.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia el 31 de enero de 2013, en la que decide:

FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, ARCHÍVESE previas las anotaciones del caso.

El Despacho a manera de conclusión reseñó:

“Con base en lo anterior, el Despacho observa que la autoridad aduanera acertó al momento de imponer la sanción objeto de estudio, pues el artículo 503 del decreto 2685 de 1999 no prevé ningún eximente de responsabilidad, por lo que el demandante no

puede alegar como causal de exoneración que la mercancía haya obtenido su levante y ésta a su vez haya quedado a libre disposición del importador. Así lo manifestó el Consejo de Estado mediante sentencia de la sección primera, 20 de junio de 2012. Consejera ponente: Doctora María Elizabeth García González, expediente núm. 2008-00171-00, cuyos apartes pertinentes se señalan.

...Por todo lo anteriormente expuesto, es claro que los cargos de la demanda no tienen vocación de prosperidad, ya que el despacho no encontró acreditada la ilegalidad de los actos atacados, toda vez que no se demostró la violación a normas superiores y en consecuencia, no se accederá a las pretensiones planteadas en el escrito de demanda"

IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de 31 de Enero de 2013, por cuanto le fue desfavorable.

Disiente de la decisión emitida en primera instancia, y estructura su escrito de apelación, retomando los argumentos que consignó en el concepto de violación de la demanda, estimando que la Juez desconoció que la naturaleza de una Agencia de Aduanas es el de un agente tramitador, de nivel ejecutivo, comprometido a realizar por cuenta y en representación de su mandante el diligenciamiento y presentación de las declaraciones aduaneras, obteniendo información de los respectivos documentos soportes entregados por su cliente, ante todo aquellos obtenidos por el importador en el exterior, máxime si como en el presente caso se trata de la factura comercial para lo cual el tratado GATT, vigente para Colombia, es claro en eximir al declarante o agente aduanero de responsabilidades por su información o legalidad, pues el dueño y concededor de la negociación es el importador y el agente de aduanas resulta pasivo en su obtención. Que igualmente la Juez desconoció que ASCOINTER no ha ejercido ningún acto suyo sino ajeno, y que en las condiciones actuales – insiste –, por la naturaleza de la misma actividad, al intermediario aduanero sólo le corresponde cumplir con lo que está en capacidad de atender, como lo es

la información de tipo aduanero y la custodia de los documentos que reflejan la operación de comercio exterior.

Que en el trámite de su gestión, la definición de un negocio, emisión y obtención de documentos soportes como la factura comercial son de resorte exclusivo del comprador y el vendedor, y el declarante sólo actúa documentalmente, sin que tenga disponibilidad material de la mercancía.

Finalmente arguye, que del ya mencionado artículo 503, se infiere que los verbos rectores consumir, destruir, transformar o no poner a disposición se predica exclusivamente de un sujeto agente que ha tenido la disposición de la mercancía o a lo sumo la tenencia de la misma. En ninguna de estas conductas puede ubicarse al declarante ASCOINTER S.A. NIVEL 1, pues es claro que los agentes aduaneros no tienen disponibilidad material de la mercancía; y que la norma está dispuesta para sancionar a todo aquel que se encuentre implicado en operación de contrabando, en aquellos eventos en los cuales la mercancía no pudiere ser decomisada.

Que el delito de contrabando supone un dolo en la persecución de un claro objetivo, introducir mercancía a territorio nacional de manera irregular, y en todo caso la autoridad aduanera que investiga y define conductas de contrabando, debe indagar en todos los participantes que conforman la cadena logística de comercio exterior, para establecer quien o quienes responderán personalmente por sus conductas ilícitas.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendarado el 22 de julio de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (F. 500); y, con providencia adiciada el 20 de agosto de 2013 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 502).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ambas partes recorrieron el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general se ratifican en los argumentos consignados en el escrito de contestación y recurso, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 502 reverso), se abstuvo de emitir concepto.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso el demandante tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

CADUCIDAD

Sobre tal presupuesto se tiene que la acción fue ejercida en tiempo, si se atiende la fecha misma del último de los actos acusados - Resolución No. 10361 de 30 de noviembre de 2010, la presentación de solicitud de

conciliación el 28 de enero de 2011 y su respectiva constancia el día 28 de febrero de 2011; pues verificándose que el demandante contaba con una diferencia a favor de más de dos meses una vez se expide la aludida constancia, al presentar la demanda el 29 de abril de 2011, (F. 1, 17 y 45) -, ésta ha de tenerse por oportuna.

El Acto Administrativo demandado: Por medio del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., la sociedad ASCOINTER S.A NIVEL 1 reclama la declaración de nulidad de las Resoluciones No. 001412 de 13 de agosto de 2010 y 010361 de 30 de noviembre de 2010, expedidas por la División de Gestión de Liquidación Aduanera y la División Jurídica Aduanera, respectivamente. La decisión de la administración se concreta a una Sanción equivalente al 200% del valor en aduana de mercancía no puesta a disposición de la administración para su aprehensión, ordenándose igualmente hacer efectiva la póliza Global de Seguro de cumplimiento, con la cual se amparó la obligación sujeta a control aduanero.

Problema Jurídico.

Atendiendo los motivos objeto del escrito de apelación interpuesto por la parte demandante, el problema jurídico se contrae a establecer, si en el presente caso, se configuran los supuestos fácticos y legales necesarios para la imposición de la sanción administrativa aduanera a la sociedad demandante en su calidad de intermediador aduanero.

Para resolver, se tendrán en cuenta los siguientes sustentos normativos, fácticos y probatorios.

Legalidad de la decisión consignada en los actos que se acusan: sanción aduanera impuesta a la SIA por la imposibilidad de aprehensión de la mercancía.

El apelante es enfático en señalar, que los actos acusados violaron los principios de justicia aduanera, debido proceso, y por supuesto el de legalidad de la sanción: pues bajo un actuar regular de ASCOINTER S.A., -

en calidad de declarante de la mercancía - y obrando como agente tramitador, - frente a la información contenida en las Declaraciones de Importación respecto del Importador -, se limita a obtener información de los respectivos documentos soportes entregados por su cliente, ante todo, aquellos obtenidos por el importador en el exterior, siendo pasivo en tal obtención, creyendo entonces en la veracidad y exactitud de estos.

De manera que recibe una sanción a su modo de ver injusta de parte de la administración, quien debió vincular a la investigación aduanera correspondiente sólo a importador, teniendo en cuenta que no interviene en la definición del negocio de comercio exterior y que nunca goza de la tenencia o disponibilidad material de la mercancía, imponiéndosele en cambio a la parte accionante como SIA, una carga exagerada, como es, responder por lo consignado en ^{la} documentación que obtiene como tramitador; y poner a disposición de la administración ^{la} mercancía, frente a la que sólo actúa documentalmente, pues le está totalmente prohibido servir como depósito, transportador o consolidador de lo importado; violándose además por indebida interpretación, el art. 503 D. 2685 de 1999.

La Sala, precisando en lo anterior, y remitiéndose a los actos acusados, advierte como normas relevantes que motivan la decisión atacada, los artículos 3, 4, 10, 22, 26, 87, 121, 249, 258 y 503 del Decreto 2585 de 1999 y 531 de la Resolución No. 4240 de 2000, que estipulan:

"ARTICULO 3. RESPONSABLES DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante, en los términos previstos en el presente Decreto.

ARTICULO 4. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. La obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella.

ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA. Las Sociedades de Intermediación Aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras, serán responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

(...)

ARTICULO 26. OBLIGACIONES DE LAS SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA. Las Sociedades de Intermediación Aduanera en ejercicio de su actividad, tendrán las siguientes obligaciones:

a)...

b)...

b) **Responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, exportación, tránsito y demás documentos** transmitidos electrónicamente al sistema informático aduanero o suscritos en desarrollo de la actividad de Intermediación Aduanera, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22o. del presente Decreto;

ARTICULO 87. OBLIGACIÓN ADUANERA EN LA IMPORTACIÓN. La obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera a territorio aduanero nacional.

La obligación aduanera comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando lo requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.

ARTICULO 503. SANCIÓN A APLICAR CUANDO NO SEA POSIBLE APREHENDER LA MERCANCÍA. Cuando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso.

También se podrá imponer la sanción prevista en el inciso anterior, al propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de la operación, o a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, o a quien de alguna manera intervino en dicha operación, salvo que se trate de un adquirente con factura de compraventa de los bienes expedida con todos los requisitos legales. Si se trata de un comerciante, la operación deberá estar debidamente registrada en su contabilidad..."

Resolución No. 4240 de 2000, Artículo 531. Efectividad de garantías cuyo pago se ordena en un proceso administrativo sancionatorio. En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una Liquidación Oficial, se ordenará hacer efectiva la garantía, si a ello hubiere lugar y se notificará a la entidad garante. (Negritas de la Sala).

De lo anterior se deduce que la obligación aduanera de la sociedad actora en calidad de Declarante, nació a partir de la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional y comprendía, no sólo el cumplimiento de obligaciones como el pago de los tributos aduaneros suspendidos y la recepción de documentos soportes de la operación de comercio exterior en la cual intervino como facilitador de la labor de la administración, sino que era responsable además, dentro del marco de la objetividad de la labor encomendada, advertir irregularidades frente a los documentos soportes de la aludida operación, pues eventualmente, y a futuro, sería su labor como declarante la que sería sometida a control por parte de la correspondiente autoridad aduanera.

En ese orden de ideas, aún cuando una SIA en el marco de sus funciones y atribuciones no actúe como importador, dicha circunstancia no la exime de responder por las obligaciones propias de su labor como declarante e intermediario aduanero autorizado, pues entonces perdería sentido el hecho de que tome una póliza para amparar las obligaciones a estas sociedades encomendadas dentro de la correspondiente operación de comercio exterior; de manera que responde ante la Administración por la veracidad de la información que le suministre a aquella en todo documento relacionado con la mercancía objeto de la operación.

Tenemos entonces, que las SIAs - son personas jurídicas cuyo objeto social principal es el ejercicio de la Intermediación Aduanera, como actividad de servicio que auxilia la función pública aduanera, previa autorización de la DIAN, y a quienes les corresponde facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales en materia de importaciones, exportaciones, tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades, razón por la cual la ley las faculta para actuar como declarantes, en nombre y por encargo de los importadores, exportadores adelantando procedimientos y trámites de importación, exportación o tránsito aduanero, por lo que se entiende que conocen la norma aduanera, sus obligaciones y responsabilidades en cuanto a la materia. (D. 2685 de 1999, - Art. 14 y 15).

Bajo la anterior apreciación, es claro para la Sala que ASCOINTER S.A. NIVEL 1 debía atender responsabilidades y funciones propias de las Sociedades de Intermediación Aduanera, pues en dicha calidad actuó dentro de la actuación administrativa que somete a dirección judicial, y que además su intervención se verifica en el marco de una operación de importación; debiendo responder ante la DIAN, por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos suscritos por sus representantes acreditados.

El sustento de lo anterior se encuentra en los incisos primero y segundo del artículo 22 del mismo E.A, - vigente al momento en que se dio inicio a la actuación administrativa - así:

Las Sociedades de Intermediación Aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras, serán responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

El literal b art. 26 por su parte establece, que las Sociedades de Intermediación Aduanera, deben responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, exportación, tránsito y demás documentos transmitidos electrónicamente al sistema informático aduanero o suscritos en desarrollo de la actividad de Intermediación Aduanera.

En torno a lo anterior, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse, en los siguientes términos¹:

"SANCION ADUANERA / SOCIEDAD DE INTERMEDIACION ADUANERA - Obligada a verificar información que suministran los clientes

Es claro, entonces, para la Sala, que las sociedades de intermediación aduanera están en la obligación de verificar la información que suministran sus clientes sobre sus negocios y más aún sobre su propia existencia, con miras a establecer si la actividad que someten a la labor de las autoridades aduaneras guarda o no un objeto lícito y se ajusta a la ley. En consecuencia, el reproche a la actora consiste en no haber demostrado que ejecutó labores idóneas que le permitieran descartar que el importador estaba incurso en alguna actividad relacionada con el delito de lavado de activos, ni probó por ningún medio que hubiera aplicado un sistema de prevención de tal conducta, con la finalidad de evitar que la realización de la operación de comercio exterior fuera utilizada como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, para dar apariencia de legalidad a las transacciones y fondos vinculados con las mismas. Siendo ello así, era deber de ADUCOIN SIA LTDA, hacer uso de los mecanismos necesarios para determinar que la información suministrada por su cliente no era espuria, previo a continuar con los trámites de nacionalización de la mercancía declarada; de ahí que debe asumir las consecuencias por las obligaciones y responsabilidades que la normativa aduanera le impone en su calidad de auxiliar de la función pública aduanera. **En tal sentido, es claro para la Sala que la SIA debía responder por la exactitud y veracidad de todos los documentos presentados como soporte de la operación de comercio exterior ejecutada a nombre del importador...**" (Negrillas de la Sala).

Es así como puede extraerse, que dada la naturaleza jurídica, finalidad y objeto de las SIAs, auxiliares del Estado en la función pública aduanera, con claras obligaciones y responsabilidades en régimen de importación,

¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA C.P: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil doce (2012) Rad: 25000-23-24-000-2008-00171-01 Actor: ADUCOIN SIA LTDA. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia: APELACION SENTENCIA.

bien pueden responder por las infracciones administrativas aduaneras establecidas ante la imposibilidad de aprehensión de la mercancía objeto de declaración, toda vez que, conforme a los artículos 22, 23, 26 literal b), 502 y 503 del Estatuto Aduanero, las SIAs son responsables -entre otras, cuando actúen como declarantes autorizados -, de la veracidad o autenticidad de los datos consignados en las declaraciones de importación, así como en los demás documentos que presenten.

Así, muy a pesar de que las SIAs actúen en representación o como intermediario entre los particulares y la Administración Aduanera, deberán en todo caso verificar y constatar la veracidad de los documentos soporte que le son entregados por los interesados en el trámite de intermediación, que en el caso concreto se ejerce dentro de un proceso de importación, pues saltan a la vista sus funciones de auxiliares de administración aduanera, e intervención en la legalización de las mercancías que ingresan al país.

De manera que, si en virtud de un control posterior aduanero, - es decir, luego de haber operado el levante de la mercancía-, la Administración detecta una irregularidad en los documentos soporte de la importación, como sucedió en el presente caso-, siguiendo el trámite legal establecido Sección II del Capítulo XIV del Decreto 2685 de 1999, bien podía la DIAN ordenar la aprehensión y decomiso de la mercancía, particularmente en aplicación del numeral 1.25 del Art. 502 *Ibidem*, que dispone:

"ARTICULO 502. CAUSALES DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE MERCANCÍAS. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

(...)

1.25 *adicionado por el artículo 10 del Decreto 4431 de 2004.: Cuando dentro de los términos a que se refiere el numeral 9 del artículo 128 del presente Decreto, o dentro de los procesos de control posterior se determine que los documentos soporte presentados no corresponden con la operación de comercio exterior declarada o, cuando vencidos los términos señalados en los numerales 6 y 9 del mismo artículo no se presentaron en debida forma los documentos soporte que acreditan que no se encuentra incurso en restricción legal o administrativa"* (Negrillas de la Sala).

De tal suerte, que al no ponerse a disposición de la Autoridad Aduanera la mercancía importada presuntamente sin las exigencias legales, y ante la imposibilidad de su decomiso, que es la medida procedente por dicha causa, se debe imponer la exigencia del pago del 200% del valor de la mercancía, al tenor de lo dispuesto en el art. 503 del E.A. que establece:

"ARTICULO 503. SANCIÓN A APLICAR CUANDO NO SEA POSIBLE APREHENDER LA MERCANCÍA. Cuando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso.

También se podrá imponer la sanción prevista en el inciso anterior, al propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de la operación, o a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, o a quien de alguna manera intervino en dicha operación, salvo que se trate de un adquirente con factura de compraventa de los bienes expedida con todos los requisitos legales. Si se trata de un comerciante, la operación deberá estar debidamente registrada en su contabilidad..."
(Negritas de la Sala).

Así, lo que puede concluirse hasta aquí, es que la sociedad actora en su calidad de declarante y como sociedad de intermediación aduanera autorizada por el importador, bien podía ser sujeto pasivo de la sanción aduanera aplicada por la demandada en el presente asunto, existiendo fundamento legal para la sanción impuesta en los actos acusados, y por ende para que se mantenga la presunción de legalidad que recae sobre estos.

En lo que respecta a la facultad de la DIAN para sancionar al declarante, - encontrándose más sujetos involucrados en la operación, ha dicho el Consejo de Estado²:

*"Así las cosas, si las obligaciones aduaneras son **"de carácter personal"**, resulta lógico pensar que la responsabilidad que se derive de su*

² CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION PRIMERA-Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA-Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010)-Radicación número. 11001-03-27-000-2004-00081-00-Actor: PEDRO ENRIQUE SARMIENTO PEREZ Y MARTA YOLANDA OSPINA MESA-Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia ACCION DE NULIDAD.

incumplimiento participe igualmente de ese mismo carácter. **Por lo anterior, no es dable entender, tal como lo hacen los demandantes de manera equivocada, que la multa equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía a que alude la norma interpretada, deba ser asumido de manera conjunta por todos los responsables de las obligaciones aduaneras³ y menos aún que el legislador, al establecer el importe de dicha sanción, haya estado inspirado en el propósito de establecer un sistema de responsabilidad compartida, buscando que todos los que participaron en la infracción aduanera, concurren solidariamente en el pago de la multa.**

Eso sería tan extremo como entender que en los casos de coautoría en la comisión de un delito, el tiempo de privación de la libertad previsto como sanción deba distribuirse equitativamente entre los distintos implicados, o que habiéndose condenado a uno de ellos a la pena máxima prevista en el Código Penal para el respectivo delito, los demás queden exonerados de ir a la cárcel.

Resulta oportuno destacar que cuando el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, dispone que cuando no sea posible la aprehensión o decomiso de la mercancía la sanción a imponer será la de una multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la mercancía, no se está hablando propiamente de "obligaciones aduaneras", sino de las "sanciones aduaneras" derivadas del incumplimiento de tales obligaciones.

Para esta Corporación resulta claro que el precepto legal en cita consagra la posibilidad de aplicar individualmente esa misma multa a los distintos sujetos intervinientes en la respectiva operación de contrabando, pues en últimas, al establecer esa sanción pecuniaria, el legislador, antes que buscar el recaudo efectivo de los tributos aduaneros dejados de cancelar, lo que está haciendo realmente es dosificar la pena, buscando reprimir drásticamente la evasión y el contrabando, tomando en cuenta su incidencia negativa en la economía nacional y en el desarrollo del país" (Negritas de la Sala).

En ese orden de ideas, y descendiendo al caso aquí debatido, se tiene que la investigación sancionatoria que en el caso se estudia, obedeció a controles aduaneros posteriores adelantados por la Subdirección de Fiscalización Aduanera Grupo GIT RILO de la DIAN sector central - hecho que es aceptado por ambas partes-, y por los cuales se detectó una

³ Decreto 2685 de 1999, Artículo 3. Responsables de la obligación aduanera. De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante, en los términos previstos en el presente Decreto. Para efectos aduaneros la Nación estará representada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

presunta falsedad en los documentos de importación -factura de venta-, con los cuales se introdujo al País la mercancía declarada por la sociedad demandante.

No existe entonces duda para esta colegiatura, que en el presente caso la Administración Aduanera bien podía sancionar tanto al importador, como al declarante ASCOINTER S.A. NIVEL 1, por la infracción administrativa aduanera prevista en el artículo 503 en cuestión, pues esta última, actuó como Sociedad de Intermediación Aduanera en representación del importador, presentando la declaración de importación correspondiente, es decir, intervino en el trámite de legalización y posterior levante de la mercancía de origen extranjero.

Quedo demostrado igualmente que la DIAN a través del grupo GIT RILO, determinó que en los documentos soporte de las correspondiente declaraciones de importación, presentadas en su momento por la hoy demandante, existía una inexactitud, específicamente en la factura de venta internacional, dicha falsedad fue constatada por la Administración, entre otros documentos con:

Oficio traducido concerniente a exhorto 884 de fecha 14 de octubre de 2008, en la que el proveedor en el exterior TRANSAUTOMOBILE responde al cónsul de Colombia: *"En relación con el exhorto de la referencia, y a su solicitud escrita, confirmamos que hemos vendido estos vehículos e, igualmente, que las copias de los conocimientos de embarque corresponden a las que se expedieron para los vehículos que vendimos. Sin embargo, las copias de las facturas que nos remitieron no han sido emitidas por nuestra compañía. Esperamos haber respondido a su solicitud y quedamos a su entera disposición para toda información suplementaria"* Anexa con dicho escrito factura N° 471 en la que se identifica al importador, señor, JAVIER PALACIO por \$ 24 000 00 EUR en el marco de la negociación de la que se dio cuenta haber celebrado, mediante declaraciones de importación con autoadhesivo N° 23831012589119 (F. 103 a 108).

Del anterior material probatorio, obrante en el expediente administrativo aportado al proceso por la entidad demandada, se infiere que la factura aportada como soporte de la declaración de importación por valor FOB de **20. 400.00** no corresponde a la realidad, en la medida en que el proveedor en el exterior da cuenta de que la misma no fue emitida por él; partiendo entonces la DIAN de la aportada como anexo a través del GRUPO RILO, es decir la N° 471 – además no controvertida en cuanto a lo que en ella se consigna – por valor de **\$ 24 000 00 EUR** en la fecha en que se produce la operación. Es decir que si existió relación comercial en el exterior entre TRANSAUTOMOBILE S.A., y el importador Colombiano JAVIER ENRIQUE PALACIO CHAMIE, sin embargo la factura aportada como soporte no corresponde a la operación indicada.

En virtud de lo anterior, y como resultado del control posterior de fiscalización, la Administración aduanera debía ordenar tanto al importador como al declarante - parte demandante-, poner a disposición de la DIAN la mercancía declarada ilegalmente, al haberse configurado la causal de aprehensión y decomiso prevista en el numeral 1.25 del Art. 502 del Decreto 2685 de 1999; posteriormente, expidió los requerimientos ordinarios correspondientes contra el importador GENERAL DE IMPORTACIONES LTDA. y el declarante DINAMICA SIA LTDA., por los cuales se les ordenaba poner a disposición de la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Cartagena la mercancía descrita en la declaración de importación inicial; toda vez que la mercancía descrita en las citadas declaraciones estaba incurso en causal de aprehensión establecida en el numeral 1.25 del Art. 502 del D. 2685/99.

No obra prueba en el plenario, de que quienes intervinieron en la operación de importación, pusieran a disposición de la DIAN la mercancía declarada, y que se encontraba circulando de manera ilegal en el país, por lo que se debió imponer la exigencia del pago sobre el valor de la mercancía, tanto al importador como al declarante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, tal y como se dispuso en los actos acusados.

Concluye igualmente la Sala, que no podía la DIAN obrar de distinta forma, pues con la medida adoptada, buscó sancionar el actuar que alteró el orden económico nacional, vulnerado, al haberse ingresado al país una mercancía de manera irregular; situación ésta que pudo preverse por parte de la SIA que actuó como declarante en la correspondiente operación, si hubiere verificado – tal y como le competía - la presentación de la declaración de importación respectiva con sus documentos soportes, dentro de los cuales estaba la factura comercial del caso, máxime siendo conocedora del riguroso control y el tecnicismo que se impone observar en estos casos, y que son requeridos en el manejo y tráfico de toda mercancía importada.

Se advierte también, que dentro del expediente administrativo no existe prueba que indique que la parte actora ejerció previamente a la decisión que demanda, un control sobre la autenticidad de los documentos soporte de la importación, tales como verificación de la supuesta transacción que descansa en la factura objeto de reproche, e información de las transacciones comerciales ejecutadas por el proveedor internacional, entre otras medidas, con las cuales hubiera podido acreditar un actuar diligente acorde con sus funciones de declarante.

En resumen, saliendo avante la conducta que se le imputa a la parte demandante desde los actos acusados y que por tanto no se configuró violación de norma alguna para sustentar la ilegalidad de los actos acusados, la Sala confirmará la decisión de primera instancia proterida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de esta ciudad.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 004 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013), por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0005
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: NOHEMY PACHECO DE LA ROSA
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2003-00770-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Diciembre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 330 - 72013

TEMA: SUPRESIÓN DE CARGOS - DADIS

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-23-31-003-2003-00770-01
Demandante: NOHEMY PACHECO DE LA ROSA
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora NOHEMY PACHECO DE LA ROSA instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DISTRITO DE CARTAGENA para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se declare la nulidad del acto administrativo de carácter general y particular, es decir "mixto", denominado "DECRETO N° 0010 de 2002", fechado enero 13 de 2003, "por medio el cual se establece la Planta de Cargos de la Alcaldía de Cartagena D., T., y C., se eliminan unos cargos y se crean otros" proferido

por el Alcalde de Cartagena de Indias, que suprimió el cargo de la actora como Promotora de Salud, al servicio del Distrito de Cartagena de Indias.

A título de restablecimiento del derecho, reclama la demandante su reintegro al cargo que desempeñaba al momento de su retiro o a otro de igual o superior categoría; se condene a la demandada a pagar a todos los salarios, prestaciones sociales y demás adehalas de carácter laboral dejados de devengar durante el término de su desvinculación, declarando que para todos los efectos laborales no existió solución de continuidad en el servicio; al pago de todos los rendimientos financieros que por concepto de ajustes al peso e intereses se generen, mes a mes, por la omisión en los pagos laborales como consecuencia del retiro ilegal de la actora, todo lo anterior conforme a lo dispuesto en los arts. 176 y 177 del C.CA.

Finalmente, reclama se condene en costas al Distrito de Cartagena de Indias.

HECHOS RELEVANTES

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expuso que prestó sus servicios al Distrito de Cartagena de Indias ininterrumpidamente desde el 26 de febrero de 1990, hasta el 20 de enero de 2003, fecha en la que fue retirada del servicio por supresión de su cargo, siendo su último cargo en la entidad el de Promotora de Salud código 541 grado 2 y que la comunicación de tal retiro se produjo el 20 de enero de 2003.

El acto demandado fue expedido con falsa motivación y desviación de poder, que durante todo el tiempo de la relación laboral observó buena conducta, y prestó personalmente el servicio sin ningún tipo de observación por parte de superiores y la causa de retiro no obedeció a procedimiento disciplinario previo.

Que el día 14 de mayo de 2003, se presentó demanda de simple nulidad contra el mismo acto administrativo que suprimió el cargo del actor, decreto 0010 de 2002, acto en el que se relacionaron algunos antecedentes que originaron la expedición del mismo, pero sin atender la reglamentación legal vigente para modificar las plantas de personal; limitándose a expresar que se

elaboraron los estudios de ley, que se adoptó la nueva planta de personal, unificándose la planta global de la Alcaldía de Cartagena con la planta de cargos del Dadis; que se modificó la planta de personal creándose algunos cargos y eliminándose otros, que de acuerdo al estudio económico realizado, el Distrito no cuenta con los recursos financieros para mantener la totalidad de los empleos por lo que se hace necesario eliminar unos cargos de la planta de personal, que la selección de funcionarios que continuaran vinculados a la planta como técnico de saneamiento, se efectuará teniendo en cuenta la fuente de financiación de los recursos que permiten el pago del salario asignado al cargo, el fuero sindical, desempeño laboral y hoja de vida, entre otras.

Afirma que no existen estudios técnicos elaborados para modificar la planta de cargos de la Alcaldía de Cartagena, que sirvan de sustento para la modificación que se hizo, y que el existente no reúne requisitos mínimos de un real estudio técnico.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Código de Procedimiento Civil artículo 170 numeral 2.
- Constitución Nacional artículos 1, 2, 6, 122, 123, 209 y 305.
- Ley 443 de 1998 artículo 41
- Decreto 1572 de 1998 artículo 148 y 149.

El concepto de la violación se soporta, básicamente, en el siguiente argumento que se expone en el escrito de adición y corrección a la demanda (fl. 81 y ss):

1. **Violación de la legalidad** por omitir cumplimiento de los requisitos necesarios para la expedición del acto administrativo impugnado, señalando como sustento de lo anterior cita precepto doctrinal referente a la actividad reglada y discrecional, concluyendo su premisa en el hecho de que la reforma o modificación de plantas de personal es una actividad perfectamente reglada que impone la observancia de la totalidad del marco jurídico aplicable, y en el caso concreto no se realizaron los estudios

técnicos pertinentes a la reforma o modificación, y el estudio económico efectuado para la reestructuración, se hizo de manera irregular, confundiéndose tal estudio con los estudios técnicos necesarios para reformar las plantas de personal de las entidades territoriales.

2. **Falsa motivación** el que soporta afirmando que al no existir estudio técnico que hubiera demostrado las necesidades del servicio, ni mucho menos las razones de su modernización que hicieran necesaria la supresión del cargo que ocupaba la actora.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El DISTRITO DE CARTAGENA concurrió al proceso debidamente representado por apoderado judicial constituido al efecto, quien oportunamente se opuso a las prosperidad de las pretensiones de la actora; manifestando que el Decreto 0010 de 2002, reúne todos los requisitos señalados en la ley y además cuenta con un estudio técnico que soporta la necesidad de suprimir algunos cargos en el DADIS, tales como el de Promotora de Salud y otros más.

Señala que el estudio técnico que se aporta reúne los requisitos señalados en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, artículos 148 y 149 del Decreto 1572 de 1998.

Propone como excepciones las siguientes: i) Inexistencia de nulidad del acto administrativo acusado e ii) Inexistencia del derecho invocado.

III. CAMBIO DE COMPETENCIAS

En desarrollo de las previsiones contenidas en el Acuerdo PSAA06-3345 de 2006 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se crearon los juzgados administrativos en el territorio nacional, el proceso de la referencia fue remitido al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por competencia, y posteriormente, en desarrollo del Plan de Descongestión adoptado para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el presente proceso fue redistribuido al Juzgado Primero

Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena quien adelantó la primera instancia en este asunto.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 17 de mayo de 2013, el Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia concediendo las pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

"FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de los artículos 1º y 4º del Decreto 0010 del 13 de enero de 2003, proferido por el Alcalde Distrital de Cartagena en cuanto suprimió el cargo ocupado por la demandante en la planta de personal de la entidad accionada.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento de derecho, se ordena al Distrito de Cartagena a reintegrar a la demandante NOHEMY PACHECO DE LA ROSA, en el cargo de Auxiliar en Salud Código 512 Grado 05, o en uno similar o superior al suprimido.

TERCERO: Condenar al Distrito de Cartagena, como indemnización, apagar a favor de la demandante los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones y demás derechos laborales y prestacionales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta que sea efectivamente reintegrada, sumas que deberá reajustar la condenada en los términos del artículo 178 del C.C.A., y que se indexarán a valor presente con la fórmula descrita en la parte motiva de esta providencia. De estos valores, se deducirá el valor de la indemnización por supresión de cargo si la hubo.

CUARTO: Declarar que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante.

(...)."

Como fundamento de la sentencia, el Juez consideró que la propuesta técnica que fue aportada al expediente para motivar la reestructuración acometida en el Distrito de Cartagena a través del Decreto 010 del 13 de enero de 2003, no se ajustó a las exigencias legales reglamentarias que exigían de dicho documento una metodología de diseño organizacional y ocupacional que contemplara por lo menos un análisis de la carga laboral, perfil de los empleos, evaluación de las funciones, procesos técnicos

misionales y de apoyo, aspectos que fueron obviados en el estudio realizado por la accionada, sin que sea de recibo la simple intención de racionalizar el gasto de funcionamiento.

Señala que se puede avalar el hecho que se haya dispuesto el retiro del servicio de la actora, si que objetivamente estuviera satisfecho el requisito del estudio técnico, pues sería desconocer el derecho preferencial a ser tenida en cuenta en la nueva planta de personal.

Agrega que es evidente que disponer la supresión del cargo de la actora sin contar con un estudio técnico y completo y serio, no pudo perseguir una mejora del servicio, por lo que corresponde declarar la nulidad parcial del acto acusado y ordenar el reintegro a un cargo de igual o superior naturaleza al que le fue suprimido y se condenará al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde que fue desvinculada hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, a través de su apoderada judicial, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2013, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, reclamando su revocatoria.

Como sustento de tal recurso señala que, el Decreto 0010 de enero de 2002 contiene la exposición de las razones que llevaron a la administración distrital a adoptar las medidas de reestructuración de su planta de personal, esas razones provienen de un profundo análisis y de los estudios técnicos y económico hechos en el área de la salud que permitió identificar la necesidad de implementar una serie de cambios con el fin de que el DADIS cumpliera a cabalidad con su misión, entre ellos la supresión de ciertos cargos como el de la accionante.

Afirma que la motivación del acto acusado se ajusta a las directrices que señala la Ley 443 de 1998 que cubija a las reformas de planta de personal

realizadas antes del año 2004, de manera que la supresión del empleo de la accionante así como de otras personas obedeció a razones técnicas y no a decisiones arbitrarias que rompan con la legalidad del acto demandado.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 16 de septiembre de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 3 cdno 2); y, con providencia adiada en octubre 7 de esta misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 6 cdno 2), oportunidad que fue aprovechada por la parte demandada, pues la parte actora guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

Alegatos de la parte demandada: Afirma que la crisis financiera del Distrito y la necesidad de racionalizar el gasto público implicó reorganizar su recurso humano y a su vez suprimir determinados empleos, situación que es importante tener en cuenta porque atiende lo dispuesto por la Ley 617 de 2000, en cuanto a saneamiento fiscal y con la que debe armonizarse la Ley 443 de 1998.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 17 de mayo de 2013, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso el demandado tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la no reformatio in pejus (artículo 31 de la Constitución Política).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar la legalidad del Decreto 0010 del 13 de enero de 2003, por medio del cual se suprimieron unos cargos en la planta de personal del Distrito de Cartagena, entre ellos el de la accionante

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida será confirmada, toda vez que al no demostrarse en el proceso por el Distrito de Cartagena, que la decisión de suprimir cargos de la planta de personal de esa entidad, se soportó en un estudio técnico con el lleno de requisitos establecidos en la Ley 443 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1572 de 1998 modificado por el Decreto 2504 del mismo año.

La anterior tesis se funda en los argumentos que a continuación se exponen.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se demanda la nulidad del Decreto 0010 de 2003 "Por el cual se establece la Planta de Cargos de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias D.T y C, se eliminan unos cargos y se crean otros", expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias el 13 de enero de 2003, tal acto suprimió de la planta de personal del Distrito de Cartagena el cargo de Promotora de Salud Código 541 grado 02 que desempeñaba la señora NOHEMY PACHECO DE LA ROSA (fls. 12-19).

Se trata de un acto administrativo de carácter definitivo, que modifica situaciones jurídicas particulares y concretas, respecto del cual no se dio al actor la oportunidad de interponer recurso alguno en sede gubernativa, por lo que, conforme a las previsiones del artículo 135 del C.C.A., se encuentra habilitada esta jurisdicción de lo contencioso administrativo para ejercer el control de legalidad sobre el mismo.

✓ De la supresión de empleos de carrera administrativa

La supresión de empleos en el sector público es un mecanismo de administración de personal, mediante el cual la autoridad competente procede a eliminar de la planta de personal de un determinado organismo,

una o varios cargos, circunstancia que comporta la separación del mismo de la persona que lo estuviere desempeñando y, por ende, la cesación en el ejercicio de funciones públicas.

El Constituyente se refirió a dicho instituto jurídico en distintos cánones, señalando en cada caso la autoridad facultada para ejercer esa potestad, de acuerdo con el nivel al que pertenezca el cargo. Por ejemplo: para los empleos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, le corresponde al Presidente de la República (art. 189-14); para los empleos de la Rama Judicial al Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257-2); para los empleos del orden Departamental a los Gobernadores (Art. 305-7); y para los empleos del orden Municipal a los Alcaldes (Art. 315-7); en todo caso, la competencia para suprimir empleos habrá de ejercerse con sujeción, en su orden, a las leyes, ordenanzas o acuerdos correspondientes y dado el equilibrio de poderes que caracteriza a nuestro Estado.

Ahora bien, tratándose de la supresión de empleos de carrera administrativa, debe decirse que el sistema de carrera otorga a los empleados escalafonados en ella, estabilidad en el empleo, pero ello no significa que el Estado deba mantener indefinidamente los cargos creados, pues pueden existir evidentes razones y necesidades que justifiquen la supresión de los mismos.

El derecho adquirido a la estabilidad en el empleo de que gozan quienes pertenecen a la carrera administrativa, *no impide que la Administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que estos deben ceder ante el interés general*¹

De acuerdo con lo anterior, ha de concluirse que la supresión de empleos es una competencia constitucional y legal que, per se, no puede tenerse como violatoria de norma alguna y frente a la cual, una vez ejercida, los afectados

¹ Sentencia C-527/94 M P Alejandro Martínez Caballero

pueden acudir al control de legalidad por la vía judicial condicionándose el éxito de su demanda a la prueba de la ilegalidad del acto de supresión.

La Ley 443 de 11 de junio de 1998² reglamentada por el Decreto Nacional 1572 de 1998, aplicable al caso del actor³, dispuso:

Artículo 41°.- Reforma de plantas de personal. Declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 370 de 1999 Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la Rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y **basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.**

Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. **Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.** Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-994 de 2000

Parágrafo.- INEXEQUIBLE, Sentencia C. Constitucional 372 de 1999.

De lo anterior se colige, que es obligación motivar expresamente los actos sobre reformas de plantas de personal, que impliquen supresión de cargos y la finalidad de esa exigencia legal, es preservar los derechos de los empleados de carrera.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1572 de 1998 modificado por el Decreto 2504 de diciembre 10 de 1998 establece:

Artículo 148°.- Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las **necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la**

² Derogada por el art. 58, Ley 909 de 2004, con excepción de los arts. 24, 58, 81 y 82

³ Desvinculado del cargo por haberse suprimido el 13 de enero de 2003 - 17 de enero 2003. Se le notifica tal decisión

institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.

"Artículo 149°.- Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación, supresión o reclasificación de empleos con ocasión de:

1. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
2. Supresión, fusión o creación de dependencias.
3. Modificación de las funciones generales institucionales o de las dependencias.
4. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
5. Eliminación, simplificación o creación de procesos o trámites.
6. Eliminación o reducción de prestación de servicios o la creación de nuevos servicios.
7. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
8. Introducción de tecnología.
9. Culminación o cumplimiento de planes, programas, proyectos o funciones cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajustan al desarrollo de nuevos planes, programas, proyectos o funciones de la entidad.

"Artículo 150°.- Los estudios técnicos de modificación de plantas de personal podrán ser desarrollados por equipos interdisciplinarios conformados por el Jefe de la entidad con personal de la misma, o por la Escuela Superior de Administración Pública, o por firmas especializadas o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas con los procesos técnicos misionales y administrativas.

Artículo 154°.- Los estudios que soportan las modificaciones a las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen como mínimo:

1. Análisis de las implicaciones derivadas de la transformación de la misión u objeto social de la institución y de las funciones generales.
2. Análisis de los procesos técnico - misionales y de apoyo.
3. Evaluación de la prestación de los servicios.
4. Evaluación de las funciones asignadas a los empleados.
5. Cargas de trabajo.
6. Análisis de los perfiles de los empleos.

El reglamento anterior, regula en detalle la motivación basada en necesidades del servicio, indicando las distintas situaciones que pueden presentarse y reafirmando en síntesis, que la motivación de los actos de supresión de empleos de carrera, es netamente reglada, de manera que no le está permitido a las entidades para las que aplique las normas transcritas, apartarse de lo sujeto en ellas.

Así las cosas, bajo la guía de las normas y precedente anteriormente aludidos, se revisará el caso concreto, centrándose nuestra atención – de conformidad a los argumentos del apelante – a la verificación de haberse observado o no un procedimiento previo concretado en un documento que aplique como estudio técnico, de acuerdo a la normativa transcrita.

EL CASO CONCRETO

La Sala por tanto desciende al caso concreto y específicamente al acervo probatorio, el cual está compuesto por las siguientes piezas procesales, relevantes en lo que exalta nuestro interés, para la solución del problema debatido:

- Copia auténtica del acto acusado Decreto No. 0010 de enero 13 de 2003, mediante el cual la entidad demandada establece la nueva planta de cargos de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C. se eliminan unos cargos y se crean otros, suprime los no establecidos en ella. (fl. 49-56)
- Copia simple allegada por la entidad demandada con la contestación de la demanda del Proyecto de Reestructuración del Departamento Administrativo Distrital de Salud – Comparativo de factibilidad económica, expedidos por la Dirección del DADIS en octubre 3 de 2002 y noviembre 1º de 2002 (fls. 106-116)

El primero de los anteriores documentos, contiene una relación de los cargos del Departamento Administrativo Distrital de Salud, con especificaciones, en cuanto al código, grado, cantidad, sueldo y valor anual; un cuadro comparativo del plan de cargo actual con alternativas propuestas y en general un plan de cargos propuestos.

En el segundo de los documentos se plasma una introducción, justificación, misión y visión en lo que se denomina Proyecto de Reestructuración del Departamento Administrativo Distrital de salud, describiendo la estructura administrativa de esa dependencia distrital, objetivo del proyecto, descripción y análisis de la situación actual, señalando debilidades, oportunidades, fortalezas, amenazas, recomendaciones de gestión y de actos administrativos, concluyendo en una exposición de motivos que dan cuenta de la imposibilidad de seguir asumiendo con recursos ordinarios, el

pago de los técnicos de saneamiento y promotoras de salud del DADIS para el año 2003, por lo que se considera que el DADIS debe aplicar una reestructuración administrativa.

Se advierte además, que en el acápite denominado *ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL – DEBILIDADES*, el ítem 5, se pone de manifiesto la deficiente planta de personal para el ejercicio de las competencias en materia de vigilancia en aseguramiento, prestación de servicios y manejo de los recursos financieros en el régimen subsidiado, lo cual denota una contradicción a la recomendación final expuesta.

Así, de lo anterior podemos tener como demostrado, en torno a la *situación jurídica de la demandante*, que estuvo vinculada al Distrito de Cartagena, incorporada mediante Decreto No. 626 del 14 de agosto de 1991, tal como consta en el certificado remitido por la Directora Administrativa de Talento Humano del Distrito de Cartagena (fl. 159), hasta que se decide suprimir el cargo de Promotora de Salud, Código 541, grado 02; que el Alcalde Mayor con el acto acusado alteró la estructura de la administración, estableciendo una nueva planta de cargos, creando y suprimiendo empleos de la administración, bajo consideraciones de haberse elaborado los estudios de que tratan los artículos 41 de la Ley 443 de 1998, 148 y 154 del Decreto 1572 de 1998 modificado por el artículo 9 del Decreto 2504 de 1998, y en los que se concluye que el Distrito no cuenta con los recursos financieros para mantener la totalidad de los empleos señalados, por lo que se hace necesario eliminar unos cargos de la planta de personal.

Sin embargo, del análisis de los documentos que se toman por el ente demandado como constitutivos de los estudios técnicos, comparando su contenido con la exigencia legal arriba transcrita – esto es artículo 154 Decreto 1572 de 1998 -, resulta fácil establecer que no se cumplió a cabalidad con el mínimo de las exigencias allí preceptuadas, pues no se evidencia ningún acápite destinado por ejemplo al análisis de la evaluación de la prestación de los servicios, de las funciones asignadas a los empleados y de las cargas de trabajo con las que estos contaban, advirtiéndose igualmente una deficiencia en cuanto a la forma como se intentan abordar las implicaciones derivadas de la transformación de la misión u objeto social de la institución y sus funciones generales. De tal suerte que se trata de unos

documentos que tocan de manera genérica la situación de dificultad para sostener en la dependencia distrital DADIS a empleados que ocupaban el cargo de técnicos de saneamiento y promotoras de salud, sin ahondar en mayores razones, como aquellas previstas en la norma.

Sobre este punto, ha tenido oportunidad de pronunciarse el Consejo de Estado⁴, dejando sentada su posición, tal y como lo consignó en el siguiente pronunciamiento:

"Para la fecha de expedición de los actos acusados, por los cuales se modificó la planta de personal del Departamento de Antioquia y se determinó el retiro del actor, se encontraba vigente la Ley 443 de 1998 y su artículo 41 ya había sido reglamentado por el Decreto 1572, precepto que prevé los parámetros y procedimientos para la modificación de plantas de personal, modificado a su vez, en algunas de sus disposiciones, por el Decreto 2504 de 1998. Tratándose de supresión de empleos de carrera administrativa, las referidas disposiciones legales consagran, como exigencia previa y para ese particular proceso, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma a las plantas de personal. Se trata entonces de una formalidad, como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inobservancia genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que le siguen, en tanto se configura una expedición irregular. Ahora bien, en cuanto a los estudios técnicos el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998 prevé que según la causa que origine la necesidad de fusionar, suprimir o crear cargos o dependencias, dentro de la estructura de la entidad, y sobre cuáles de ellos recaerán tales medidas, los estudios técnicos deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional, e incluir por lo menos el análisis de alguno de los aspectos relacionados en la norma, es decir, que debe contener análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios, y/o evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos. Sin embargo en los documentos mencionados no se encuentra acreditado que haya existido análisis de alguno de los puntos establecidos por el artículo 154 del Decreto 1572 de 2001, pues de su contenido no se deduce que aquellos puntos hayan sido objeto de estudio y aunque se habla del diagnóstico de la situación actual no se indica qué aspectos se contemplaron, para llegar a la conclusión de la necesidad de supresión de cargos. FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 / DECRETO 1572 DE 1998"

Todo lo anterior demuestra una circunstancia que hace anulable el acto demandado, al desconocerse uno de los presupuestos consagrados en la Ley 443 de 1998, que derivan en una expedición irregular del decreto acusado, siendo claro para la Sala que los estudios adelantados por la

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02280-02(1246-10) Actor: JOHN JAIRO CARO CARDENAS Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Dirección del DADIS, no pueden entenderse como unos estudios técnicos a la luz de la Ley 443 de 1998, pues como antecedentes del acto administrativo acusado, no respaldan la decisión de la administración contenida en el acto que se acusa.

Llama la atención de la Sala, que el acto administrativo en sus consideraciones se refiere a estudios económicos realizados por la Subdirección Administrativa del Departamento Administrativo de Salud Distrital DADIS, y los documentos analizados son expedidos por la Directora de dicho ente, lo cual hace aún más reprochable el actuar de la parte demandada, pues a todas luces es claro que su defensa se sustenta en lo aportado a folios 97 a 116, de modo que, la inexistencia de lo referenciado en el acto acusado, habla igualmente de una falsa motivación.

Así no le queda a la Sala más que concluir, que la administración distrital no contó con un real estudio técnico en los términos exigidos por la ley, situación que hace viable el retiro del ordenamiento jurídico, de la decisión que afectó la situación laboral y particular de la demandante, tal y como lo adoptó el Juez de primera instancia; por lo que deberá confirmarse la decisión apelada.

COSTAS

Atendiendo las previsiones del art. 171 del C.C.A., en la forma como fue modificado por el art. 55 de la Ley 446 de 1998, al no advertirse temeridad alguna en la actuación desplegada por la parte demandada, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sal de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de primera instancia proferida el día 17 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que accedió a

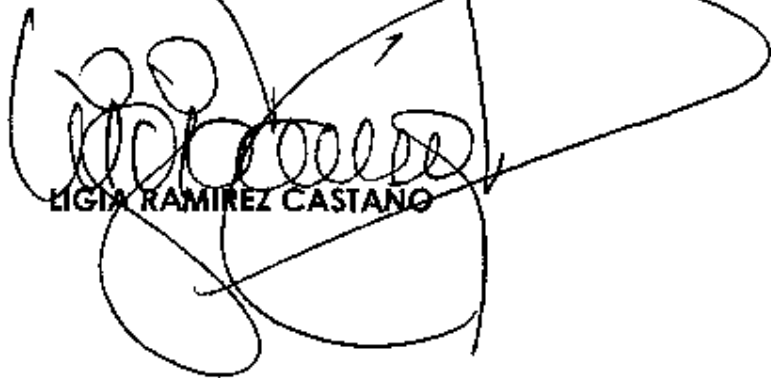
las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTANO



JORGE EMICER FANDINO GALLO

DLBT



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SECRETARIA GENERAL**

**E D I C T O N° 0006
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ISABEL BUSTOS DE LARRAZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2011-00091-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Diciembre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 329 /2013

2ª Instancia

Tema: Sanción moratoria en el pago de cesantías definitivas

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-007-2011-00091-01
Demandante: ISABEL BUSTOS DE LARRAZ
Demandado: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora ISABEL BUSTOS DE LARRAZ instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo en que incurrió la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, al no contestar dentro del término de tres meses la solicitud de fecha 20 de enero de 2010 en donde se solicita el pago de los salarios moratorios a la demandante por la demora presentada en el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, se condene a las demandadas al pago de \$15.556.233 suma que resulta de multiplicar un día de salario de la actora por cada día de retardo que hubo para pagarle sus cesantías definitivas que fueron 218 días después de la presentación de la solicitud para el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, mas la indexación monetaria de esta suma de dinero.

HECHOS

En apoyo de sus pretensiones, la demandante narra los siguientes hechos relevantes:

La actora afirma que laboró para el Departamento de Bolívar- Secretaría de Educación desde el 19 de enero de 1973 y desvinculada mediante acto administrativo No. 424 de 20 de junio de 2008 y tenía una asignación básica mensual de \$2.140.766.

Señaló que el día 30 de octubre de 2008, la actora presentó solicitud de reconocimiento y pago de su cesantías definitivas, la cual fue resuelta a través de la Resolución No. 1726 de junio 6 de 2009, notificada personalmente el día 3

de julio de 2009, por lo que a su juicio existe un retardo en el pago de 218 días hábiles.

Manifiesta que mediante petición radicada en la entidad demandada, el día 20 de enero de 2010, la actora solicitó el pago de los salarios moratorios por la demora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, sin que a la fecha de presentación de la demanda, hubiese obtenido respuesta alguna.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Nacional: Arts. 1, 2, 13 y 25.
- Ley 244 de 1995 arts. 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006, arts . 4 y 5.

Como argumentos en el concepto de violación de la norma, manifiesta que la demandada viola el artículo 13 de la Constitución Nacional o derecho a la igualdad, ya que a los demás trabajadores del Estado a los cuales una entidad se demore en el plazo otorgado por la ley en el pago de sus cesantías parciales o definitivas deberán pagarle la sanción establecida en ella.

Señala que igualmente se viola el artículo 25 de la Carta, que consagra el derecho al trabajo como una obligación social, además las cesantías forman parte de las prestaciones sociales y estas a su vez forman parte del derecho al trabajo, al no pagarla se viola dicha disposición.

Afirma que en el ordenamiento legal se violan las normas consagradas en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, artículos que consagran los términos que tiene las entidades públicas para reconocer las cesantías parciales o definitivas de un trabajador del Estado y las sanciones en caso de mora de los términos consagrados en ellas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

III. SENTENCIA CONSULTADA

La Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO: *Declarase la nulidad del Acto Presunto Negativo, que se generó como consecuencia del silencio Administrativo constituido respecto del derecho de petición radicado por la actora, ISABEL BUSTOS DELARRAZ en el Departamento de Bolívar el 20 de enero de 2010.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho CONDÉNASE al MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor de la señora ISABEL BUSTOS DE LARRAZ una indemnización moratoria de que trata el Parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de la misma, desde el día 22 de enero de 2009 y hasta el 2 de julio de 2009, para un total de ONCE MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS CON 6/100 (\$11.560.125,6) (sic), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia*

TERCERO: *Negar las demás pretensiones formuladas en la demanda. (...)"*

Estimó la Juez a quo, que la entidad demandada no contestó la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva elevada por la actora dentro del término establecido en el artículo 1º de la Ley 244 de 1995, esto es, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, que lo fue el 30 de octubre de 2008 y los 15 días se vencieron el 24 de noviembre de 2008 y solo hasta el día 6 de junio de 2009, la entidad demandada expidió la resolución de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva solicitada.

Afirma que existe una violación a las disposiciones contenidas en la Ley 244 de 1995, al no pagar dentro del término establecido para ello, por lo tanto procede a reconocer la sanción moratoria que se causo como consecuencia del retardo en el cumplimiento y pago de la cesantía definitiva a la demandante.

Señala que con respecto a verificar desde y hasta cuando empezaron a contarse la mora en el pago de las cesantías, la jurisprudencia indica que debe contabilizarse desde el día siguiente al vencimiento de los 65 días de que disponía la entidad para el pago, que en caso concreto es desde el 22 de enero de 2009.

Agrega que con relación a la solicitud de indexación, será negada por cuanto la intención de la sanción moratoria ha sido precisamente establecer un mecanismo para resarcir los detrimentos patrimoniales que hubieren de padecer los servidores o ex servidores públicos a quienes no se les cancele en tiempo sus cesantías, para lo cual además, los ha tasado en forma anticipada en el monto preceptuado en el parágrafo del artículo 3 de la Ley 244 de 1995.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 29 de julio de 2013, esta Corporación aprehendió el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo establecido en artículo 184, inciso 4 del C.C.A., dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 125-126).

En esta oportunidad procesal la parte demandante guardó silencio, la demandada MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO alegó de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Alegatos de la Nación -Ministerio De Educación- Fondo Nacional De Prestaciones Del Magisterio: Señala la apoderada de la entidad demandada que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente a la demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

V. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que a su tenor dispone:

"ART. 184. Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectúe una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado." (Negrillas y subrayas de la Sala)

En esas condiciones es necesario previamente verificar si se dan los presupuestos legales para ello, tratándose de un asunto contencioso de carácter laboral, donde la sentencia de primera instancia impuso condena a cargo de la entidad pública, procede constatar si la demandada durante la respectiva actuación no ejerció defensa alguna de sus intereses.

Así se observa que la demandada Departamento de Bolívar y la Nación - Ministerio De Educación- Fondo Nacional De Prestaciones Del Magisterio fueron notificadas personalmente del auto admisorio de la demanda el día 28 de noviembre de 2011 (fl. 33 y 34) y fijada en lista entre el 19 de enero al 1 de febrero de 2012 (fl. 19 rvso.), observando la Sala que, las entidades demandadas no contestaron la demanda y no presentaron sus alegaciones finales.

Determinada la procedencia del grado de consulta, esta Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, analizará la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena el 30 de abril de 2013.

CADUCIDAD.

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta, que se somete a estudio de legalidad un acto administrativo ficto o presunto por silencio negativo, que por su naturaleza puede demandarse en cualquier momento, no encontrándose sujeto a caducidad.

PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora ISABEL BUSTOS DE LARRAZ, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión modificará la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, toda vez que, se partió de un conteo errado de los 65 días hábiles a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria a favor de la actora.

La tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se demanda la nulidad, del acto ficto presunto que se constituyó ante el silencio de la administración, frente a la petición radicada el día 20 de enero de 2010 (fl. 12-13), y de la cual se entiende la negativa del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de reconocer el pago de la sanción moratoria ante el tardío reconocimiento de sus cesantías definitivas; acto que al impedir el ejercicio de recursos en sede administrativa, habilitan a la demandante para reclamar el estudio de legalidad del mismo ante esta jurisdicción, como lo prevé el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo.

MARCO NORMATIVO

La Ley 244 de 1995¹, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, señala:

¹ Modificada por la Ley 1071 de 2006.

"Artículo 1. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne los requisitos determinados en la ley.

"Artículo 2. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

De los artículos transcritos, se deduce, que si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, la entidad pública obligada al pago, dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación definitiva de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria de dicho acto, para proceder a su pago.

Como se ve, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: Uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro el momento del pago del mismo previamente liquidado.

La indemnización moratoria que regula la Ley 244 de 1995, se causa cuando la administración cae en mora en el pago del auxilio de cesantías que se ha reconocido en un acto administrativo en firme, o que no habiéndolo reconocido fue solicitado oportunamente.

El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de

salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

Sobre la mora en el pago de las cesantías, se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2007. M.P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante, Exp. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (1J), así:

"Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria."

De conformidad con la normatividad transcrita y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se concluye²:

1. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas;
2. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de esta ley es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, aquella donde laboró el ex empleado, y por lo tanto, según la norma, es aquella a quien se le concede un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada;

² CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. No. 4897-01, MP Dr Tarsicio Cáceres Toro, precisa la forma de contabilizar los términos señalados en la anterior norma, ante la ausencia de pronunciamiento de la administración en relación con el pago de las cesantías definitivas.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente No. 2777-04. M.P. Dr JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, al respecto ha hecho igual precisión.

3. La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en una resolución correspondiente a la petición de la persona interesada, entendiéndose retirada, para lo cual la entidad donde prestó sus servicios - liquidadora- tiene un término de quince (15) días hábiles para emitirla. Por lo anterior debe entenderse que las entidades diseñan o señalan mecanismos para que los interesados hagan la solicitud pertinente en relación con la prestación que corresponde a su retiro de la entidad empleadora;
4. La entidad pagadora debe realizar la cancelación de los valores liquidados por este concepto dentro del término de los 45 días hábiles de que trata el artículo 2º precedente so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Lo probado:

- La actora laboró para la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar desde el 19 de enero de 1973 hasta el 20 de junio de 2008, fecha en que fue desvinculada mediante Decreto No. 424 de 2008 (fl. 64 y 75).
- Presentó petición ante la entidad demandada de fecha 30 de octubre de 2008, en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la cesantías definitivas, radicada bajo el No. 2008-CES-031191 (fl. 64).
- Mediante Resolución N°. 1726 del 6 de junio de 2009, el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación Departamental de Bolívar le reconoció y liquidó las cesantías definitivas a la señora ISABEL BUSTOS DE LARRAZ. (fl.62-64)
- Certificado expedido por el Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de fecha 12 de julio de 2012, mediante el cual informa que una vez aprobado el proyecto de acto administrativo que liquidó las cesantías definitivas de la actora, se envió con la orden de pago para la Fiduprevisora con fecha 3 de julio de 2009. (Fl. 100).

- Certificado de fecha 17 de agosto de 2012, emitido por la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la FIDUPREVISORA, mediante el cual informa que se programó el pago de las cesantías definitivas de la actora en la nómina del 3 de septiembre de 2009 a través del BBVA COLOMBIA. (fl. 104)
- Con petición de fecha 20 de enero de 2010, la actora solicita a la Gobernación de Bolívar – Secretaría de Educación, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías. (fl.12-13), del cual no obtuvo respuesta.

CASO CONCRETO

La Administración Departamental de Bolívar efectuó la liquidación de la cesantía definitiva de la señora ISABEL BUSTOS mediante la Resolución No. 1726 de 6 de junio de 2009 por la suma de \$112.090.682 (Fls. 6-8).

A la demandante le fueron efectivamente canceladas las cesantías definitivas el 3 de septiembre de 2009, como lo certifica la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la FIDUPREVISORA mediante oficio de fecha 17 de agosto de 2012. (Fl. 104)

En escrito presentado en la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar de fecha 20 de enero de 2010, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas conforme a la Ley 244 de 1995. La petición dio lugar al acto ficto o presunto por silencio administrativo negativo.

En el sub-judice, la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva fue presentada el día 30 de octubre de 2008, por lo que los 15 días de que trata el artículo 1º de la Ley 244 de 1995, vencieron el 24 de noviembre de 2008 y dichas cesantías fueron liquidadas mediante la Resolución No. 1726 del 6 de junio de 2009, la cual se notificó el 3 de julio de 2009 sin que se evidencie la

interposición de recurso alguno.

Ahora bien, la administración contaba con 45 días para cumplir con dicha obligación; sin embargo, la consignación se surtió el **3 de septiembre de 2009**, por lo que la condena impuesta al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por parte de la Juez *a quo*, resulta viable al contabilizar el término para la configuración de la sanción moratoria a partir del día 30 de octubre de 2008; por esa razón, a partir de ese momento, la entidad demandada dispuso de 65 días hábiles para la cancelación de las cesantías definitivas los cuales se vencieron el día **6 de febrero de 2009**. De esa forma, como quiera que el pago de la acreencia se efectuó el día 3 de septiembre del año 2009, la administración incurrió en mora de 206 días, desde el 7 de febrero de 2009 hasta el 2 de septiembre de la misma anualidad.

Así las cosas han transcurrido 206 días y como el último salario devengado por la actora (según la Resolución No. 1726 de 2009) fue de \$2.140.766 haciendo las operaciones matemáticas, obtuvo como salario diario la suma de \$71.358,8, por lo que la indemnización corresponde a \$14'699.926,53.

En este orden de ideas, se impone modificar el fallo de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, toda vez que se hizo un conteo errado de los 65 días de que habla la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, pues si bien es cierto que se empiezan a contar a partir de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva- 30 de octubre de 2008, dicho término venció el 6 de febrero de 2009 y no el 21 de enero de 2009 como lo expresó la *a quo*.

Finalmente, con respecto a la solicitud de indexación sobre lo que resulte de dicha suma la Sala comparte la decisión de la Juez de primera instancia, atendiendo la Sentencia de la Corte Constitucional C- 448 de 1996, la cual se transcribirá en lo pertinente.

"(...) la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, **mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación.** En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella." (Destaca la Sala)

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICASE el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia condenatoria de fecha treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, el cual quedará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho CONDÉNASE al MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor de la señora ISABEL BUSTOS DE LARRAZ una indemnización moratoria de que trata el Parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de la misma, desde el día 7 de febrero de 2009 hasta el 2 de septiembre de 2009, para un total de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS

VEINTISEIS PESOS CON CINCUENTA Y TRES C/VOS (\$14.699.926,53,) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDA: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER ANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ





**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**EDICTO N° 0007
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: LIDUVINA GIRALDO LORDUY
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-1999-00344-00(1999-01365-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

Cartagena de Indias, D.T. y C., Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece (2013).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 306 /2013

1ª instancia

Tema: FALLA DEL SERVICIO - MUERTE DE POLICÍA

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción: REPARACIÓN DIRECTA
Referencia: 13001-33-31-000-1999-00344 (01365)-00
Demandante: LIDUVINA GIRALDO LORDUY
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA

SENTENCIA

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011, PSSA12 9201 de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA** ha sido promovido por la señora **LIDUVINA GIRALDO LORDUY** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA**.

I. ANTECEDENTES

1. Prefensiones de la demanda

Han sido formuladas por los demandantes, en los siguientes términos:

PRIMERA: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la NACIÓN – (Ministerio de Defensa), de lo perjuicios causados a la demandante con motivo de la muerte del Agente de la Policía Nacional, señor, CESAR CAICEDO

RAMOS, ocurrida con fecha 19 de octubre de 1997, en el Municipio de Cartagena, Departamento de Bolívar, como consecuencia de los disparos recibidos del agente de la Policía Nacional LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO.

SEGUNDO: Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Defensa), a pagar a mi mandante el equivalente a VEINTE MIL (20.000) GRAMOS ORO, en su condición de Compañera Permanente de la Víctima. (...)

TERCERA: Que se condene a la entidad demandada a cancelar a la actora el lucro cesante consolidada y futuro a que tiene derecho, como consecuencia de la muerte de su compañero permanente.

2. Hechos relevantes.

"1.) La señora **LIDUVIDA GIRALDO LORDUY**, hizo vida marital con el Agente de la Policía Nacional **CESAR CAICEDO RAMOS**, por más de nueve años hasta el momento en que falleció.

2.) Los padres del señor **CESAR CAICEDO RAMOS**, los señores **BENEDICTO CAICEDO CUESTA** y **MARÍA RAMOS DE CAICEDO**, fallecieron el 17 de febrero de 1.992 y 3 de diciembre de 1.995 respectivamente." (...)

"6.) El día 19 de Octubre de 1.997 encontrándose en la sede de la Policía Nacional, en el barrio Manga, el Agente de la policía nacional **LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO**, disparó al agente **CESAR CAICEDO RAMOS**, ocasionándole la muerte de manera instantánea, sin que existiera una razón que justificara tal acción."

LA CONTESTACIÓN

NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, esta entidad contestó la demanda afirmando, adoptando la actitud procesal del llamamiento en garantía; y a su vez propuso la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales.

NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL: Mediante apoderado judicial designado para tal efecto, contestó a demanda afirmando que en el *sub lite*, no hay lugar a reconocer indemnización alguna a la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY, por cuanto a través de Resolución 00784 del 04 de septiembre de 1998, se le reconoció pensión, indemnización por muerte y pago de cesantías definitivas, como consecuencia del fallecimiento del Agente de la Policía Nacional, CESAR CAICEDO RAMOS. Bajo ese entendido considera, que acceder a las pretensiones de la demanda, sería conceder una doble indemnización con base en una misma situación fáctica.

Finalmente propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida representación e indebida notificación.

LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, representado por curador ad litem, contestó la demanda afirmando que no le constan los hechos narrados en la demanda y, en consecuencia se atiende a lo que resulte probado en el curso del proceso, según la hoja de vida del actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Con auto de fecha marzo (04) de marzo de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.276-278) y a través de auto de abril veintidós (22) de 2013, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo.

En esta oportunidad, solo la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, presentó alegatos de conclusión, ratificando las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Así mismo, estableció que, en caso que no se declaren probadas la excepciones propuestas, se resuelva que la muerte se que la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS, se debió al manejo imprudente que dio a su arma personal y sin salvoconducto, el Agente

de Policía LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO; conforme se determinó en la investigación disciplinaria que se adelantó con relación a ese hecho.

1. Intervención del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, guardó silencio.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A., en concordancia con el artículo 134 E ídem, toda vez que la pretensión mayor de la demanda los 500 smlmv dispuestos por la norma citada para establecer la competencia en esta Corporación.

CADUCIDAD

La presente acción fue iniciada oportunamente, en razón a que los hechos a que se alude con esta demanda, fueron ocurrencia el día 19 de octubre de 1997; y, la demanda se presentó el día 19 de octubre de 1999, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

CUESTIÓN PREVIA.

EXCEPCIONES DE LA PARTE DEMANDADA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES

Manifiesta el apoderado de la parte demandada que, en el presente caso se configura a excepción de inepta demanda, bajo el entendido que en el libelo

introdutorio de la demanda, no se señaló específicamente el tipo de acción que se incoa. De tal manera, sostiene que el operador judicial de forma arbitraria admitió la presente demanda, presumiendo que se trataba de una acción de reparación directa.

Pues bien, para la Sala no es de recibo la excepción propuesta por la entidad demandada, como quiera que de la simple lectura de la demanda, se observa claramente que el actor fundamenta la fundamenta en lo preceptuado en el artículo 86 del C.C.A, que dispone sobre la acción de reparación directa.

En virtud de lo anterior, sin necesidad de efectuar cualquier otro tipo de elucubraciones, la Sala declarara no probado el medio exceptivo así propuesto, dado que esta demostrado, que en la demanda si se indicó el tipo de acción que se impetró; contrario a lo sostenido por el apoderado de la entidad demandada.

NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, la entidad demandada propone la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, bajo el entendido que, la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY pretende actuar en este proceso, en calidad de compañera permanente del señor CESAR CAICEDO RAMOS; sin que acredite la calidad aducida, a través de cualquiera de los medios probatorios dispuestos para tal efecto.

Pues bien, la Sala se dispone a resolver la excepción propuesta por la entidad demandada, afirmando que aquella se despachara de forma desfavorable. Así se considera, por cuanto de la revisión del plenario, se evidencia que la entidad que propone esta excepción, dio por acreditada la calidad de compañera permanente a la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUOY, con ocasión al reconcomiendo de las prestaciones derivadas de la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS, inclusive, reconoció en su favor el derecho pensional causado por aquel, tal como se desprende de la Resolución 00784

del 4 de septiembre de 1994. En ese mismo sentido, la Sala adquiere plena certeza de la calidad aducida por la actora, del testimonio rendido por parte del señor, JORGE AGUILAR REDONDO en el curso del proceso.

Así entonces, la Sala no comprende como la entidad demandada pone en entredicho la calidad aducida por la actora, cuando fue aquella quien le reconoció la calidad de compañera permanente en sede administrativa. No escapa a la Sala, que si bien es cierto la actora acreditó su condición en sede administrativa con declaraciones extraproceso, también lo es que, en el curso del proceso se practicó testimonio que dio fe de la relación que aquella sostuvo con el finado agente de la Policía Nacional CESAR CAICEDO RAMOS.

De tal manera que, el reconocimiento efectuado en sede administrativa, aunado al testimonio practicado en el proceso, brindan plena certeza a esta Sala de Decisión sobre la legitimación por activa de la demandante; y, por tal razón, se concluye que el medio exceptivo propuesto no tiene vocación de prosperar y, así se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INDEBIDA REPRESENTACIÓN PARA DEMANDAR e INDEBIDA NOTIFICACIÓN.

La Sala aborda el estudio conjunto de las excepciones mencionadas, como quiera que el argumento para resolverlas es similar, a pesar de que cada una de ellas persiga fines diferentes.

En su oportunidad, la apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa-Policía Nacional, formulo las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida representación para demandar e indebida notificación.

Con relación a la falta legitimación por pasiva, expresó que, en el sub lite la demanda se presentó de forma genérica en contra de la Nación Ministerio de Defensa, y no se especificó si aquella iba dirigida en contra del Ejército o de la Policía Nacional.

Por otro lado, respecto de la excepción de indebida representación, señaló que el poder otorgado para presentar la demanda solo facultó para que se

demandara de forma genérica al Ministerio de Defensa; configurándose así, según la togada, la excepción de indebida representación, como quiera que no se hizo referencia a la Policía Nacional.

Finalmente, expresa sobre la excepción de falta indebida notificación, que en el libelo introductorio de la demanda no se hizo alusión a la Policía Nacional; sin embargo, el auto admisorio de la demanda ordenó que se notificara a dicha institución. Con base en lo anterior, sostiene la apoderada de dicha entidad que, en el sub lite de debe dictar fallo inhibitorio.

Pues bien, la Sala se apresta a resolver las excepciones propuestas por la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional, afirmando que aquellas no tienen vocación de prosperar. Así lo estima la Sala, puesto que los argumentos bajo los cuales se estructuran las excepciones propuestas, convergen en señalar que, en el poder y la demanda solo se hace alusión de forma genérica al Ministerio de Defensa, sin que se mencione a la Policía Nacional.

En ese sentido, la Sala considera que tratándose de la Policía Nacional o del Ejército Nacional, siempre estarán representados por el Ministerio de Defensa y, la demanda contra esas instituciones siempre deberá dirigirse en contra de dicho Ministerio.

Sobre el tema el H. Consejo de Estado¹ ha dicho.

“EJERCITO Y POLICIA NACIONAL - Hacen parte de una misma persona jurídica.

Sobre el particular cabe precisar que en el presente asunto la demanda centró la imputación del daño irrogado a los actores exclusivamente sobre el Ejército Nacional y no sobre la Policía Nacional, a lo cual se agrega que los dos organismos mencionados hacen parte de una misma y única persona jurídica, cual es La Nación – Ministerio de Defensa Nacional, persona que fue debidamente notificada y representada dentro del proceso y, por tal razón, en cuanto fue la única demandada

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero Ponente, MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010) Radicación número 73001-23-31-000-1998-03901-01(17605) Actor: LUZ DARY ALTURO RAMIREZ Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL Referencia: APELACION SENTENCIA. REPARACION DIRECTA

es claro que la declaratoria de responsabilidad solo puede recaer, como en efecto solo recae, sobre ella. Asimismo, debe precisarse que pese a que ambas entidades cuentan con autonomía presupuestal independiente entre sí una de la otra, lo cierto es que –se reitera–, las mismas pertenecen a una misma y única persona jurídica, esto es la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, motivo por el cual dicha distinción se torna en un asunto meramente de organización administrativa interna, la cual resulta ajena por completo al objeto del debate procesal. Tampoco resulta predicable la responsabilidad solidaria entre los mencionados entes (artículo 2.344 del Código Civil), pues dicha figura se halla instituida para aquellos casos en los que si en la producción del hecho dañoso demandado hubieren participado dos o más personas, el demandante queda facultado por la ley para hacer exigible la obligación indemnizatoria respecto del daño irrogado a cualquiera de aquellas personas que hubieren participado en su producción y, comoquiera que tanto el Ejército como la Policía Nacional pertenecen a la misma persona jurídica Nación – Ministerio de Defensa Nacional, la responsabilidad solidaria de esa persona jurídica resulta legal y ontológicamente imposible para con o respecto de ella misma.”

En virtud del pronunciamiento anterior, resulta irrelevante en el *sub lite*, si en la demanda o en el poder no se hizo alusión directamente a la Policía Nacional, toda vez que, aquella pertenece al Ministerio de Defensa y bien está legitimada por pasiva para comparecer a este proceso. A igual conclusión se arriba respecto de las excepciones de indebida notificación e indebida representación, como quiera, que las personas al momento de presentar sus demandas, bien pueden dirigirlas y otorgar poder en contra del Ministerio de Defensa y, podrán ser notificadas de aquella tanto la policía Nacional como el Ejército Nacional, al hacer parte del Ministerio de Defensa.

Así las cosas, la sala declarara no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar, si la muerte del señor agente de la Policía Nacional CESAR CAICEDO RAMOS, se produjo como consecuencia de la falla del servicio de la entidad demandada, o si por el contrario no se estructura la falla del servicio alegada.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

La responsabilidad extracontractual del Estado

La acción promovida por el actor es la de reparación directa, cuya fuente constitucional se encuentra en el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código Contencioso Administrativo y cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

"ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

ART. 86 CCA.—Modificado. L446/98, art. 31. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa..."

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos²:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.

² Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación

2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

Pues bien, con relación al régimen de responsabilidad aplicable, a los daños que se irroguen a miembros de la fuerza pública, el H. Consejo de Estado ha dicho.

"(...)

La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.³

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..., " debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera."⁴

³ Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163

⁴ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837

Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falta del servicio que constituye su trasgresión -, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.⁵

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

La jurisprudencia de esta Corporación⁶ ha señalado que, en aquellos supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se

⁵ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No 14 787

⁶ Sección Tercera, marzo 8 de 2007, expediente No 27 434

imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente".⁷

Por lo anterior, tenemos que cuando el daño se produjo por un mal funcionamiento de la Administración, como consecuencia de una violación – conducta activa u omisa- del contenido obligatorio, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, el litigio deberá ser decidido con arreglo al título de imputación de falla del servicio probada, en el marco del cual el demandante estará obligado a demostrar (i) el daño, (ii) la falla del servicio y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos. En esta hipótesis, la entidad pública demandada podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido

⁷ Consejo Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2008, Exp. Rad. 15.263 C.P. Myriam Guerrero Escobar.

obligacional que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada o si acredita la configuración de una causa extraña⁸.

Ahora bien, específicamente, sobre la responsabilidad del Estado con relación a los daños que sean ocasionados a miembros de la Fuerza Pública, el H. Consejo de Estado⁹ ha dicho:

16. *" La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los agentes de la fuerza pública profesionales, constituye, en general, un riesgo propio de la actividad que desempeñan, riesgo que se concreta cuando tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones propias del servicio que prestan, y al cual ingresaron por iniciativa propia, por lo que asumen los riesgos inherentes al desarrollo de dichas actividades peligrosas.*

17. *En virtud del riesgo inminente que caracteriza a estas actividades y del libre albedrío de que gozan los agentes que las realizan, no en todas las ocasiones, resulta jurídicamente viable atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual; sin embargo, se considera, en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el agente afectado, y que este riesgo sea mayor que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada¹⁰.*

18. *Estos títulos de imputación se configuran, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando "a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su*

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia de noviembre 8 de 2007, Exp. 15971, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁹ **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B**
Consejero ponente (E): **DANILO ROJAS BETANCOURTH** Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: **17001-23-31-000-1996-00016-01(20445)** Actor: **ALBA LUCIA GARCIA QUINTERO Y OTROS** Demandado: **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL**

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de mayo 3 de 2001, expediente 12338, C.P. Alíer Hernández; marzo 8 de 2007, expediente 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y octubre 7 de 2009, expediente 17884, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

actividad"¹¹, esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo "el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones"¹², o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones¹³, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones¹⁴ (falla del servicio).

19. *Del mismo modo, la vinculación a dichas instituciones de manera legal y reglamentaria implica el amparo normativo en el régimen laboral que los rige y que cubre la asunción de los riesgos derivados de esta actividad. Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización a forfait.*

20. *Este régimen prestacional de naturaleza especial, reconoce las circunstancias de particular riesgo que caracteriza a las actividades que deben desarrollar los referidos servidores públicos, quienes, en consecuencia, se hallan amparados por una normatividad que, en materia prestacional y de protección de riesgos, habitualmente consagra garantías, derechos y prestaciones que superan las previstas en las normas que, en este ámbito, resultan aplicables al común de los servidores del Estado¹⁵."*

Así las cosas, la Sala efectuara el estudio en el presente caso, a la luz del régimen de imputación por falla del servicio.

Validez de los medios de prueba

El artículo 185 del C. de P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A., establece que las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más

¹¹ *Ibidem.*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, radicación n.º 16258.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 17882.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 19426.

¹⁵ Artículo 123 del Decreto 1213 de 1990.

formalidades, "siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella". No obstante, de acuerdo con jurisprudencia reiterada por el H. Consejo de Estado, las pruebas recaudadas en un proceso distinto pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo –aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación– si las dos partes solicitan su traslado, pues se ha entendido que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹⁶.

En el caso objeto de examen, la parte actora solicitó que se allegara al expediente copia auténtica de la investigación disciplinaria N° 071 de 1997 adelantada en contra del señor LUIS ENRIQUE MENDEZ PAJARO, por parte del MINISTERIO DE DEFENSA, por lo tanto dichas pruebas serán valoradas.

EL DAÑO

En el presente caso, la parte demandante afirma que el daño que se le ha ocasionado se deriva de la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS. En ese sentido, la Sala se apresta al análisis de las pruebas allegas al expediente con el propósito de acreditar la existencia o no de este elemento integrante de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio.

Así pues, se allegó al expediente certificado de defunción expedido por la Notaría Primera del Circulo de Cartagena, de quien en vida respondía al nombre de CESAR CAICEDO RAMOS (fl.184), donde consta que falleció el día 19 de octubre de 1997 en la ciudad de Cartagena de Indias.

En ese orden, fue aportado al plenario Formato de Inspección de Levantamiento del Cadáver, del cual se cita el siguiente aparte:

"Presenta un uniforme dril de color verde oliva perteneciente a la Policía nacional Marca Coltejer talla L con escudo de la policía nacional en la

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2002, exp. 12.789, C.P. Alier Eduardo Hernández; 25 de enero de 2001, exp. 12.831, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 3 de mayo de 2007, exp. 25 020, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. 18 de octubre de 2007, exp. 15 528, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

manga izquierda y charreteras en el lado izquierdo, en material de pasta de color blanco y rojo. En el lado derecho, presenta el nombre SALCEDO, se corrige CAICEDO con café y una camisilla en hilo de color verde oliva.(...)

De tal manera que, conforme a los documentos relacionados anteriormente, la Sala encuentra acreditada de forma clara, que la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS se produjo efectivamente el día 19 de octubre de 1997; en consecuencia el daño, como elemento de la responsabilidad en el *sub lite*, está plenamente demostrado

Así las cosas, la Sala procederá al análisis del siguiente elemento de la responsabilidad.

HECHO DAÑINO

Corresponde este elemento de la responsabilidad del Estado por falla del servicio, a la verificación de las circunstancias de tiempo modo y lugar, bajo las cuales sucedieron los hechos que dan cuenta del presunto daño que se endilga a la entidad demandada.

Así entonces, incumbe a la parte demandante demostrar la existencia de este elemento de la responsabilidad, por cualquiera de los medios establecidos por el Código de Procedimiento Civil para tal propósito. En ese sentido, de la revisión del plenario, se evidencia que se allegó a instancia y por iniciativa de la parte demandante, investigación disciplinaria N°. 071/97, tramitada en contra del Agente de la Policía Nacional LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, agente respecto del cual se afirma, accionó el arma que acabó con la vida del señor CAICEDO RAMOS.

En ese sentido, de las piezas procesales que comprenden la investigación disciplinaria realizada por la policía Nacional, se destacan los testimonios de los Agentes de la policía Nacional REMBERTO GOMEZ PALACIN, JORGE ELIECER MONSALVE BLANCO, RODOLFO JULIO BELLO, ROBERT SALAS POYUELO y ROBERTO HERRERA SÁNCHEZ, quienes se encontraban presentes en la Estación de Policía del Barrio Manga, el día 19 de octubre de 1997, cuando sucedió la muerte del agente CAICEDO RAMOS.

Los agentes mencionados, rindieron versión libre el mismo día en que sucedieron

los hechos, manifestando al unísono que la muerte del Agente CESAR CAICEDO RAMOS, se produjo el día 19 de octubre de 1997, cuando se les llamó a formar en el patio central de la Estación de Policía del Barrio Manga. Señalan, que siendo aproximadamente las 17:00 horas de aquel día, la mayor Claudia Rojas Betancur se encontraba organizando el personal, a efectos de cubrir el proceso electoral que se adelanta por aquel entonces en el Departamento de Bolívar. Fue entonces cuando en la formación se escuchó una detonación que impactó en la humanidad del señor CAICEDO RAMOS, finalmente produciéndose su deceso.

Así mismo, estos testimonios fueron ratificados dentro de la investigación formal posterior, por la Mayor CLAUDIA ROJAS BETANCOUR, así como los testimonios solicitados por la defensa del investigado, los señores Agentes de la Policía Nacional EUGENIO ZAMORA LADEUS y JUAN DE DIOS POLO PADILLA.

En ese mismo sentido, se observa que la versión libre rendida por el señor LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, así como el escrito de descargos presentado por su apoderado en el proceso disciplinario, son coincidentes con las declaraciones reseñadas anteriormente.

A juicio de la Sala, las anteriores declaraciones merecen credibilidad si se tiene en cuenta que se trata de testigos presenciales, cuya narración de los hechos es coincidente, en la forma como dispusieron los hechos por la parte demandante en el libelo introductorio de la demanda; que aunado al formato de levantamiento del cadáver y al protocolo de necropsia del señor CESAR CAICEDO RAMOS, dan certeza de la ocurrencia de aquellos.

De tal manera que, a partir de las consideraciones anteriores, esta Sala de decisión adquiere plena certeza de las circunstancias de tiempo modo y lugar, bajo las cuales acaeció la muerte del señor CAICEDO RAMOS y por esa razón se pasará al estudio del siguiente elemento de la responsabilidad extracontractual de estado por falla del servicio.

NEXO DE CAUSALIDAD

Este elemento de la responsabilidad, se instituye como aquel que se encarga de

establecer, si el daño y el la falla del servicio endilgada a la entidad demanda, como elementos integrantes de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, se debe a la prestación defectuosa o tardía del servicio, así como al actuar negligente u omiso de la entidad demandada.

Pues bien, hasta este momento, solo se ha explicado de forma generalizada sobre las circunstancias bajo las cuales se dio la muerte del señor CAICEDO RAMOS; Sin embargo, será en este acápite, donde con base en el material probatorio se determinará, si la intervención de la entidad demandada fue relevante para la causación del daño en el sub lite. Así entonces, en aras de verificar la falla del servicio alegada por la actora, se utilizará la investigación disciplinaria N°. 071 de 1997, adelantada por la Policía Nacional en contra del agente MÉNDEZ PÁJARO.

En ese orden de ideas, debe hacerse claridad que, dicha investigación fue solicitada y allegada por iniciativa e instancia de la parte demandante; a su vez, aportada por la entidad demandada dentro del periodo probatorio de este proceso.

De las piezas procesales que componen esa investigación se resaltan las siguientes:

- Diligencias de versión libre de los agentes: RODOLFO JULIO BELLO, REMBERTO GOMEZ PALACIN, JORGE ELIECER MONSALVE BLANCO, ROBER SALAS POYUELO Y ROBERTO HERRERA SÁNCHEZ. (fl. 63-64)
- Álbum fotográfico del arma que ocasionó la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS. (fl.67-72)
- Descargos presentados por el apoderado del investigado, donde dio respuesta al pliego de cargos que le formuló la entidad investigadora. (fl.75).
- Resultado de estudio balístico en inspección judicial. (fl. 81-83)
- Prueba de absorción atómica realizada al señor LUIS ENRIQUE MENDOZA PAJARO, la cual arrojó resultado negativo. (fl.84-89)
- Testimonios de EUGENIO ZAMORA LADEUS, JUAN DE DIOS POLO PADILLA y CLAUDIA ROJAS BETANCOURT. (fl.87-94)

La Sala considera pertinente efectuar el desglose de la investigación disciplinaria

tal como se realizó, como quiera que de aquella se desprende de forma diáfana la falla del servicio endilgada a la entidad demandada.

Sea lo primero decir, que los resultados de dicha investigación mostraron de forma clara que, el señor LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO no accionó el arma de la cual se detonó el proyectil que acabara con la vida del señor CESAR CAICEDO RAMOS; contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte demandante. De la afirmación anterior da clara cuenta la prueba de absorción atómica que se cita a continuación:

Prueba de absorción atómica:

"RESULTADOS

La determinación para los residuos compatibles con los de disparo, representada por los elementos Plomo, Antimonio, Bario y Cobre (Pb, Sb, Ba, Cu) en las muestras tomadas a las manos dio el siguiente resultado:

MANO DERECHA: NEGATIVO (-)

MANO IZQUIERDA: NEGATIVO (-)"

En ese orden, si bien es cierto que no se demostró la actuación dolosa del señor MENDEZ PAJARO en la muerte del señor CAICEDO RAMOS, también lo es que, sí se evidenció en el curso de la investigación disciplinaria, que aquel actuó de forma culposa, tal y como lo confesó el señor LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO en la versión libre rendida por aquel:

"Estábamos el día (sic) 197096 en formación siendo aproximadamente las horas de la tarde, recibiendo instrucciones con motivo de las elecciones, donde se le estaba informando al personal el lugar donde le correspondía el servicio de las elecciones, en eso me fui hacia a tras a recoger mi morral cuando me levante se me cayó el revolver de mi propiedad al suelo cuando sentí fue el disparo en eso me agacho y lo levante el revolver y el agente Herrera(...)

Preguntado: Sírvase decir a esta oficina el declarante a donde tenía usted el revolver en momentos que se le cayó.- CONTESTO/ Yo lo tenía debajo de

la camisa. Constancia, el agente declarante señala (la pretina guayabera) SE CORRIGE LO ANTERIOR, que tenía el revolver en lado izquierdo en la pretina debajo de la guayabera (...)

PREGUNTADO: sírvase decir a esta oficina cuando usted indica en sus versiones anteriores que tenía el revolver en la pretina al lado izquierdo, como se explica que se le halla caído cuando observada la chapuza esta tiene gancho de agarre o retención. – CONTESTO/ ya que yo lo tenía debajo de la camisa y no lo tenía enganchado por dentro del pantalón si no debajo del cinturón"

La versión libre del actor, a su vez resulta coincidente con la que fuera rendida por los señores: RODOLFO JULIO BELLO, JORGE ELIECER MONSALVE BLANCO Y ROBER SALAS POYUELO. (fl. 63-64)

Así entonces, con base en las pruebas recabas en dicha investigación, relacionadas con las versiones libres citadas anteriormente, la entidad investigadora determinó sancionarlo con destitución de la institución, tal como se lee a continuación:

"Consideraciones del Despacho

Luego de un análisis pormenorizado del acervo probatorio allegado al plenario, esta instancia encuentra que efectivamente el inculpado trasgredió el decreto 2584/93 Artículo 39, Numerales:

*14. Causar daño a la integridad de las personas o de los bienes, como consecuencia del exceso en el uso de las armas, de la fuerza o de los demás medios coercitivos legalmente autorizados. **El encartado le causó lesiones irreversibles a su compañero, las cuales posteriormente le produjeron la muerte, olvidando las instrucciones impartidas por sus superiores en cuanto al manejo y uso de las armas, dadas a conocer desde la escuela de Formación, recaladas constantemente y puestas en práctica cada vez que se manipula un arma. (Negrillas de la Sala)***

*15. Respecto de las órdenes: ...Literal B). Incumplir, modificar o introducir cambios sin causa justificada a las órdenes o instrucciones relativas al servicio". **El inculpado no puso en práctica las instrucciones recibidas a través de su trayectoria institucional, sobre el cuidado que debía ejercer al manipular un arma, demostrando con su actuar, negligencia e irresponsabilidad, que conllevaron al fallecimiento es su compañero SG CAICEDO RAMOS CESAR. (Negrillas de la Sala)***

(...) habida cuenta que el Artículo 14 de la Ley 200/95 consagra que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las fallas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, considera esta superioridad que el implicado actuó a título de culpa, entendiéndose como la reprochable actitud consciente de la voluntad, que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico, por la omisión, del deber de cuidado que le era exigible al agente, de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; tipificándose para el caso en comento los generadores de la culpa como la imprudencia, que es obrar sin aquella cautela que según la experiencia corriente debemos emplear en la realización de ciertos actos, comportamiento inadecuado resultante de una respuesta inmediata al estímulo que le provoca, sin la necesaria valoración sobre la conveniencia o inconveniencia, oportunidad o inoportunidad de la reacción.

Pues bien, conforme a las consideraciones anteriores, surge de forma diáfana que, el daño alegado por la actora resulta imputable a la Nación – Ministerio de Defensa, como quiera que tal como se advirtió en la investigación 071 de 1997, el actuar de su agente se calificó de forma culposa, toda vez que desconoció toda la instrucción que le fuera impartida en la escuela, ocasionando de forma accidental la muerte del señor CAICEDO RAMOS; máxime si se considera, que era responsabilidad del agente de la Policía Nacional, LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, aplicar la instrucción reciba en el manejo de las armas, conforme a su condición de agente de Policía Nacional, circunstancia que le exigía actuar de manera responsable.

En ese orden, a pesar de que el agente confiese en su versión libre, que el arma se accionó de forma accidental era de su propiedad y, que además en el momento en que sucedieron los hechos no le habían entregado armamento pues no era necesario de portarlo, tal como lo sostuvo en su declaración la Mayor CLAUDIA ROJAS BETANCUORT, en nada ello interrumpe el proceso causal en este caso, toda vez que, era obligación de la entidad demandada, propender de forma efectiva que sus agentes cumplieran a cabalidad con los reglamentos, esto es, verificando o realizando pesquisas en aras de evitar el ingreso de armas diferentes a las oficiales a la institución; como quiera que omitir ese deber, sería controvertir los postulados que sobre el tema dispone el artículo 2347 del C.C¹⁷;

¹⁷ ARTICULO 2347 <RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO Y DE LAS PERSONAS A CARGO>. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado.

máxime si se considera que, la misma entidad demanda acepta el actuar negligente de su agente, sancionándolo con destitución de la institución.

Así entonces, conforme al marco normativa de esta sentencia, en el presente caso surge de forma clara el deber de indemnizar a la actora por la muerte del señor CAICEDO RAMOS, toda vez que las circunstancias de su muerte distan totalmente de haberse producido con ocasión a la prestación del servicio, o de haber sido expuesto de forma excepcional al peligro inherente a su oficio, pues de ser así, estaríamos ante la presencia de aquellos casos de responsabilidad a forfait y, debería entenderse que, la indemnización se limitaría a los beneficios prestacionales que se reconocen por tales hechos, pues de esas situaciones no se predica la falla del servicio de la entidad; sin embargo, está claramente demostrado que, en el sub lite se produjo una falla del servicio, que deviene en la necesaria reparación de la actoral, conforme se determinó en la investigación disciplinaria adelantada con ocasión de la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En este acápite, debe precisar la Sala que, esta Corporación en virtud de sentencia del 6 de septiembre de 2013, resolvió acción de repetición presentada por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, en contra del llamado en garantía en este proceso, el ex agente de la Policía Nacional LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, determinándose la responsabilidad del ex policial por la muerte de su compañero, el señor CESAR CAICEDO RAMOS, por el manejo imprudente de su arma.

En aquella oportunidad, esta Corporación condenó al señor LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, a que restituyera lo pagado por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en virtud de la Resolución No. 03715 del 17 de diciembre de 1998, que dio cumplimiento al auto aprobatorio de conciliación celebrada entre las partes, ordenando el pago de treinta y un millones doscientos sesenta y tres mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos con quince centavos (\$ 31.263.468.15), a favor de Carmen Caicedo Ramos, Clotilde, Carlos, Cecilia, María Claribel y Georgia Caicedo Ramos, hermanas del occiso CESAR CAICEDO RAMOS

No obstante, lo anterior no impide que esta Corporación efectué

pronunciamiento sobre el llamamiento en garantía realizado en este proceso al señor LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, como quiera que, quien funge como demandante en este proceso, es la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY, en calidad de compañera permanente del señor CESAR CAICEDO RAMOS; mientras que en la sentencia del 6 de septiembre de 2013, se hizo referencia a que el daño por cual se condenaba al señor MÉNDEZ PÁJARO, se infringió a las hermanas del señor CAICEDO RAMOS, descartándose así la configuración de la cosa Juzgada en el sub lite, como quiera que los demandantes son diferentes en cada proceso.

Así entonces, encuentra la Sala que la conducta del agente fue el factor determinante para la materialización del daño antijurídico, en cuanto desconoció el deber objetivo de cuidado que le era exigible, en la medida que portaba un arma en un lugar en el cual no era necesario, la cual, por su naturaleza, era de evidente peligrosidad. Así mismo se demostró que, aquel manipuló el arma con inobservancia de la instrucción que le fuera impartida en la escuela, puesto que tal como lo confesó, portaba el arma en el lado izquierda de la pretina de su pantalón, lo que facilitó que se activara al contacto, por manera que, esa actuación del agente, comporta una conducta constitutiva de culpa grave¹⁸, en consideración a que aquél no previó lo que resultaba previsible, pues resultaba evidente que portar un arma de fuego en las condiciones en que lo hacía maximizaba el riesgo y la potencialidad de peligro de la misma; además, con su actuar, desconoció las instrucciones y protocolos sobre el manejo adecuado de armas de fuego.

Por lo anterior, el agente LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, en los términos de los artículos 90 de la Constitución Política y 77 y 78 del Código Contencioso

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Actor Miguel Horacio Escobar Exp 17933 “. . Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a (sic) sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó, o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible, y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levisima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios, la levisima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsorio emplea en sus asuntos relevantes y de importancia, y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo”

Administrativo, deberá reembolsar a la entidad demandada el valor de la condena que tenga que efectuar por concepto de indemnización de perjuicios.

Perjuicios materiales: Lucro cesante

En la demanda se solicitó que se condenara al pago de la indemnización por concepto de perjuicios materiales causados en la modalidad de lucro cesante a favor de la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY, consistentes en la ayuda económica dejada de percibir en razón de la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS. Igualmente, como quiera que en la demanda no se solicitó reconocimiento alguno por concepto de daño emergente, salvo lo atinente a la condena en costas, lo cual será objeto de pronunciamiento más adelante, la Sala se ocupará, exclusivamente, de la solicitud de indemnización de perjuicios correspondiente al lucro cesante a favor de la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY, quien actúa en calidad de compañera permanente del hoy occiso, CESAR CAICEDO RAMOS, tal como se desprende del testimonio del señor JORGE AGUILAR REDONDO (fl. 141 y 142), así como la Resolución 00784 del 14 de septiembre de 1998(fl.251-252), donde la entidad demanda la reconoció como compañera permanente del occiso. Del mismo modo, de la resolución citada se desprende que al actor se dedicaba a una actividad laboral, lícita y productiva, cual es, la de Agente de la Policía Nacional.

En ese sentido, la actora solicita que la liquidación por este concepto se efectuó con base en el salario mínimo mensual del momento en que sucedieron los hechos, esto es, el día 19 de octubre de 1997, que equivale a la suma de \$172.005. En concordancia con lo anterior, de la revisión del plenario se observa que en el día 4 de septiembre de 1998, el Subdirector de la Policía Nacional, a través de la Resolución 00784 le reconoció a la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY una pensión como se lee a continuación: "*ARTICULO PRIMERO: Reconocer y ordenar Pagar en las proporciones de la Ley una pensión mensual por muerte a partir del 20-OCT- 1997en cuantía de \$327.201,04...*". De tal manera que, la entidad demanda desde el día siguiente de la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS, le reconoció pensión a la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY, como quiera que, al momento de la muerte del señor CAICEDO RAMOS, acumulaba un total de 18 años de servicios.

Por todo lo expuesto, la Sala no accederá a la condena por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, pues conforme a lo o anterior, está demostrado que aquella no sufrió perjuicios material, con ocasión de la muerte de su compañero permanente.

PERJUICIOS INMATERIALES:

Daño Moral: En el libelo introductor, la actora solicita el pago de \$20.000 mil gramos oro, como consecuencia de la muerte de su compañero permanente, el señor CESAR CAICEDO RAMOS.

Sobre el tema, esta Sala debe aclarar, que ha sido criterio reiterado del H. Consejo de Estado, establecer que las condenas por perjuicios morales sean tasadas en salarios mínimos mensuales legales vigentes. En gracia de discusión traeremos a colación el siguiente fallo, del H, consejo de estado¹⁹:

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001) Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646) Actor: BELÉN GONZÁLEZ Y OTROS - WILLIAM ALBERTO GONZÁLEZ Y OTRA Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS-

equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, que en la fecha de esta sentencia corresponde a veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$28.600.000.00), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción."

Así las cosas, desde el año dos mil uno (2001), el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, abandonó el criterio de tasar los perjuicios con base en gramos oro, y determinó reconocerlos de acuerdo al salario mínimo legal mensual vigente al momento de la condena, y, además estableció un límite de máximo 100. Es por ello, que esta Corporación al momento de tasar los perjuicios morales, utilizará el sistema mencionado anteriormente.

En cuanto a la estimación de los perjuicios, y en lo tocante al daño moral, el mismo se presume en favor de los parientes más próximos²⁰, por existir entre ellos por naturaleza mayores lazos de fraternidad, amistad y solidaridad, esa proximidad comprende además de cónyuge y compañero permanente, a los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero civil, bien sean ascendientes, descendientes o colaterales, por ello, quedan comprendidos dentro de la presunción, los padres, hijos, cónyuges, compañeras permanentes, nietos, abuelos y hermanos.

Así las cosas, si bien es cierto, que el daño moral se presume para el grupo de personas arriba mencionados, también lo es, que aquellos tienen la carga probatoria de acreditar, la calidad en la cual se presentan al proceso, solicitando la reparación del daño moral.

En ese orden, para efectos de acreditar la calidad de compañera permanente de la señora LIDUVINA GIRALDO LORDOY, respecto del señor CESAR CAICEDO RAMOS, se observa en el plenario, testimonio rendido por el señor JORGE AGUILAR REDONDO (fl.141 y 142), del cual se desprende que aquella, sostenía una relación de pareja con la víctima; así mismo, dicha condición se ve refrendada, de acuerdo a lo dispuesto por la entidad demandada en la Resolución 00784 del 4 de septiembre de 1998, en virtud de la cual, le reconoció pensión de sobreviviente a la señora LIDUVINA GIRALDO LORDOY, en calidad de compañera permanente del ex agente de la Policía Nacional, CESAR CAICEDO RAMOS (Q.E.P.D.) (fl.251-252.)

²⁰ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de julio 17 de 1992. CP Dr. Daniel Suarez Hernández

De tal manera, al estar acreditada la calidad en la que actúa la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY, la Sala Condenara a la Nación - Ministerio de Defensa, a cancelar a la actora por concepto de perjuicios morales, la suma de cincuenta (50) smmlv.

COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

CONSULTA

En consideración a que en el sub lite se impone condena a una persona representada por curador ad litem, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, se dispondrá que en el evento de que la presente sentencia no sea apelada, se remita al H. Consejo de Estado con el objeto de que surta el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala decisión 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida notificación, indebida representación e inepta demanda, propuestas por la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA**, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA** administrativa y patrimonialmente responsable por el daño antijurídico causado a la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY, en virtud de la muerte del señor CESAR CAICEDO RAMOS.

TERCERO: Como consecuencia del numeral anterior, **CONDENAR** a la **NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA**, a pagar a la señora LIDUVINA GIRALDO LORDUY a título de indemnización, por concepto de daño moral la suma de (cincuenta) 50 smmlv.

CUARTO: DECLARAR que el tercero llamado en garantía, LUIS ENRIQUE MÉNDEZ PÁJARO, es responsable de los daños causados a la demandante en la modalidad de culpa grave; por ello, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – deberá repetir en su contra, por vía de jurisdicción coactiva de ser ello necesario, por los dineros que deba pagar a los demandantes con ocasión de las condenas que aquí se imponen.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Si no fuese apelada la presente providencia, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, en consideración a que se impuso condena a persona representada por curador ad litem, consúltese esta sentencia ante el H. Consejo de Estado

SÉPTIMO: No hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

OCTAVO: CUMPLIR la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C.A.

NOVENO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

DÉCIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, procédase al archivo, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

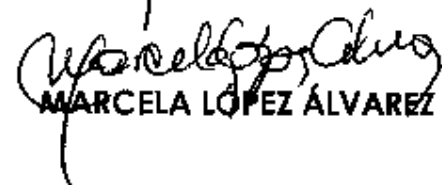
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
FAB **AUSENTE CON PERMISO**


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0008
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: JOSE NICOLAS PETRO CORCHO
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2003-00757-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Diciembre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 332 72813

TEMA: SUPRESIÓN DE CARGOS - DADIS

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-23-31-002-2003-00757-01
Demandante: JOSE NICOLAS PETRO CORCHO
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor JOSE NICOLAS PETRO CORCHO instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DISTRITO DE CARTAGENA para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se declare la nulidad del acto

administrativo de carácter general y particular, es decir "mixto", denominado "DECRETO N° 0010 de 2002", fechado enero 13 de 2003, "por medio el cual se establece la Planta de Cargos de la Alcaldía de Cartagena D., T., y C., se eliminan unos cargos y se crean otros" proferido por el Alcalde de Cartagena de Indias, que suprimió el cargo del actor como Técnico en Saneamiento, Código 448, Grado 10, al servicio del Distrito de Cartagena de Indias.

A título de restablecimiento del derecho, reclama el demandante su reintegro al cargo que desempeñaba al momento de su retiro o a otro de igual o superior categoría; se condene a la demandada a pagar a todos los salarios, prestaciones sociales y demás adehalas de carácter laboral dejados de devengar durante el término de su desvinculación, declarando que para todos los efectos laborales no existió solución de continuidad en el servicio; al pago de todos los rendimientos financieros que por concepto de ajustes al peso e intereses se generen, mes a mes, por la omisión en los pagos laborales como consecuencia del retiro ilegal del actor, todo lo anterior conforme a lo dispuesto en los arts. 176 y 177 del C.CA.

Finalmente, reclama se condene en costas al Distrito de Cortagena de Indias.

HECHOS RELEVANTES

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expuso que prestó sus servicios al Distrito de Cartagena de Indias ininterrumpidamente desde el 18 de abril de 1983, hasta el 17 de enero de 2003, fecha en la que fue retirado del servicio por supresión de su cargo, siendo su último cargo en la entidad el de TÉCNICO EN SANEAMIENTO código 448 grado 10 y que la comunicación de tal retiro se produjo el 17 de enero de 2003.

El acto demandado fue expedido con falsa motivación y desviación de poder, que durante todo el tiempo de la relación laboral observó buena

conducta, y prestó personalmente el servicio sin ningún tipo de observación por parte de superiores y la causa de refiro no obedeció a procedimiento disciplinario previo.

Que el día 14 de mayo de 2003, se presentó demanda de simple nulidad contra el mismo acto administrativo que suprimió el cargo del actor, decreto 0010 de 2002, acto en el que se relacionaron algunos antecedentes que originaron la expedición del mismo, pero sin atender la reglamentación legal vigente para modificar las plantas de personal; limitándose a expresar que se elaboraron los estudios de ley, que se adoptó la nueva planta de personal, unificándose la planta global de la Alcaldía de Cartagena con la planta de cargos del Dadis; que se modificó la planta de personal creándose algunos cargos y eliminándose otros, que de acuerdo al estudio económico realizado, el Distrito no cuenta con los recursos financieros para mantener la totalidad de los empleos por lo que se hace necesario eliminar unos cargos de la planta de personal, que la selección de funcionarios que continúen vinculados a la planta como técnico de saneamiento, se efectuará teniendo en cuenta la fuente de financiación de los recursos que permiten el pago del salario asignado al cargo, el fuero sindical, desempeño laboral y hoja de vida, entre otras.

Afirma que no existen estudios técnicos elaborados para modificar la planta de cargos de la Alcaldía de Cartagena, que sirvan de sustento para la modificación que se hizo, y que el existente no reúne requisitos mínimos de un real estudio técnico.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Código de Procedimiento Civil artículo 170 numeral 2.
- Constitución Nacional artículos 1, 2, 6, 122, 123, 209 y 305.
- Ley 443 de 1998 artículo 41

➤ Decreto 1572 de 1998 artículo 148 y 149.

El concepto de la violación se soporta, básicamente, en el siguiente argumento que se expone en el escrito de adición y corrección a la demanda (fl. 59 y ss):

1. **Violación de la legalidad** por omitir cumplimiento de los requisitos necesarios para la expedición del acto administrativo impugnado, señalando como sustento de lo anterior cita precepto doctrinal referente a la actividad reglada y discrecional, concluyendo su premisa en el hecho de que la reforma o modificación de plantas de personal es una actividad perfectamente reglada que impone la observancia de la totalidad del marco jurídico aplicable, y en el caso concreto no se realizaron los estudios técnicos pertinentes a la reforma o modificación, y el estudio económico efectuado para la reestructuración, se hizo de manera irregular, confundiéndose tal estudio con los estudios técnicos necesarios para reformar las plantas de personal de las entidades territoriales.

2. **Falsa motivación** el que soporta afirmando que al no existir estudio técnico que hubiera demostrado las necesidades del servicio, ni mucho menos las razones de su modernización que hicieran necesaria la supresión del cargo que ocupaba el actor.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El DISTRITO DE CARTAGENA concurrió al proceso debidamente representado por apoderado judicial constituido al efecto, quien oportunamente se opuso a las prosperidad de las pretensiones del actor; manifestando que sí existió un estudio técnico que fue elaborado por el DADIS el 3 de octubre de 2002, tal como lo exige el artículo 41 de la ley 443 de 1998, artículos 148 y 149 del Decreto 1572 de 1998.

Señala que con los Decretos No. 0462 y 00551 de 2001 se adoptó una nueva planta de personal unificándose la planta global de la alcaldía de Cartagena con la planta de cargos del DADIS y que posteriormente se expedieron nuevos decretos y acuerdo donde suprimían y eliminaban algunos cargos, existió la necesidad de unificarlos en un nuevo acto administrativo.

Manifiesta que en vista del estudio técnico fundamentado por el Departamento financiero del DADIS se expidió la Resolución No. 0010 de 2002, por parte del Alcalde Mayor, debido a que el Distrito cuenta con los recursos financieros para mantener la totalidad de los empleos, por lo que se hace necesario eliminar unos cargos de la planta actual de personal.

Propone como excepciones las siguientes: i) buena fe de la administración; ii) Compensación, iii) Caducidad de la acción; iv) Inexistencia de nulidad del acto administrativo acusado e v) Inexistencia del derecho invocado.

III. CAMBIO DE COMPETENCIAS

En desarrollo de las previsiones contenidas en el Acuerdo PSAA06-3345 de 2006 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se crearon los juzgados administrativos en el territorio nacional, el proceso de la referencia fue remitido al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por competencia, y posteriormente, en desarrollo del Plan de Descongestión adoptado para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el presente proceso fue redistribuido al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena quien adelantó la primera instancia en este asunto.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 17 de mayo de 2013, el Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia concediendo las

pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

"FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de los artículos 1º y 4º del Decreto 0010 del 13 de enero de 2003, proferido por el Alcalde Distrital de Cartagena en cuanto suprimió el cargo ocupado por la (sic) demandante en la planta de personal de la entidad accionada.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento de derecho, se ordena al Distrito de Cartagena a reintegrar a la demandante NOHEMY PACHECO DE LA ROSA, en el cargo de Auxiliar en Salud Código 512 Grado 05, o en uno similar o superior al suprimido (sic).

TERCERO: Condenar al Distrito de Cartagena, como indemnización, apagar a favor de la (sic) demandante los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones y demás derechos laborales y prestacionales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta que sea efectivamente reintegrada, sumas que deberá reajustar la condenada en los términos del artículo 178 del C.C.A., y que se indexaran a valor presente con la fórmula descrita en la parte motiva de esta providencia. De estos valores, se deducirá el valor de la indemnización por supresión de cargo si la hubo.

CUARTO: Declarar que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante.

(...)."

Como fundamento de la sentencia, el Juez consideró que la propuesta técnica que fue aportada al expediente para motivar la reestructuración acometida en el Distrito de Cartagena a través del Decreto 010 del 13 de enero de 2003, no se ajustó a las exigencias legales reglamentarias que exigían de dicho documento una metodología de diseño organizacional y ocupacional que contemplara por lo menos un análisis de la carga laboral, perfil de los empleos, evaluación de las funciones, procesos técnicos misionales y de apoyo, aspectos que fueron obviados en el estudio realizado por la accionada, sin que sea de recibo la simple intención de racionalizar el gasto de funcionamiento.

Señala que se puede avalar el hecho que se haya dispuesto el retiro del servicio de la actora, si que objetivamente estuviera satisfecho el requisito del estudio técnico, pues sería desconocer el derecho preferencial a ser tenida en cuenta en la nueva planta de personal.

Agrega que es evidente que disponer la supresión del cargo de la actora sin contar con un estudio técnico y completo y serio, no pudo perseguir una mejora del servicio, por lo que corresponde declarar la nulidad parcial del acto acusado y ordenar el reintegro a un cargo de igual o superior naturaleza al que le fue suprimido y se condenará al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde que fue desvinculada hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2013, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, reclamando su revocatoria.

El sustento de tal recurso en general reproduce los argumentos planteados en el escrito de defensa, señalando como razón adicional, que la Alcaldía Distrital elaboró los estudios técnicos exigidos por las normas vigentes, y en la exposición de motivos, así como en el comparativo de factibilidad económica del proyecto de reestructuración del DADIS, claramente se observan las motivaciones que sustentaron la necesidad de reestructurar la planta de personal del DADIS en razón a la imposibilidad del Distrito de continuar manteniendo la totalidad de la planta de personal, por limitaciones financieras.

Señala que analizando el contenido del estudio en el cual se soportó el acto acusado, se advierte que la propuesta de supresión de cargos se fundamentó en razones de orden económico, particularmente la necesidad

de reducir los gastos de funcionamiento, acorde con el Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero suscrito por el Distrito.

Agrega que la administración tiene la facultad y la obligación de adecuar su funcionamiento y su estructura para garantizar la debida prestación de los servicios y el ejercicio de las funciones de su cargo, es por ello, que el interés particular de los empleados públicos está llamado a ceder ante el interés general de mejoramiento del servicio, y por tal motivo no debe entenderse que el derecho a la estabilidad laboral de que gozan los empelados públicos de carrera administrativa, es el derecho a la inamovilidad del mismo.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 7 de octubre de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 3 cdno 2); y, con providencia adiada en octubre 21 de esta misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 6 cdno 2), oportunidad que fue aprovechada por las partes en litigio y el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

Alegatos de la parte demandante: Señala que de la simple lectura de los estudios económicos a que se hizo referencia en la parte considerativa del acto administrativo acusado, como presuntos determinantes para la supresión del cargo desempeñado por el demandante, se concluye que estos no constituyen un verdadero estudio técnico serio y legal que nos indique que la necesidad de suprimir el cargo que era desempeñado por parte del actor, y peor aún, estos no se ajustan a los lineamientos del artículo 41 de la Ley 443 de 1998, y los artículos 148, 149, 150 y 154 del Decreto 1572 de 1998, lo que los torna inexistentes, lo que afecta gravemente, la presunción de legalidad con que se encuentra investido el acto administrativo acusado.

Alegatos de la parte demandada: Afirma que no fue analizado en la sentencia recurrida lo previsto en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, pues el accionante por ser empleado inscrito en carrera administrativa se le ofreció la opción de revinculación o la indemnización, habiéndose dispuesto libre y voluntariamente, por esta última alternativa, recibiendo la suma de 432.588.640 con motivo de la supresión del cargo que venía desempeñando.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA

Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, la Sala advierte que el fallo de primera instancia proferido el día 17 de mayo de 2013, es incongruente toda vez que los considerandos de dicha providencia se apartan de la realidad procesal que se desprende de la observancia del presente asunto.

Así, vemos como a partir del folio 347 se hace alusión a una persona distinta a la que demanda¹, referenciándose a un cargo desempeñado en el Distrito de Cartagena diferente al estudiado, dando cuenta de una prueba diferente a la que reporta la demanda que no guarda relación con lo contenido en la documentación obrante en el encuadernamiento; y limitando prácticamente el estudio de legalidad sobre el acto acusado que es el mismo que aquí se debate.

En este sentido, la Sala, a la luz de los principios que rigen una eficaz administración de justicia, así como lo claramente consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, reprocha el ejercicio del análisis sustancial que hace el *a quo*, ante la observancia de lo plasmado en la parte motiva de la sentencia objeto de apelación, por lo que una vez estudiado el presente asunto como se verá más adelante, se procederá a

¹ En el presente asunto el demandantes es JOSÉ NICOLAS PETRO CORCHO y el estudiado por el Juez *a quo* es NOHEMY PACHECO DE LA ROSA.

modificar el fallo de primera instancia, pero no por las razones expuestas en el recurso de apelación, sino para corregir el yerro en que incurrió el *a quo*.

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 17 de mayo de 2013, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso el demandado tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la demanda instaurada, toda vez, que ante la falta de congruencia de la decisión del Juez de primera instancia, se impone en el presente estadio procesal el estudio de fondo de la discusión sometida a juicio, por lo que se efectuará el correspondiente estudio de legalidad sobre el acto que se acusa; sometiendo a consideración el argumento de quien demanda y apela; cual es, determinar la legalidad del Decreto 0010 del 13 de enero de 2003, por medio del cual se suprimieron unos cargos en la planta de personal del Distrito de Cartagena, entre ellos el del accionante

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, aunque se comparte el estudio de legalidad del acto acusado, la sentencia recurrida deberá ser modificada, pero no por las razones expuestas en el recurso de apelación, sino para corregir el yerro en que incurrió el *a quo* al realizar el análisis sustancial del presente asunto, para finalmente ordenar al DISTRITO DE CARTAGENA reintegrar al señor JOSE NICOLAS PETRO CORCHO al cargo de TECNICO DE SANEAMIENTO CODIGO

448 GRADO 10, o a otro de igual o similar categoría para el cual el demandante acredite los requisitos de ley, lo anterior, al no demostrarse en el proceso por el Distrito de Cartagena, que la decisión de suprimir cargos de la planta de personal de esa entidad, se soportó en un estudio técnico con el lleno de requisitos establecidos en la Ley 443 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1572 de 1998 modificado por el Decreto 2504 del mismo año.

La anterior tesis se funda en los argumentos que a continuación se exponen.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se demanda la nulidad del Decreto 0010 de 2003 "Por el cual se establece la Planta de Cargos de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. se eliminan unos cargos y se crean otros", expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias el 13 de enero de 2003. tal acto suprimió de la planta de personal del Distrito de Cartagena el cargo de Técnico en Saneamiento Operativo Código 448 grado 10 que desempeñaba el señor JOSE NICOLAS PETRO CORCHO (fls. 13-23).

Se trata de un acto administrativo de carácter definitivo, que modifica situaciones jurídicas particulares y concretas, respecto del cual no se dio al actor la oportunidad de interponer recurso alguno en sede gubernativa, por lo que, conforme a las previsiones del artículo 135 del C.C.A., se encuentra habilitada esta jurisdicción de lo contencioso administrativo para ejercer el control de legalidad sobre el mismo.

✓ De la supresión de empleos de carrera administrativa

La supresión de empleos en el sector público es un mecanismo de administración de personal, mediante el cual la autoridad competente procede a eliminar de la planta de personal de un determinado organismo, uno o varios cargos, circunstancia que comporta la separación del mismo de la persona que lo estuviere desempeñando y, por ende, la cesación en el ejercicio de funciones públicas.

El Constituyente se refirió a dicho instituto jurídico en distintos cánones, señalando en cada caso la autoridad facultada para ejercer esa potestad, de acuerdo con el nivel al que pertenezca el cargo. Por ejemplo: para los empleos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, le corresponde al Presidente de la República (art. 189-14); para los empleos de la Rama Judicial al Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257-2); para los empleos del orden Departamental a los Gobernadores (Art. 305-7); y para los empleos del orden Municipal a los Alcaldes (Art. 315-7); en todo caso, la competencia para suprimir empleos habrá de ejercerse con sujeción, en su orden, a las leyes, ordenanzas o acuerdos correspondientes y dado el equilibrio de poderes que caracteriza a nuestro Estado.

Ahora bien, tratándose de la supresión de empleos de carrera administrativa, debe decirse que el sistema de carrera otorga a los empleados escalafonados en ella, estabilidad en el empleo, pero ello no significa que el Estado deba mantener indefinidamente los cargos creados, pues pueden existir evidentes razones y necesidades que justifiquen la supresión de los mismos.

El derecho adquirido a la estabilidad en el empleo de que gozan quienes pertenecen a la carrera administrativa, no impide que la Administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que estos deben ceder ante el interés general²

De acuerdo con lo anterior, ha de concluirse que la supresión de empleos es una competencia constitucional y legal que, per se, no puede tenerse como violatoria de norma alguna y frente a la cual, una vez ejercida, los afectados

² Sentencia C-527/94 M P Alejandro Martínez Caballero

pueden acudir al control de legalidad por la vía judicial condicionándose el éxito de su demanda a la prueba de la ilegalidad del acto de supresión.

La Ley 443 de 11 de junio de 1998³ reglamentada por el Decreto Nacional 1572 de 1998, aplicable al caso del actor⁴, dispuso:

*Artículo 41º.- Reforma de plantas de personal. Declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 370 de 1999 Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la Rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y **basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.***

*Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. **Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.** Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-994 de 2000*

Parágrafo.- INEXEQUIBLE, Sentencia C. Constitucional 372 de 1999.

De lo anterior se colige, que es obligación motivar expresamente los actos sobre reformas de plantas de personal, que impliquen supresión de cargos y la finalidad de esa exigencia legal, es preservar los derechos de los empleados de carrera.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1572 de 1998 modificado por el Decreto 2504 de diciembre 10 de 1998 establece:

³ Derogada por el art. 58, Ley 909 de 2004, con excepción de los arts. 24, 58, 81 y 82

⁴ Desvinculado del cargo por haberse suprimido el 13 de enero de 2003 - 17 de enero 2003. Se le notifica tal decisión

Artículo 148°.- Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las **necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución**, las cuales estarán **soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren**.

"Artículo 149°.- Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación, supresión o reclasificación de empleos con ocasión de:

1. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
2. Supresión, fusión o creación de dependencias.
3. Modificación de las funciones generales institucionales o de las dependencias.
4. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
5. Eliminación, simplificación o creación de procesos o trámites.
6. Eliminación o reducción de prestación de servicios o la creación de nuevos servicios.
7. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
8. Introducción de tecnología.
9. Culminación o cumplimiento de planes, programas, proyectos o funciones cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajustan al desarrollo de nuevos planes, programas, proyectos o funciones de la entidad.

"Artículo 150°.- Los estudios técnicos de modificación de plantas de personal podrán ser desarrollados por equipos interdisciplinarios conformados por el Jefe de la entidad con personal de la misma, o por la Escuela Superior de Administración Pública, o por firmas especializadas o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas con los procesos técnicos misionales y administrativas.

Artículo 154°.- Los estudios que soportan las modificaciones a las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen como mínimo:

1. Análisis de las implicaciones derivadas de la transformación de la misión u objeto social de la institución y de las funciones generales.
2. Análisis de los procesos técnico - misionales y de apoyo.
3. Evaluación de la prestación de los servicios.
4. Evaluación de las funciones asignadas a los empleados.
5. Cargas de trabajo.
6. Análisis de los perfiles de los empleos.

El reglamento anterior, regula en detalle la motivación basada en necesidades del servicio, indicando las distintas situaciones que pueden presentarse y reafirmando en síntesis, que la motivación de los actos de supresión de empleos de carrera, es netamente reglada, de manera que no le está permitido a las entidades para las que aplique las normas transcritas, apartarse de lo sujeto en ellas.

Así las cosas, bajo la guía de las normas y precedente anteriormente aludidos, se revisará el caso concreto, centrándose nuestra atención – de conformidad a los argumentos del apelante -a la verificación de haberse observado o no un procedimiento previo concretado en un documento que aplique como estudio técnico, de acuerdo a la normativa trascrita.

EL CASO CONCRETO

La Sala por tanto descende al caso concreto y específicamente al acervo probatorio, el cual está compuesto por las siguientes piezas procesales, relevantes en lo que exalta nuestro interés, para la solución del problema debatido:

- Copia auténtica del acto acusado Decreto No. 0010 de enero 13 de 2003 (fl. 27-34), mediante el cual la entidad demandada establece la nueva planta de cargos de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C. se eliminan unos cargos y se crean otros, suprime los no establecidos en ella.
- Copia simple allegada por la entidad demandada con la contestación de la demanda del Proyecto de Reestructuración del Departamento Administrativo Distrital de Salud – Comparativo de factibilidad económica, expedidos por la Dirección del DADIS en octubre 3 de 2002 y noviembre 1º de 2002 (fls. 171-217)

El primero de los anteriores documentos, contiene una relación de los cargos del Departamento Administrativo Distrital de Salud, con especificaciones, en cuanto al código, grado, cantidad, sueldo y valor anual; un cuadro

comparativo del plan de cargo actual con alternativas propuestas y en general un plan de cargos propuestos.

En el segundo de los documentos se plasma una introducción, justificación, misión y visión en lo que se denomina Proyecto de Reestructuración del Departamento Administrativo Distrital de salud, describiendo la estructura administrativa de ese dependencia distrital, objetivo del proyecto, descripción y análisis de la situación actual, señalando debilidades, oportunidades, fortalezas, amenazas, recomendaciones de gestión y de actos administrativos, concluyendo en una exposición de motivos que dan cuenta de la imposibilidad de seguir asumiendo con recursos ordinarios, el pago de los técnicos de saneamiento y promotoras de salud del DADIS para el año 2003, por lo que se considera que el DADIS debe aplicar una reestructuración administrativa.

Se advierte además, que en el acápite denominado *ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL – DEBILIDADES*, el ítem 5, se pone de manifiesto la deficiente planta de personal para el ejercicio de las competencias en materia de vigilancia en aseguramiento, prestación de servicios y manejo de los recursos financieros en el régimen subsidiado, lo cual denota una contradicción a la recomendación final expuesta.

Así, de lo anterior podemos tener como demostrado, en torno a la *situación jurídica del demandante*, que estuvo vinculado al Distrito de Cartagena, inscrito en el escalafón de carrera administrativa, tal como consta en la Resolución No. 0573 de mayo 9 de 2003, "Por el cual se reconoce y se ordena el pago de una indemnización" (fl. 129), hasta que se decide suprimir el cargo de Técnico de Saneamiento, Código 448, grado 10; que el Alcalde Mayor con el acto acusado alteró la estructura de la administración, estableciendo una nueva planta de cargos, creando y suprimiendo empleos de la administración, bajo consideraciones de haberse elaborado los

estudios de que tratan los artículos 41 de la Ley 443 de 1998, 148 y 154 del Decreto 1572 de 1998 modificado por el artículo 9 del Decreto 2504 de 1998, y en los que se concluye que el Distrito no cuenta con los recursos financieros para mantener la totalidad de los empleos señalados, por lo que se hace necesario eliminar unos cargos de la planta de personal.

Sin embargo, del análisis de los documentos que se toman por el ente demandado como constitutivos de los estudios técnicos, comparando su contenido con la exigencia legal arriba transcrita – esto es artículo 154 Decreto 1572 de 1998 –, resulta fácil establecer que no se cumplió a cabalidad con el mínimo de las exigencias allí preceptuadas, pues no se evidencia ningún acápite destinado por ejemplo al análisis de la evaluación de la prestación de los servicios, de las funciones asignadas a los empleados y de las cargas de trabajo con las que estos contaban, advirtiéndose igualmente una deficiencia en cuanto a la forma como se intentan abordar las implicaciones derivadas de la transformación de la misión u objeto social de la institución y sus funciones generales. De tal suerte que se trata de unos documentos que tocan de manera genérica la situación de dificultad para sostener en la dependencia distrital DADIS a empleados que ocupaban el cargo de técnicos de saneamiento y promotoras de salud, sin ahondar en mayores razones, como aquellas previstas en la norma.

Sobre este punto, ha tenido oportunidad de pronunciarse el Consejo de Estado⁵, dejando sentada su posición, tal y como lo consignó en el siguiente pronunciamiento:

"Para la fecha de expedición de los actos acusados, por los cuales se modificó la planta de personal del Departamento de Antioquia y se determinó el retiro del actor, se encontraba vigente la Ley 443 de 1998 y su artículo 41 ya había sido reglamentado por el Decreto 1572, precepto que prevé los parámetros y procedimientos para la modificación de plantas de personal, modificado a su vez, en algunas de sus disposiciones, por el Decreto 2504 de 1998. Tratándose de supresión de

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02280-02(1246-10) Actor: JOHN JAIRO CARO CARDENAS Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

empleos de carrera administrativa, las referidas disposiciones legales consagran, como exigencia previa y para ese particular proceso, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma a las plantas de personal. Se trata entonces de una formalidad, como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inobservancia genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que le siguen, en tanto se configura una expedición irregular. Ahora bien, en cuanto a los estudios técnicos el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998 prevé que según la causa que origine la necesidad de fusionar, suprimir o crear cargos o dependencias, dentro de la estructura de la entidad, y sobre cuáles de ellos recaerán tales medidas, los estudios técnicos deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional, e incluir por lo menos el análisis de alguno de los aspectos relacionados en la norma, es decir, que debe contener análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, evaluación de la prestación de los servicios, y/o evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos. Sin embargo en los documentos mencionados no se encuentra acreditado que haya existido análisis de alguno de los puntos establecidos por el artículo 154 del Decreto 1572 de 2001, pues de su contenido no se deduce que aquellos puntos hayan sido objeto de estudio y aunque se habla del diagnóstico de la situación actual, no se indica qué aspectos se contemplaron, para llegar a la conclusión de la necesidad de supresión de cargos. FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 / DECRETO 1572 DE 1998"

Todo lo anterior demuestra una circunstancia que hace anulable el acto demandado, al desconocerse uno de los presupuestos consagrados en la Ley 443 de 1998, que derivan en una expedición irregular del decreto acusado, siendo claro para la Sala que los estudios adelantados por la Dirección del DADIS, no pueden entenderse como unos estudios técnicos a la luz de la Ley 443 de 1998, pues como antecedentes del acto administrativo acusado, no respaldan la decisión de la administración contenida en el acto que se acusa.

Llama la atención de la Sala, que el acto administrativo en sus consideraciones se refiere a estudios económicos realizados por la Subdirección Administrativa del Departamento Administrativo de Salud Distrital DADIS, y los documentos analizados son expedidos por la Directora de dicho ente, lo cual hace aún más reprochable el actuar de la parte demandada, pues a todas luces es claro que su defensa se sustenta en lo aportado a folios 114 a 133, solicitándose y aportándose posteriormente a

folios 160 a 253 – de modo que, la inexistencia de lo referenciado en el acto acusado, habla igualmente de una falsa motivación.

Así no le queda a la Sala más que concluir, que la administración distrital no contó con un real estudio técnico en los términos exigidos por la ley, situación que hace viable el retiro del ordenamiento jurídico, de la decisión que afectó la situación laboral y particular del demandante.

Restablecimiento del derecho

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará al DISTRITO DE CARTAGENA reintegrar al señor JOSE NICOLAS PETRO CORCHO al cargo de TECNICO DE SANEAMIENTO CODIGO 448 GRADO 10, o a otro de igual o similar categoría para el cual el demandante acredite los requisitos de ley; proceder el pago de la totalidad de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos de orden laboral dejados de percibir por el actor desde la fecha de su retiro del servicio (enero 17 de 2003) hasta cuando efectivamente se produzca su reintegro.

Igualmente, se ordenará a la entidad territorial demandada efectuar las deducciones que correspondan con destino al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y, se le autoriza para descontar de las condenas impuestas las sumas de dinero que haya pagado por concepto de indemnización por retiro.

Para todos los efectos legales a que haya lugar, se tendrá en claro que no ha existido solución de continuidad en la vinculación laboral del demandante.

COSTAS

Atendiendo las previsiones del art. 171 del C.C.A., en la forma como fue modificado por el art. 55 de la Ley 446 de 1998, al no advertirse temeridad

alguna en la actuación desplegada por la parte demandada, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sal de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1º, 2º y 3º de la parte resolutive de la sentencia condenatoria de fecha 17 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, los cuales quedarán así:

PRIMERO: *Declarar la nulidad parcial de los artículos 1º y 4º del Decreto 0010 del 13 de enero de 2003, proferido por el Alcalde Distrital de Cartagena en cuanto suprimió el cargo ocupado por el demandante en la planta de personal de la entidad accionada.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento de derecho, se ordena al Distrito de Cartagena a reintegrar al demandante JOSE NICOLAS PETRO CORCHO, en el cargo de TECNICO DE SANEAMIENTO CODIGO 448 GRADO 10, o en uno similar o superior al suprimido.*

TERCERO: *Condenar al Distrito de Cartagena, como indemnización, a pagar a favor del demandante los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones y demás derechos laborales y prestacionales dejados de percibir como consecuencia del retiro, desde el día 17 de enero de 2003 y hasta cuando sea efectivamente reintegrado; sumas que deberá reajustar la condenada en los términos del artículo 178 del C.C.A., y que se indexaran a valor presente con la fórmula descrita en la parte motiva de esta providencia.*

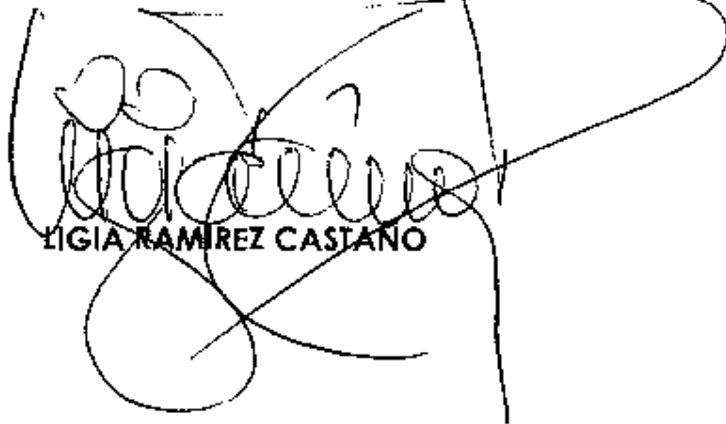
De estos valores, se deducirá el valor de la indemnización por supresión de cargo si la hubo y las deducciones que correspondan con destino al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

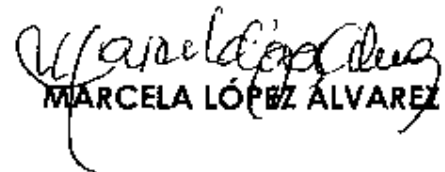
LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE ENRIQUE FANDIÑO GALLO
DLBT



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0009
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: DARIO DE JESUS MARTINEZ HINCAPIE
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA-ACCION SOCIAL- AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCION SOCIAL Y COOPERACION INTERNACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-504-2010-00287-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIEZ (10) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-

Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO 002 DE DESCONGESTIÓN

Página 1

SUBSECCION ESPECIAL DE DESCONGESTION
SALAPLENA

Cartagena de Indias D. T. y C., Diciembre diez (10) de dos mil trece (2013)

Sentencia **333** de 2013

2º instancia.

**Tema: DESPLAZAMIENTO FORZADO – AYUDAS HUMANITARIAS
REPARACION**

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 13-001-33-31-504-2010-00287-01
Demandante: DARIO DE JESUS RAMIREZ HINCAPIE
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – ACCIÓN SOCIAL Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.

La Sala Plena de la Subsección Especial de Descongestión de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de abril 26 de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA** instaurado a través de apoderado judicial por **DARIO DE JESUS RAMIREZ HINCAPIE**, contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – ACCIÓN SOCIAL Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL**, providencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de la Acción de Reparación Directa prevista en el art. 86 del C.C.A., el señor **DARIO DE JESUS RAMIREZ HINCAPIE**, por medio de apoderado judicial, presentó demanda contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – ACCIÓN SOCIAL Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL** para que previo el trámite a que haya lugar, se declare:

PRIMERA. Que se declare que **LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, ACCIÓN SOCIAL Y/O UNIDAD TERRITORIAL DE BOLÍVAR Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL** son responsables administrativamente de los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo a los hechos o desplazamiento del actor donde perdió todos sus bienes materiales.¹

SEGUNDA: Que se condene a las demandadas a la reparación de los daños causados tanto materiales como morales al señor **DAIRO RAMIREZ HINCAPIE** con la pérdida de: un negocio de tomate, frijol y maíz, animales como gallinas y cerdos, destruyeron una vivienda y todos los enseres para un promedio de pérdida de \$44.900.000.²

TERCERA: Que se condene a las demandadas como reparación del Daño ocasionado con la pérdida de todos sus bienes, a pagar al actor los perjuicios del orden material y moral, subjetivados y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de \$121.875.481, conforme a lo probado dentro del proceso, la suma anterior la demandada se obligó a pagar y restituir los daños a mi mandante conforme a la Ley 387/1997 y demás decretos reglamentarios, haciéndose acreedor de las siguientes ayudas humanitarias, así:

A.- Las demandadas se encuentran en mora con el actor, toda vez que no han pagado dichas ayudas como son alojamiento transitorio, asistencia alimentaria

¹ Corrección de la demanda fl. 31

² Reforma de la demanda fl. 83.

y elementos de aseo personal, encontrándose adeudando a la fecha de hoy la suma de \$51.360.480.

B.- Para utensilios de cocina y elementos de alojamiento, otorgado por una sola vez, hasta una suma máxima equivalente al 50% del smlmv.

C.- Para transporte, otorgado por una sola vez, hasta una suma máxima equivalente al 50% del smlmv.

D.- De la estabilización socioeconómica o proyecto productivo la suma CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00) M-CTE.

E.- Por concepto de subsidio de vivienda, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00)M-cte.

CUARTA: La demandada realizó un abono al demandante por la suma de \$2.760.000.00 según recibos de fechas 10/11/2009 y 15/03/2010, lo anterior para que se tenga presente al momento de liquidar el presente crédito y tener como prueba que la demandada está aceptando la obligación pretendida en esta acción, con base en el derecho de petición donde se le requería esta obligación conforme la ley 387 de/1997 y demás normas concordantes y que fue objeto de no conciliación, lo anterior debido al ofrecimiento que la demandada se obliga a la demandada a raíz del daño o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio económico por causa del desplazamiento, al haber perdido todo su patrimonio económico.

LOS HECHOS

Los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:

Manifiesta el apoderado del actor, que su representado es oriundo del Municipio del Peñol en el Departamento de Antioquia, desplazado desde el año 2002, desempeñándose toda su vida como agricultor y por razones de violencia fue forzado a desplazarse a esta ciudad, siendo inscrito en el "Sistema Único de Registro – SUR", para obtener la ayuda humanitaria prevista en la Ley 387 de

1997 la cual, sin embargo no le ha sido otorgada, por lo que se han vulnerado sus derechos adquiridos por ley.

Sostiene el libelista que con ocasión del desplazamiento, el actor tiene derecho a recibir ayuda humanitaria y una indemnización correspondiente a perjuicios materiales, representada en el daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, por un valor de CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS (\$120.000.000.00).

II. LA DEFENSA

NACIÓN – MINISTERIO DE INTERIOR Y JUSTICIA.

A través de apoderada judicial designada para tal efecto, la entidad demandada contestó la demanda proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la entidad sobre la cual recaen las obligaciones legales presuntamente incumplidas, es sobre la AGENCIA SOCIAL PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ACCIÓN SOCIAL, pues ésta tiene la función legal de entrega de ayudas humanitarias a grupos de especial protección como lo son los desplazados por la violencia, víctimas del conflicto armado.

AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

No contestó la demanda, tal y como se señaló por el a-quo en el auto de fecha 13 de diciembre de 2011 (fl. 115).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia adiada en abril 26 de 2012, negó las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones así:

FALLA

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación procesal por pasiva propuesta por el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva, propuesta por el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA.

TERCERO: Declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva de la ACCION SOCIAL – hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL.

CUARTO: Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(...)”

En consideración de la Juez a quo, en el presente proceso se encontró demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por las dos entidades accionadas, toda vez que quedó establecido en el plenario que conforme a sus funciones, no dieron lugar a la producción del daño consistente en el desplazamiento forzado aducido por el accionante, pues no se encuentra dentro de estas la obligación de brindar seguridad y protección a los ciudadanos y por ende impedir el desplazamiento forzoso de estos debido a los ataques de los grupos armados del país, y quedó establecido que al Ministerio del Interior le corresponde la formulación de la política pública del sector administrativo del interior, dirigir y promover las políticas tendientes a la prevención de factores que atenten contra el orden público interno y también promover y apoyar la generación de infraestructura para la seguridad, pero no su ejecución.

En cuanto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, señaló la Juez que tampoco se encuentra legitimada por la pasiva conforme a los hechos que se le imputan en la demanda, por las mismas razones anotadas para el Ministerio, en cuanto a su responsabilidad de brindar seguridad al demandante o la omisión de poner en movimiento todos los medios puestos a su disposición para evitar el hecho dañoso, esto es el desplazamiento, ya que su intervención se produce con posterioridad, a fin de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia y apoyar el retorno y la consolidación y estabilización socioeconómica de quien ha sido víctima de la violencia.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión se interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la que expresa su inconformidad con el fallo de primera instancia manifestando que no está solicitando, en forma alguna, responsabilidad de las entidades demandadas por el desplazamiento de que fue objeto el actor, sino que la responsabilidad se deriva del actuar omiso de las mismas, con relación a la pérdida de bienes y la entrega de la ayudas humanitarias que el accionante viene reclamando con la demanda.

V. TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiado el 14 de septiembre de 2012, se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2012, dictada por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad (fl. 209); y, con providencia del 2 de octubre de 2012, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 212).

En esta oportunidad la parte demandante y la demandada Ministerio del Interior y de Justicia guardaron silencio, por su parte la demandada Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) antes Acción Social, presentó su escrito de alegaciones finales y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

Alegatos de la demandada Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS): Sostiene el apoderado de la demandada que Acción Social no dio lugar a producir ni por acción ni por omisión el daño alegado, el cual no es otro que el desplazamiento forzado aducido por la parte demandante, es decir que esta entidad no se encuentra legitimada en la causa material por pasiva, pues no es la entidad que le corresponde brindar la seguridad de los ciudadanos.

Concepto del Ministerio Público: La Agencia del Ministerio Público, delegada para este asunto, emitió concepto de fondo, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia como quiera que a su juicio está demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades demandadas, con relación al hecho del desplazamiento forzado del demandante y que en esta oportunidad se estableció de mano con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el pago retroactivo de la ayuda humanitaria es improcedente.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del veintiséis (26) de abril de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD DE LA ACCION

A pesar de la falta de técnica judicial que acusa la demanda, en cuanto no precisa en forma individualizada las pretensiones del actor como lo dispone el art. 138 del C.C.A., al hacer la interpretación integral de la demanda como lo autorizan los recientes lineamientos fijados en tal sentido por la Corporación de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encuentra la Sala de Decisión que dos son los hechos dañosos invocados por el demandante, a saber, el desplazamiento forzado del que fue víctima en el año 2002, que determinó para él la pérdida de sus bienes materiales y, un segundo hecho, que

se concreta en la omisión de las autoridades demandadas en la entrega de las ayudas humanitarias previstas en la Ley 387 de 1997.

En ese orden de ideas, debe la Sala definir si el fenómeno jurídico de la caducidad se ha configurado, o no, en este caso, en relación con los dos hechos dañosos que se han referenciado.

De la caducidad de la acción por el desplazamiento forzado.

En primer lugar, es necesario establecer si el fenómeno de la caducidad de la acción ha tenido ocurrencia frente al hecho mismo del desplazamiento forzado. Al respecto ha de tenerse en cuenta la orden que viene impartida por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, en cuanto dispone en su parte resolutive:

VIGÉSIMO CUARTO.- DETERMINAR que para efectos de la caducidad de futuros procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.

Esta determinación, de obligatorio cumplimiento para los jueces administrativos al estar incluida en la parte resolutive de la sentencia de unificación, respondió al siguiente

2. Problema Jurídico

El problema jurídico que debe resolver esta Sala, es si en los casos de tutela que se examinan, se presenta vulneración del derecho a la indemnización administrativa y a la reparación integral de los accionantes, por parte de la antigua Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social-, hoy transformada en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, de conformidad con la Constitución Política de 1991, los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas, y el nuevo marco jurídico e institucional creado por la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, especialmente el Decreto 4800 de 2011.

Así, la Sala Plena de esta Corporación deberá unificar los distintos criterios jurídicos que han dado lugar a la ejecución de distintas acciones judiciales, a partir de las cuales se han adjudicado diferentes consecuencias jurídicas a los mismos supuestos de hecho en materia de reparación integral e indemnización administrativa a víctimas del desplazamiento forzado. Para ello, la Corte deberá resolver diversos cuestionamientos jurídicos, tanto de tipo procesal como sustancial, asociados a la procedencia de la acción de tutela, su prosperidad en

los casos en concreto y el régimen legal aplicable, con el fin de lograr la protección efectiva del derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento forzado, atendiendo el nuevo marco legal y reglamentario en la materia.

La determinación en comento fue soportada por esa Alta Corporación con los siguientes razonamientos:

11.2.5 En cuanto a la procedencia de la indemnización en abstracto en el trámite de la acción de tutela, esta Sala reitera su jurisprudencia en relación con el alcance normativo del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, el cual prevé que (a) cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, (b) la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, y (c) si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho; en el fallo de tutela, el juez podrá, de manera oficiosa, ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado y que la liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente mediante trámite incidental.

(i) Respecto de este tema, la Corte reitera nuevamente su jurisprudencia, insistiendo en el carácter subsidiario y excepcional de la indemnización en abstracto de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, ya que la acción de tutela no posee un carácter o una finalidad patrimonial o indemnizatoria, sino de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en razón a que su procedencia se encuentra condicionada a que: (i) debe cumplirse el requisito de subsidiariedad, en tanto no exista otro medio judicial para alcanzar la indemnización por los perjuicios causados; (ii) debe existir una violación o amenaza evidente del derecho y una relación directa entre ésta y el accionado; (iii) debe ser una medida necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho; (iv) debe asegurarse el derecho de defensa del accionado; (v) debe cubrirse con la indemnización solo el daño emergente; y (vi) debe precisarse por el juez de tutela el daño o perjuicio, el hecho generador del daño o perjuicio, la razón por la cual la indemnización es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho, el nexo causal entre el hecho y el daño causado, así como los criterios para que se efectúe la liquidación en la jurisdicción contenciosa administrativa o por el juez competente.³

Por consiguiente, esta Sala reafirma que la indemnización en abstracto consagrada por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 procede solo de manera excepcional y siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriormente mencionados. Finalmente, es de resaltar que el derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional, no se agota de manera alguna en el componente económico de compensación a través de medidas indemnizatorias de los perjuicios causados, sino que por el contrario, la reparación es un derecho complejo que contiene distintas formas o mecanismos reparatorios, tales como medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, garantías de no repetición, entre otras.

³ Sentencia T-299 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo

(iii) De conformidad con los criterios expuestos, la Sala, en forma categórica, negará por improcedente la concesión de la indemnización en abstracto, de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en los casos bajo estudio en la presente sentencia de unificación y en relación con el mecanismo de indemnización vía administrativa a víctimas de desplazamiento forzado, exclusivamente, por cuanto (a) no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que la indemnización que se solicita por parte de los actores es una indemnización administrativa, existiendo en la normatividad actualmente vigente –Ley 1448 de 2011 y decretos reglamentarios–, un mecanismo diseñado para el reconocimiento y otorgamiento de la indemnización administrativa a las víctimas del conflicto interno, la cual se encuentra regulada en los artículos 132 a 134 de la Ley 1448 de 2011, y por los artículos 146 a 162 del Decreto 4800 de 2011; (b) así mismo la indemnización abstracta de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 se refiere al cubrimiento del daño emergente, mientras que la indemnización administrativa, por su naturaleza y carácter administrativo y masivo, es una indemnización que debe ser fijada por el Gobierno Nacional con base en criterios de equidad; y (c) no existen los elementos de juicio necesarios dentro de los expedientes de tutela bajo revisión, para fijar los parámetros o criterios con base en los cuales el juez contencioso administrativo deba realizar la liquidación de perjuicios.

Bajo esta misma consideración, la Corte revocará los fallos dentro de los cuales se concedió la condena en abstracto, de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en relación con el mecanismo de indemnización vía administrativa a víctimas de desplazamiento forzado, pues los jueces soslayan dentro de tales pronunciamientos las ostensibles diferencias entre la **indemnización por vía administrativa y la reparación por vía judicial**, dando aplicación generalizada a los lineamientos traídos sobre el particular por la sentencia de tutela T-085 de 2009, cuando en ella se tienen en cuenta presupuestos específicos para conceder la condena en abstracto, "(...)(i) comprobada la violación manifiesta del derecho fundamental de los accionantes, (ii) al no disponer los afectados de otro medio judicial ordinario y (iii) al ser imperativo asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado", que como allí también se señala es de carácter excepcional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que por primera vez la Corte Constitucional, a través de una sentencia de unificación de su jurisprudencia, fija el sentido y alcance del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena precisa que los términos de caducidad para población desplazada, en cuanto hace referencia a futuros procesos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sólo pueden computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse, como antes se explicó, de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto por la sentencia C-099 de 2013, que declaró exequibles los incisos 2 y 3 del artículo 132 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido que en el caso de los daños causados por crímenes de lesa humanidad, como el desplazamiento forzado, que sean atribuibles a agentes del Estado, no podrá entenderse que la indemnización administrativa se produce en el marco de un contrato de transacción, pudiendo descontarse de la reparación que se

reconozca por vía judicial a cargo del Estado, los valores pagados por concepto de reparación administrativa.

En punto a este tema, la Sala debe insistir en que la indemnización por vía administrativa no es una medida ni exclusiva, ni suficiente, para asegurar el goce efectivo del derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento, sino que constituye tan solo uno de los mecanismos dirigidos a lograr tal fin. De esta forma, la indemnización por vía administrativa de que tratan los artículos 132 a 134 de la Ley 1448 de 2011, y los artículos 146 a 162 del Decreto 4800 de 2011, constituye tan solo un componente de la reparación integral para las víctimas de desplazamiento, cuyo otorgamiento se protegerá en todo caso mediante esta decisión, sin menoscabo, ni exclusión, de otras medidas de reparación integral contenidas en la Ley 1448 de 2011.

Como se ve, lo dicho por la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Constitucional tiene el carácter de *ratio decidendi*, al responder a uno de los problemas jurídicos que desatan en la sentencia de unificación 254/13; pero, debe tenerse presente que los efectos *inter comunis* de esta sentencia sólo tendrán cabida en los casos que la misma sentencia prevé, así:

De conformidad con lo anterior, la Sala aclara que para los casos análogos y similares a los aquí fallados se aplicarán los efectos inter comunis que se explicarán en detalle más adelante y que para otros casos diferentes a los que aquí se fallan que no queden cobijados por los efectos jurídicos aludidos, cuya reparación deba ser definida de conformidad con el régimen de transición o con el nuevo régimen establecido por la Ley 1448 de 2011 y su decreto reglamentario 4800 del mismo año, en atención a que esas víctimas no hayan interpuesto todavía solicitudes de reparación o acciones de tutela, será la Unidad Administrativa Especial para Atención y Reparación Integral a Víctimas, o los jueces excepcionalmente, los llamados a determinar el monto de la indemnización administrativa, teniendo en cuenta el grado de vulnerabilidad y debilidad de cada uno de ellos, monto que deberá ser fijado hasta por 27 salarios mínimos mensuales legales vigentes si es del régimen de transición o hasta 17 salarios mínimos si del nuevo régimen establecido por la Ley 1448 de 2011.

Finalmente, para lograr la comprensión de la orden impartida por la corte Constitucional, es necesario acudir a la sentencia T-299/09, a la que se refiere esa alta Corporación en la sentencia de unificación que se cita, en torno al derecho de la población desplazada a ser beneficiaria de una reparación integral, donde se lee:

3.5. Los derechos de los desplazados y el derecho a la verdad la justicia y la reparación.

3.5.1. *La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia tiene, conforme lo señaló la Corte en la Sentencia la Corte en la Sentencia T-025 de 2004 ^[13]; i) derecho a ser incluido en el Registro Único de Población*

Desplazada bien individualmente o con su núcleo familiar, ii) derecho a que se reconozca su condición de sujeto de especial protección, iii) derecho a recibir ayuda humanitaria que comprende, como mínimo, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c) vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales, iv) derecho a que se les proporcione una certificación o documento que los acredite como inscritos en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud, v) derecho al retorno a su lugar de origen en condiciones de seguridad, sin que se les pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional, vi) derecho a que se establezcan, con su participación, las circunstancias de su situación personal y familiar para determinar, cómo pueden trabajar con miras a generar ingresos que le permita vivir en forma digna y autónoma, vii) derecho de los menores de 15 años, a acceder a un cupo en un establecimiento educativo, y, viii) derecho a la verdad la justicia y la reparación como víctimas de un delito.

3.5.2. *El derecho a la verdad exige que dentro del proceso penal se establezcan claramente las circunstancias del desplazamiento y de los otros delitos de que hubiese sido víctima el desplazado, autores y partícipes, al igual que la posibilidad de que la víctima participe dentro del proceso. El derecho a la justicia incluye la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la eficiente actividad estatal para evitar que los hechos queden en la impunidad. El derecho a la reparación conlleva, una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente.*

3.5.3. *Los demandantes tendrían por tanto el derecho a que se establezcan las condiciones que generaron su desplazamiento y los autores y de haber sido víctimas no solo de ese delito sino de otros, y en esos casos también tendrían derecho a que se revele la verdad, se castiguen los autores, y a obtener una reparación judicial o administrativa.*

Así entonces, aún cuando se dirá que la caducidad de la acción en este caso no será tenida en cuenta como presupuesto procesal, estima la Sala Especial de Descongestión que es necesario precisar que tal determinación se acoge, no solo por tratarse de una determinación adoptada por la Corte Constitucional con miras a efectivizar la protección reforzada de la que ya se ha revestido a la población desplazada, sino también porque ello responde a los criterios de integralidad normativa contenidos en los arts. 93 y 94 de la Carta Superior⁴, que

⁴ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él

remiten a los tratados y convenios internacionales que conforman el llamado Bloque de Constitucionalidad, así como a los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas y la protección especial que también cabe respecto de los derechos y garantías que, aún cuando no se encuentren enlistados en la Carta superior o en los convenios internacionales, son inherentes a la persona humana.

De la caducidad de la acción por la no entrega de ayudas humanitarias.

Sea lo primero decir que, como se vio en el acápite anterior, la regla de caducidad de la acción, en materia de reparación directa, no se agota en su contenido literal, sino que queda abierta para su integración normativa de acuerdo con las reglas de los arts. 93 y 94 Superior, cuando se tienen en cuenta los especiales eventos y las precisas circunstancias en que ocurrieron los hechos determinantes del daño.

En punto a la caducidad de la acción por la no entrega de las ayudas humanitarias en forma oportuna a la población desplazada, esta Sala Especial de Descongestión analizará la ocurrencia de dicho fenómeno no desde el punto de vista de la omisión en la que incurrió el Estado, porque en ese evento la caducidad de la acción se iniciaría a partir del momento en que la entidad demandada incurrió en omisión, entendida dicha omisión como conducta única e instantánea, sino que se dirá que dicho fenómeno encuentra como extremo temporal inicial el momento a partir del cual se inició la distribución de las mencionadas ayudas, analizado ello desde la óptica del retardo o inactividad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En efecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha construido una línea jurisprudencial en torno a la omisión en la actividad estatal como hecho configurativo del daño que da lugar a reclamar la responsabilidad del Estado a la luz de las previsiones contenidas en el art. 90 de la Carta Superior, de manera que el cómputo del término de caducidad de la acción según las reglas del numeral 8º del art. 136 del C.C.A., debe iniciar a partir del día siguiente a aquel en que *ha tenido lugar dicha omisión*, y fenece de manera perentoria en el último día de los dos (2) años siguientes atendiendo el carácter objetivo e

ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos

improrrogable del término de caducidad de la acción, como se lee en la siguiente nota de relatoría:

Al respecto, la Sala tiene por establecido que el término de caducidad en este tipo de acciones se cuenta, generalmente, a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que sea la causa del perjuicio. Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho en el término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Dicho lapso está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.⁵

No obstante, dicha posición se ha ido morigerando para reconocer la existencia de circunstancias que, siendo dañosas, no pueden ser confundidas con el daño antijurídico propiamente dicho, como resultan serlo las consecuencias del daño cuando estas se prolongan o se extienden en el tiempo, porque en tales casos, ha dicho el Consejo de Estado, la caducidad corre de manera autónoma e independiente a partir de la ocurrencia del daño, y no de la extensión en el tiempo de sus efectos nocivos, como se lee en el siguiente aparte:

Las reflexiones que han llevado a esta Corporación a reconocer la posibilidad de acudir a la solución que se deja vista, nacen de la aplicación de los principios de equidad y de justicia, bajo una visión de la lógica de lo razonable y habida consideración de la circunstancia de desconocimiento por parte del afectado de la existencia del daño, desconocimiento, se reitera, no nacido del desinterés o descuido de éste, sino de las particularidades específicas en que surgió. En el marco de ese mismo universo, ha reconocido la jurisprudencia que ocurren eventos en los cuales los daños pueden provenir de un acontecimiento de agotamiento instantáneo, pero que también puedan –ocasionalmente– provenir de un hecho que se va produciendo de manera paulatina o progresiva y que esas distintas circunstancias se proyectan, también, en el ámbito de la contabilización del término de caducidad de la acción. En el primer caso no cabe duda en cuanto a que el término para interponer la demanda resarcitoria ha de empezar a contabilizarse a partir del día siguiente a aquel en que se produjo el acontecimiento dañoso (y esta constituye la

⁵ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099)

regla general), pero también puede ocurrir que los efectos del daño se agraven con el tiempo, o que fenómenos sucesivos y homogéneos puedan producir daños continuos. En eventos como estos últimos, se ha señalado por la jurisprudencia, que ha de tenerse cuidado de no confundir la producción de daños sucesivos con el agravamiento de los efectos de un mismo daño, pues en este último evento el término para ejercitar la acción debe empezar a contarse desde el acaecimiento del hecho que le dio origen, y no así cuando los daños se producen de manera paulatina como efecto de sucesivos hechos u omisiones, o causas dañosas diversas, en cuyo caso el término para reclamar la indemnización de perjuicios corre de manera independiente para cada uno de los daños derivados de esos sucesivos eventos.⁶

Conforme con las anteriores decisiones judiciales, forzoso resultaría concluir que en el caso que ahora se estudia se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, como quiera que el Estado incurrió en omisión frente al demandante, cuando no le hizo entrega de las ayudas humanitarias en el momento en que anunció haber sido desplazado de manera forzada de su lugar de habitación.

Sin embargo, en este caso encuentra la Sala que no se trata de una omisión del Estado sino de una prolongada inactividad estatal, un retardo institucional frente a las necesidades de la población desplazada al interior del territorio colombiano, lo que fue resaltado por la Corte Constitucional al declarar el estado de cosas inconstitucional a través de la sentencia T-025/04⁷; inactividad o retardo que eventualmente se configura como causante del daño antijurídico del que derivaría la responsabilidad estatal y cuya cesación determina el inicio

⁶ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109)

⁷ ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

del cómputo del término de caducidad de la acción, pues es en ese momento cuando cesa la causación del daño.

Atendiendo tales parámetros, debe entonces afirmarse que el daño que se le enrostra a la Administración cesa en su causación, precisamente cuando el Estado entra en acción para dar cumplimiento a la obligación que le viene impuesta por mandato legal, y es a partir de ese momento cuando inicia el cómputo del término de caducidad de la acción.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

De la lectura de la demanda, de la sentencia de primera instancia y del recurso de apelación, esta Sala debe determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) son responsables a título de falla del servicio por los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento forzado del actor, hecho en el que perdió todos sus bienes materiales, así como la falla del servicio o de la administración en la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, ordenadas por la ley con destino a la población desplazada.

Como problemas jurídicos asociados habrá de estudiarse i) si como requisito de prosperidad de las pretensiones referidas al daño causado por el desplazamiento forzado, se debe establecer cuál fue el hecho violento que lo determinó, para a partir de allí establecer la responsabilidad estatal; ii) cómo se demuestra la condición de persona desplazada; iii) qué perjuicios deben repararse por el Estado por la ocurrencia del desplazamiento forzoso; iv) qué perjuicios deben repararse con ocasión de la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.

4. TESIS DE LA SALA

Teniendo como punto de partida la sentencia SU-254/13 proferida por la Corte Constitucional, reforzada con los lineamientos jurisprudenciales que vienen dados por el Consejo de Estado en materia de reparación del daño antijurídico

causado a la población desplazada, la Sala estudiará las pretensiones del actor, de acuerdo con los siguientes parámetros:

1. La inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es prueba de la condición de persona desplazada, a menos que se demuestre en juicio lo contrario.
2. La responsabilidad del Estado ante el daño causado por el desplazamiento forzado, debe analizarse frente al hecho particular de violencia que lo determinó.
3. El daño moral se presume en los eventos en que ha tenido ocurrencia el desplazamiento forzoso.
4. El daño material reclamado por la ocurrencia del desplazamiento forzado, debe ser plenamente demostrado por el demandante en el marco del proceso judicial en el que se debate la responsabilidad estatal.
5. La inactividad o retardo del Estado en la entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, se configura como un daño antijurídico que agrava las condiciones de vulnerabilidad de ese grupo poblacional, aun cuando dicha obligación no tenga un componente de carga legal, sino que se soporta en el principio de solidaridad.
6. La no entrega oportuna de ayudas dirigidas a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, no se configura como un daño antijurídico al soportarse en el principio de solidaridad y no ser el Estado el único titular de dicha obligación.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La responsabilidad extracontractual del Estado

La acción promovida por el actor es la de reparación directa, cuya fuente constitucional se encuentra en el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código Contencioso Administrativo y cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

"ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

ART. 86 CCA.—Modificado. L.446/98, art. 31. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa..."

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos⁸:

1. **El Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. **El Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. **El Nexó Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA OCURRENCIA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO Y EN LA ENTREGA DE AYUDAS HUMANITARIAS.

La Sala tomará como referente constitucional y jurisprudencial la Sentencia SU-254/13 de la Corte Constitucional, en la medida en que la misma se ocupa de analizar lo referente al daño causado a la población sometida a desplazamiento forzoso, la categorización de la conducta delictiva que dio ocurrencia al desplazamiento como un delito de lesa humanidad, los alcances de la reparación judicial y la indemnización administrativa a que tiene derecho la población desplazada, teniendo como punto de partida la Ley 398 de 1997 hasta llegar a la Ley 1448 de 2011, valorando en extenso las decisiones que

⁸ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación

sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado, y fijó, además, los efectos *inter communis* que dicha decisión abarca.

DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO

Acerca de la configuración y magnitud de este fenómeno social, dice la Corte Constitucional en la sentencia que se cita:

5. Los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado a la verdad, a la justicia y a la reparación, protegidos en sede de tutela, especialmente en el marco de la Sentencia T-025 y sus autos de seguimiento⁹

5.1 La Corte ha considerado que el daño que ocasiona el desplazamiento forzado, es un hecho notorio, y ha reconocido tanto la dimensión moral como la dimensión material del daño que causa el desplazamiento. Igualmente, ha afirmado que este daño se refiere a una vulneración masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las personas víctimas del delito de desplazamiento, lo cual les ocasiona la pérdida de derechos fundamentales y de bienes jurídicos y materiales, lo que a su vez los convierte en una población en extrema situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, y por tanto los sitúa en una condición de desigualdad que da lugar a discriminación.¹⁰

Es a partir de la definición del daño que el desplazamiento forzado produce en las víctimas de este delito, que se puede fundamentar adecuadamente el derecho a la reparación integral de que gozan las personas obligadas a desplazarse, en cuanto ello permite evidenciar la dimensión dramática y desproporcionada del daño causado por el desplazamiento, en razón a que con este delito se afecta la totalidad de los derechos fundamentales y un universo de bienes jurídicos y materiales de esta población, lo cual permite igualmente determinar qué y cómo debe repararse, y cuáles son las obligaciones específicas del Estado en materia de reparación.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha encontrado que el concepto de daño es un concepto complejo y ambigüo, con múltiples dimensiones normativas, que hace parte del debate respecto de la teoría de la responsabilidad por daños. Existen elementos comunes en las teorías clásicas sobre el daño, que se aplican tanto en el derecho civil como en el administrativo, en donde se define el daño como (i) una afectación, destrucción, deterioro, restricción, disminución o acción lesiva (ii) respecto de los derechos subjetivos, intereses jurídicos o bienes patrimoniales o morales de las víctimas, (iii) como consecuencia de una acción antijurídica que no estaban obligadas a soportar, (iv) que puede ser ocasionada por acción u omisión, (v) por distintos actores –como el Estado, particulares u

⁹ Los siguientes son extractos tomados de la sentencia C-715 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Ver sentencias SU-1150 de 2000, T-098 de 2002, T-419 de 2003, T-602 de 2003, T-025 de 2004 y T-821 de 2007. Sobre el daño que causa el desplazamiento forzado a efectos de la reparación, ver Saldarriaga Restrepo Esteban, El desplazamiento forzado como paria. La Garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia, en: Rodríguez Garavito Cesar (Coord.), Más allá del desplazamiento Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, Cijus, 2010

organizaciones de cualquier tipo, (vi) y en diferentes grados, intensidades y niveles de afectación.¹¹

Así, la jurisprudencia constitucional en sede de tutela se ha pronunciado reiteradamente sobre el daño que produce el desplazamiento forzado en las víctimas de este delito, sobre la condición de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta que este delito produce en sus víctimas, y a la necesaria garantía de los derechos de estas víctimas, en especial, en lo que concierne a su reparación integral.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el drama humanitario que causa el desplazamiento forzado como un hecho notorio, así como la dimensión desproporcionada del daño antijurídico que causa este grave delito, el cual ha calificado como (i) una vulneración múltiple, masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento; (ii) una pérdida o afectación grave de todos los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos y materiales de esta población, que produce desarraigo, pérdida de la pertenencia, de la autonomía personal, y por tanto dependencia, marginalidad, exclusión social y discriminación de esta población; y (iii) por consiguiente como una situación de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta, de inusual y gravísima desprotección e indefensión de las víctimas de este delito.

Teniendo en cuenta las dimensiones del daño causado por el desplazamiento forzado y el carácter sistemático, continuo y masivo de este delito, la Corte ha (i) declarado el estado de cosas inconstitucional en relación con la vulneración masiva, continua, sistemática del desplazamiento forzado; (ii) la obligación y responsabilidad del Estado en materia de prevención y de atención integral desde la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización socioeconómica y la reparación integral a las víctimas; (iii) ha evidenciado las carencias y falencias por parte de la respuesta estatal e institucional en relación con la prevención y atención integral del desplazamiento y ha adoptado medidas que fijan parámetros constitucionales mínimos para la superación de dichas falencias y del estado de cosas inconstitucional, para el logro del goce efectivo de los derechos de esta población; y (iii) ha insistido en que el proceso de restablecimiento y de reparación integral a las víctimas de desplazamiento forzado es una cuestión de justicia restaurativa y distributiva y no puede tener un carácter asistencialista. (subrayas ajenas al texto original).

DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En cuanto se refiere al título con base en el cual se hace la imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, por la ocurrencia del fenómeno del

¹¹ En relación con las teorías del daño ver Joel Feinberg, Joel, Harm to others: The Moral Limits of the Criminal Law. Volume I. New York: Oxford University Press, 1987, págs. 31, 214; Mazeaud, Henri y Tunc, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I. Buenos Aires. Ediciones Europa-América, 1961, pág. 293, 301-326, 385-422; Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de la responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Legis, 2007, pág. 335-469; y Saldarraga Restrepo, Esteban, El desplazado como paria. La Justicia y la Reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia, 2010, pág. 328-329; entre otros.

desplazamiento forzado en el territorio nacional, en la misma sentencia, con cita de múltiples decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, se lee:

7. Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de reparación a víctimas de desplazamiento forzado

Para el presente estudio, es importante hacer mención de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de reparación a las víctimas de desplazamiento forzado, por la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante acciones de grupo y acciones de reparación directa, así como a los múltiples pronunciamientos de esa alta Corporación en decisiones de tutela. En cuanto a los pronunciamientos del Consejo de Estado, es importante resaltar los siguientes temas abordados: (i) la condición de desplazado, (ii) la obligación del Estado de atender y reparar a la víctima de desplazamiento forzado, (iii) la responsabilidad estatal por acción o por omisión, (iv) los daños materiales y morales, y (v) la indemnización.

7.1 Condición de desplazado

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la condición de desplazado es una circunstancia anómala, ajena a la voluntad de la persona, que crea una situación fáctica de calamidad, donde el individuo se ve despojado de sus propiedades, tenencia, arraigo, etc., y que por tanto el juez debe hacer prevalecer el derecho sustancial con el fin de asegurar la eficacia inmediata de los derechos fundamentales de las personas víctimas de desplazamiento y en esos casos resulta procedente conceder el amparo de tutela en aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad-art. 4 CN- para proteger los derechos de las personas marginadas por circunstancias ajenas a su voluntad.¹²

Para el Consejo de Estado, al margen de los procedimientos establecidos por la ley - artículo 32 de la ley 387 de 1997 – para acceder derecho a los beneficios que en la misma ley se señalan para las personas en condición de desplazamiento, la condición de desplazado es un hecho que se refiere a la migración interna forzada, y por tanto constituye una situación fáctica y no una calidad jurídica.

*A este respecto, ha dicho el Consejo de Estado que: " ... al margen de esos beneficios, **la condición de desplazado la tiene quien se vea obligado a migrar internamente en las circunstancias y por los motivos señalados en la ley, porque, se reitera, ser desplazado es una situación fáctica y no una***

¹² Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2001). Reiterado en Sentencia 0032-01AC de 2003, y sentencia0268-01 de 2003 S3 del 03/05/08. Mediante estas decisiones el Consejo protegió el derecho a la vida, vivienda y trabajo.

calidad jurídica".¹³(Resalta la Sala). Para esa alta Corporación es claro que ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica que se adquiera con la inscripción en una lista oficial o por el hecho de recibir atención humanitaria estatal¹⁴.

En este orden de ideas, ha reafirmado igualmente el carácter de población en extremo estado de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, y por tanto, la obligación de trato preferencial y de acciones afirmativas que se deriva del Estado Social de Derecho. A este respecto ha sostenido que se justifica el **"trato preferencial que se debe otorgar a la población desplazada como causa del conflicto interno, situación anómala y excepcional que permite al juez interpretando la cláusula social de nuestro Estado Social de Derecho, proteger su situación de indefensión a la que se ve sometido por motivos ajenos a su querer."**¹⁵ (Énfasis de la Sala)

Así mismo, el Consejo de Estado ha sostenido la aplicación de las normas de derecho internacional sobre la prohibición del desplazamiento forzado y su atención y protección, al constituir tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que hacen parte integrante del bloque de constitucionalidad, según reza el artículo 93 de la Carta de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tales como: el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por la ley 171 de 1994. Así mismo, ha reconocido que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la Organización de Naciones Unidas y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, se refieren al deber del Estado de atender con prontitud, proteger y prestar apoyo para suplir las necesidades de este grupo de personas. De esta manera, ha reconocido el carácter prevalente del Derecho Internacional Humanitario, de los tratados e instrumentos internacionales, así como la importancia de la jurisprudencia internacional, para la protección en el orden interno de los derechos fundamentales de la población desplazada.¹⁶

7.2 Víctima del desplazamiento como víctima de un delito

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido expresa y claramente que toda víctima de este flagelo es sujeto pasivo del delito de desplazamiento forzado y que, por tanto, le corresponde la garantía de los

¹³ Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3 Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).

¹⁴ Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006) Caso del desplazamiento de la Gabarra.

¹⁵ Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2 001)

¹⁶ Ver Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3, Acción de Grupo iniciada por el desplazamiento del corregimiento de La Gabarra; y sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo iniciada por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

derechos de las víctimas de delitos, esto es, los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación.

A este respecto ha expresado el Consejo que: **"Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento y, por lo tanto, tiene derecho a conocer la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueron causados."**¹⁷ (Resalta la Sala)

7.3 Origen común del daño, acción de grupo y reparación directa

En cuanto al origen de la reparación de perjuicios dentro de la acción de grupo, ha aclarado el Consejo de Estado que ésta puede tener origen en la vulneración de derechos de cualquier naturaleza y no necesariamente de derechos colectivos. A este respecto, ha sostenido que la acción de grupo, cuando se entabla para obtener la indemnización por causa del desplazamiento forzado, se encuentra orientada "a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia del desplazamiento a que fueron forzados por hechos imputables a la entidad demandada".¹⁸ Así mismo, ha afirmado que en el caso del desplazamiento forzado y por tratarse de una acción indemnizatoria, la acción de grupo en estos eventos tiene una clara semejanza con la acción de reparación directa, en razón a que ambas se tramitan a través de procesos dirigidos a demostrar la responsabilidad a partir de los elementos estructuradores de la misma, tales como: la calidad que se predica de los miembros del grupo afectado y en cuya condición reclaman indemnización, la existencia del daño, su antijuridicidad, su proveniencia de una causa común y, por último, su imputabilidad al demandado.¹⁹

En cuanto a las diferencias entre la acción de grupo y la reparación directa para la reivindicación de los perjuicios, ha establecido el Consejo que con la primera se consigue economía procesal para el efectivo restablecimiento del derecho y evitar así la vulneración del derecho a la igualdad. Sobre este tema expuso ese Alto Tribunal:

"La acción de grupo se diferencia de la acción de reparación directa por los objetivos que con aquélla se persiguen, como son los de economía procesal al resolverse a través de un mismo proceso un cúmulo grande de

¹⁷ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú. Esto fue reiterado en la Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

¹⁸ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

¹⁹ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

pretensiones, cuya reclamación individual sería inviable cuando se trata de pequeñas sumas; gracias a esta acción existen mayores posibilidades de obtener, al menos en parte, el restablecimiento del derecho, "pues los bienes del demandado no se verán afectados por los demandantes que primero iniciaron la acción sino que se destinarán a cubrir la indemnización del grupo, a prorrata de sus daños y hasta donde su cuantía alcance", evitando así fallos contradictorios y por contera, la realización del derecho a la igualdad, porque de esta manera es posible "garantizar el resarcimiento de aquellos perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica; con la acción de grupo se pretende además, modificar la conducta de los actores económicos y brindar mayores facilidades para el demandado pues debe atender un único proceso y no una multitud significativa de éstos."²⁰

7.4 La responsabilidad del Estado por acción o por omisión ante hechos de desplazamiento forzado y su obligación de atender y de reparar a las víctimas, una vez ocurrido el desplazamiento forzado

En relación con el tema de la responsabilidad del Estado frente a los hechos que originan el desplazamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que al Estado le corresponde una doble responsabilidad: de un lado, le compete prevenir que los hechos del desplazamiento se produzcan, en cuanto es el encargado de velar por los derechos fundamentales de los asociados, pero que una vez ocurrido el desplazamiento, al Estado le corresponde la responsabilidad de atender y reparar a la víctima del desplazamiento, con el fin de que puedan reconstruir sus vidas. En punto a este tema, el Consejo afirmó:

"Al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, en razón a que las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados, pero si éste no es capaz de impedir que sus asociados sean expulsados de sus lugares de origen, tiene al menos que garantizarles la atención necesaria para reconstruir sus vidas."²¹ (Resalta la Corte)

En cuanto a la función de prevenir el desplazamiento, el Consejo de Estado ha sostenido que de conformidad con la Constitución, las autoridades públicas están estatuidas para defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares y, que el omitir dichas funciones, genera no sólo una responsabilidad individual para el funcionario, sino una responsabilidad institucional que deslegitima al Estado. Sobre este tema expuso:

²⁰ Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3 Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).

²¹ Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

"De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. **Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación.**"²² (Énfasis de la Sala)

En otra oportunidad reiteró ese Alto Tribunal que "[d]e acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".²³

En cuanto a la acreditación de la responsabilidad del Estado por omisión, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos: "[...] **a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño.**"²⁴ (Resalta la Sala)

En este mismo sentido, reiteró el Consejo de Estado en otra oportunidad: "En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que **en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, para que pueda considerarse que el Estado es responsable por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad,**

²² Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

²³ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

²⁴ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad.”²⁵ (Negritas de la Corte)

Así mismo, el Consejo de Estado ha sostenido que al Estado le es imputable responsabilidad bien sea por acción o por omisión, bajo los títulos de falla del servicio o de riesgo excepcional. En el primero de los casos, la responsabilidad por falla del servicio se produce por la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia a su cargo, lo que configura la omisión y el consecuente deber de reparar. En cuanto al riesgo excepcional, ha sostenido que esta figura jurídica se presenta entre otros eventos, cuando el Estado en desarrollo de su accionar expone a ciertos particulares a un hecho dañoso causado por un tercero y rompe con ello el principio de igualdad frente a las cargas públicas.²⁶

A este respecto, el Consejo de Estado expresó: “[e]n materia de la responsabilidad del Estado [...] se parte del supuesto de que la conducta dañosa la despliega un tercero ajeno a la estructura pública, y que jurídicamente tal conducta le es imputable al Estado, entre otros, por acción o por omisión, bajo los títulos de falla del servicio o de riesgo excepcional, según el caso. **En el primero de esos títulos jurídicos, falla en el servicio, el daño se produce por la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia a su cargo, al no utilizar todos los medios que tiene a su alcance para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso, cuando ha tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del acontecimiento,** previsibilidad que se constituye en el aspecto más importante dentro de este título de imputación, pues no es la previsión de todos los posibles hechos, los que configuran la omisión y el consecuente deber de reparar, sino las situaciones individuales de cada caso que no dejen margen para la duda y que sobrepasen la situación de violencia ordinaria. **Y en cuanto al segundo título jurídico, riesgo excepcional, se presenta cuando, entre otros, el Estado expone a ciertos particulares a un hecho dañoso por virtud de que sus instrumentos de acción, que son para proteger a la comunidad, son blanco delictual, rompiendo el principio de igualdad frente a las cargas públicas y sin consideración a que el daño es causado por un tercero.”**²⁷ (Énfasis de la Sala)

En cuanto a la responsabilidad por omisión o falla en el servicio por falta de protección, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, ésta se produce cuando el Estado ha tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del hecho dañoso, en cuyo caso se requiere que exista

²⁵ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

²⁶ Ver Sentencia 01472 - 01 de 2006, S3.

²⁷ Ver Sentencia 01472 - 01 de 2006, S3.

un requerimiento previo a la autoridad correspondiente, requerimiento que sin embargo, no exige ninguna formalidad, ya que todo depende de las circunstancias particulares de cada caso, y aún más, en algunos casos ni siquiera es necesaria, como cuando la situación de amenaza es conocida por la autoridad.²⁸ Así mismo, la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha encontrado que la responsabilidad del Estado por omisión se evidencia por la clara inactividad de éste a pesar de que cuenta con la capacidad para prevenir y combatir el accionar de los grupos delincuenciales pudiendo desplegar las acciones correspondientes para evitar el desplazamiento.²⁹

A este respecto ha dicho el Consejo: **"Las autoridades públicas tenían la posibilidad de interrumpir el proceso causal, porque tuvieron conocimiento previo de que el hecho se iba a producir."**³⁰

En este sentido, el Consejo de Estado ha reiterado la responsabilidad que le compete al Estado y el consecuente deber de realizar todas las acciones tendientes a impedir que se vulnerara los derechos de la población civil obligada a desplazarse, una vez se ha verificado que los hechos que han dado lugar al desplazamiento forzado individual o colectivo y a los daños derivados de éste, a raíz de incursiones paramilitares, de comisiones de masacres selectivas y de amenazas de nuevas masacres, habían podido evitarse, en cuanto se ha constatado que las autoridades tenían la posibilidad de intervenir en el desarrollo causal de los hechos, cuando se trataba de un hecho resistible, dada las alertas previas que se habían emitido respecto de la inminencia del hecho.³¹

²⁸ Así, en el caso de la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, el Consejo de Estado concluyó que *"de las pruebas que obran en el expediente que la incursión paramilitar en La Gabarra no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policiva de la región que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho. Igualmente puede considerarse que en consideración al número de integrantes de la organización criminal que se desplazaron hasta el lugar y los medios a través de los cuales hicieron ese desplazamiento, el hecho pudo ser resistible, con los efectivos militares que se encontraban en la región y con los que al mismo hubieran podido llegar si la voluntad estatal hubiera estado encaminada a confrontar eficazmente esa incursión"* Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3

²⁹ En la Acción de Grupo adelantada por el caso del desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Fito Gringo en la zona del Catatumbo, el Consejo de Estado encontró que *"la respuesta del Estado frente a ese ataque contra la población civil fue omisiva. Si bien está demostrado que se impartieron órdenes, instrucciones y se organizaron operaciones militares, lo cierto es que no se demostró que esas actuaciones hubieran estado dirigidas a impedir eficazmente que el grupo delictivo cumpliera las amenazas contra los pobladores del corregimiento de Fito Gringo amenaza que los obligó a desplazarse del lugar donde tenían asentado su domicilio para tratar de salvar sus vidas"*

()
Por lo tanto el Estado es responsable de los daños sufridos por el grupo accionante integrado por las personas domiciliadas en el corregimiento Fito Gringo que debieron desplazarse del lugar, por temor a perder sus vidas y que sufrieron los daños materiales derivados de la destrucción de sus viviendas"

En otro apunte de esta misma pronunciación expresó el Consejo de Estado *"frente a esas actuaciones de violencia el Estado asumió una conducta omisiva, constitutiva de falta del servicio, en tanto no adelantó ninguna acción militar de las proporciones que esos actos de violencia ameritaban. El Estado tenía el monopolio de las armas. Si éste hubiera decidido evitar la agresión del grupo paramilitar y defender a la población civil hubiera podido interrumpir el proceso causal iniciado con la marcha del grupo de Autodefensas a la zona del Catatumbo y en particular contra los pobladores del corregimiento de Fito Gringo, quienes, se insiste, ante la desprotección estatal no tuvieron alternativa diferente a abandonar su domicilio para padecer las penurias del desplazamiento forzado"* Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3

Igualmente, en el caso del desplazamiento de La Gabarra el Consejo de Estado concluyó la responsabilidad patrimonial de la demandada, *"porque con las pruebas que obran en el expediente, se acreditó el desplazamiento forzado a que se sometió a la población y la falta en la prestación del servicio por la omisión de las autoridades públicas de cumplir su deber de protegerla por cuanto no adelantaron ninguna operación estratégica ni militar tendiente a impedir la incursión paramilitar a pesar de que tenían conocimiento previo de que ésta se iba a producir y de que los violentos pasaron por los sitios donde se encontraban instalados el batallón de contraguerrillas No. 46, Héroes de Saraguro del Ejército y la estación de Policía de La Gabarra y sólo hicieron presencia en el corregimiento al día siguiente de la toma, cuando ya se había consumado la masacre de los pobladores y el desplazamiento forzado del grupo que hoy demanda"* Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3

³⁰ En el caso de La Gabarra el Consejo concluyó de las pruebas que obraban en el expediente *"que la incursión paramilitar en La Gabarra no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policiva de la región, que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho. Igualmente puede considerarse que en consideración al número de integrantes de la organización criminal que se desplazaron hasta el lugar y los medios a través de los cuales hicieron ese desplazamiento, el hecho pudo ser resistible, con los efectivos militares que se encontraban en la región y con los que al mismo hubieran podido llegar si la voluntad estatal hubiera estado encaminada a confrontar eficazmente esa incursión, falta de interés que se hizo evidente con las sucesivas masacres y homicidios selectivos cometidos en la región del Catatumbo, inclusive en el mismo corregimiento de La Gabarra, con posterioridad al desplazamiento de que trata este proceso"* Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3

³¹ Ver por ejemplo la sentencia SI 00213-01 de 2006 S3 mediante la cual se decidió la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento del corregimiento de La Gabarra en el municipio de Tibú

*De otra parte, si bien es cierto que la jurisprudencia del Consejo ha establecido la relatividad de las obligaciones del Estado, reconociendo las limitaciones de sus obligaciones cuando se encuentra imposibilitado para evitar el daño a la vida y bienes de los ciudadanos, con fundamento en el principio según el cual "nadie está obligado a lo imposible", también lo es, que esa misma Corporación ha establecido que este principio no excusa el incumplimiento de las obligaciones propias del Estado, y no es óbice para la responsabilidad estatal, la cual debe establecerse en cada caso. A este respecto ha dicho esa Corporación: "[e]s cierto que la jurisprudencia ha considerado que la relatividad de las obligaciones del Estado³², esto es, no le son imputables los daños a la vida o bienes de las personas cuando son causados por los particulares, en consideración a que las obligaciones del Estado están limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible"³³. No obstante, esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que **la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa el incumplimiento de sus obligaciones, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían**³⁴."³⁵ (Negrillas de la Corte)*

DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL DESPLAZAMIENTO FORZOSO.

En cuanto a la forma de reparar el daño antijurídico causado a la población desplazada, partiendo de la base de que el Estado ha incurrido en una falla del servicio, que en cada caso debe ser analizada en concreto, en la misma sentencia de unificación que por vía de revisión ha proferido la Corte

³² Precisión realizada por la Sala en providencia de 10 de agosto de 2000, exp 11 585

³³ Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de octubre de 1990, exp 5737, dijo la Sala "Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible" Así lo ha reconocido en varias oportunidades esta Sala y al efecto puede citarse la sentencia del 7 de diciembre de 1977 en donde dijo "Hay responsabilidad en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio" (Exp N° 1564, Actor Flota La Macarena, Anales, Segundo Semestre 1977, pág 605) Si bien es cierto que en esta materia el juez de la administración debe tener en cuenta que "la pobreza [del Estado] no lo excusa de sus obligaciones", ello no quiere decir que en cada caso concreto no deba tener en cuenta por ejemplo, las disponibilidades con que pueda disponer el ente demandado para cumplir con las funciones que le correspondan, como sería en eventos como de sub - lite, la consideración de la imposibilidad de tener fuerza policial disponible en forma más o menos permanente en cada una de las cuadras en que están divididas las avenidas, calles y carreras de una ciudad como Bogotá y con mayor razón cuando una parte importante de aquella tiene que ser destacada en un lugar donde se estén desarrollando desórdenes o tumultos. Con esto, naturalmente no se quiere significar que la apreciación del juez sobre las anotadas circunstancias de tiempo, modo y lugar deba ser benigna (por el contrario, debe ser rigurosa), pero sin olvidar la máxima expuesta acerca de la no obligatoriedad a lo imposible y teniendo siempre presente que dicha máxima jamás debería utilizarse para justificar una indefensión de la administración al deber de protección a la vida de los ciudadanos, valor fundamental de un Estado de Derecho"

³⁴ En sentencia de 14 de mayo de 1998, exp 12 175, dijo la Sala: " si bien es cierto esta corporación ha sostenido que dentro de la filosofía del Estado social de derecho no es posible responsabilizar al Estado Colombiano por todo tipo de falencias que las circunstancias de pobreza del país evidencian en multitud de casos "pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o conceptos políticos o jurídicos", de allí no puede seguirse, como corolario obligado, que los daños que padecen los ciudadanos por vivir expuestos a situaciones de peligro permanente hayan de quedar siempre librados a la suerte de cada cual. En efecto, las implicaciones y el grado de compromiso que el Estado constitucional contemporáneo exige para todas las autoridades públicas supone un análisis de cada caso concreto en procura de indagar si la denominada falla del servicio relativa, libera a éstas de su eventual responsabilidad. Dicho en otros términos, no es aceptable que frente a situaciones concretas de peligro para los ciudadanos, estudiadas y diagnosticadas de vieja data, pueda invocarse una suerte de exoneración general por la tan socorrida, como real, deficiencia presupuestal"

³⁵ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Accion de Grupo adelantada por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

Constitucional, con soporte en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, se lee:

De otra parte, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente entre la responsabilidad civil y administrativa que le corresponde al Estado por falla en el servicio, y la responsabilidad penal que le corresponde individualmente a un funcionario oficial como autor de un hecho criminal. Acerca de este tema, ha encontrado que la responsabilidad del Estado por falla en el servicio se configura de forma independiente y autónoma al hecho de que pueda existir responsabilidad penal de algún funcionario oficial en la participación efectiva en actos de violencia o en la inactividad intencional para permitir que los delincuentes cometan actos de violencia. En punto a este tema ha sostenido que **"una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio.** Son dos conductas subsumidas en normas diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin que el funcionario sea condenado penalmente. Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil o administrativa".³⁶ (Resalta la Sala)

En cuanto a la causa común del daño derivado del desplazamiento forzado, ha establecido el Consejo de Estado que los perjuicios individuales se originan en una causa común que es imputable al Estado por las acciones o las omisiones de las autoridades públicas que o bien no previnieron o no reaccionaron ante los hechos violentos generadores del desplazamiento. En este sentido ha sostenido el Consejo que: **"[l]os perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común, que se imputa a la entidad demandada: las acciones y omisiones de las autoridades militares y de policía que no previnieron ni reaccionaron y, por el contrario, colaboraron con la incursión y las masacres cometidas por el grupo paramilitar que se tomó violentamente el corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, desde el 29 de mayo de 1999, que generó en los demandantes el fundado temor de perder sus vidas, por lo que se vieron obligados a abandonar sus viviendas y sitios habituales de trabajo."**³⁷ (Resalta la Sala)

En otra oportunidad reiteró el Consejo de Estado que: **"[l]os perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común, que se imputa a la entidad demandada: las acciones y omisiones de las autoridades militares y de policía, quienes a pesar de haber sido advertidos de la inminencia del ataque paramilitar contra la población de Filo Gringo, no adelantaron ninguna acción eficaz tendiente a impedir la consumación de las acciones**

³⁶Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3

³⁷Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3.

criminales y a proteger a la población civil, y además, porque el grupo armado ilegal hizo presencia en la región, previa coordinación y planeación con efectivos de las Fuerzas Armadas. Las pretensiones son netamente reparatorias. Están orientadas a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia del desplazamiento a que fueron forzados por los hechos imputables a la entidad demandada y la destrucción total o parcial de sus viviendas y enseres."³⁸

7.5 Los daños materiales y morales que ocasiona el desplazamiento forzado
En relación con el daño moral que produce el desplazamiento forzado a las víctimas de este delito, ha sostenido el Consejo de Estado que constituye un hecho notorio el que el desplazamiento produce un claro daño moral, por el dolor, la angustia, y la desolación que genera en quienes son víctimas de este flagelo. En este sentido, ha afirmado ese alto Tribunal que **"[n]o es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional"**³⁹ (Negritas fuera de texto)

En esa misma oportunidad el Consejo de Estado expresó que: **"[c]onstituye un hecho notorio que el desplazamiento forzado produce daño moral a quienes lo padecen.** En consecuencia, se reconocerá la indemnización a todas las personas que demostraron haberse visto obligadas a desplazarse del corregimiento La Gabarra, entre el 29 de mayo y el mes de junio de 1999, como consecuencia de la incursión paramilitar ocurrida en esa zona del país, desde el 29 de mayo de 1999, por el dolor, la angustia y la desolación que sufrieron al verse obligados a abandonar el sitio que habían elegido como residencia o asiento de su actividad económica, como única alternativa para salvar sus vidas."⁴⁰ (Resalta la Sala)

En otra ocasión, el Consejo de Estado accedió también al reconocimiento de la indemnización por daño moral, esto es, por el **"dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia**

³⁸ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

³⁹ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

⁴⁰ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural. A propósito del daño moral considera la Sala que el hecho del desplazamiento causa dolor a quien lo sufre, por el miedo, la situación de abandono e indefensión que lo obligan a abandonar el lugar de su domicilio, pero, además, esa situación incide de manera adversa en su vida familiar y en su entorno socio cultural, el cual deberán reconstruir, en el mejor de los casos de manera provisional, en situaciones de mayor vulnerabilidad, alejados del tejido familiar, social, laboral, sobre el que se sustentaba su crecimiento como ser. ⁴¹ (Resalta la Sala)

En otra oportunidad, esa Corporación reiteró el reconocimiento del daño moral para las personas que ha sido desplazadas forzosamente, afirmando que: "[L]a Sala accederá al reconocimiento de la indemnización por el dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural."⁴²

En este sentido, ha diferenciado el Consejo de Estado, haciendo eco del derecho francés, entre el perjuicio moral, relativo al daño antijurídico causado por el dolor derivado del hecho dañino, y el perjuicio material, relativo al daño antijurídico causado por la alteración en las condiciones materiales de existencia. A este respecto, ha sostenido esa Corporación que el "[p]erjuicio moral y alteración en las condiciones de existencia son, entonces, en derecho francesa, rubros del perjuicio que no son ni sinónimos ni expresan el mismo daño. El objetivo de su indemnización es independiente: mediante la figura de la alteración en las condiciones de existencia, el juez francés indemniza una 'modificación anormal dada al curso normal de existencia del demandante', en tanto que mediante el daño moral se indemniza el sufrimiento producido por el hecho dañino".⁴³

En relación con la indemnización por daños materiales, esa Corporación ha reconocido que el daño material comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. En este sentido, esa Alta Corporación ha definido los perjuicios materiales como "el daño emergente y el lucro cesante causado a cada uno de los miembros del grupo con el hecho del desplazamiento, entre ellos, el valor de los predios y muebles perdidos y lo invertido en transporte para evacuar la zona de expulsión y reinstalarse en el sitio de recepción"⁴⁴

⁴¹ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

⁴² Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

⁴³ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

⁴⁴ En la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo, el Consejo de Estado reconoció la destrucción de algunas viviendas y el daño material ocasionado por dicha destrucción. En materia de prueba de dicho daño afirmó el Consejo "Considera la Sala que el reconocimiento que hizo la Red de Solidaridad Social por destrucción de bienes a las personas relacionadas es prueba del daño que sufrieron. Por lo tanto, se considera que las personas afectadas con los daños a las viviendas relacionadas en

*Sin embargo, en los procesos cursados ante esa Corporación no se han podido identificar con claridad el daño material causado con los hechos del desplazamiento forzado, razón por la cual la entidad ha reconocido la responsabilidad patrimonial solamente en relación con el daño moral causado.*⁴⁵

7.6 La indemnización

*El Consejo de Estado, en decisiones que resuelven acciones de grupo, ha encontrado a la Nación, al Ministerio de Defensa, al Ejército y a la Policía Nacional, patrimonialmente responsables por el desplazamiento forzado de los grupos demandantes, por los perjuicios morales ocasionados a las personas integrantes de estos grupos en su condición de víctimas de desplazamiento forzado.*⁴⁶

Ese Alto Tribunal ha establecido que aunque se produzca el retorno de la población desplazada a su lugar de origen, no por ello se debe modificar el valor de la indemnización reconocida, en cuanto ésta se otorga con el fin de compensar el daño moral causado a las víctimas de desplazamiento forzado, por el dolor que sufrieron al verse forzados a salir de sus viviendas o

la lista que suministró la Red de Solidaridad Social son los propietarios de esos inmuebles o de las mejoras construidas sobre los mismos” Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Sentencia del quince (15) de agosto de dos mil siete (2007)

⁴⁵ *Así por ejemplo, en la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo, el Consejo de Estado afirmó que “ se advierte que no existe identidad entre los datos que suministró el inspector municipal de Policía de El Tarra, al Alcalde de esa misma localidad y la lista que elaboró la Red de Solidaridad Social en relación con los inmuebles que fueron total o parcialmente destruidos por el grupo de Autodefensas Además, aunque la Red de Solidaridad Social pretendió identificar los inmuebles afectados por su dirección y sus propietarios o poseedores, los datos que suministró no permitan a la Sala determinar ninguno de esos dos aspectos, razón por la cual dichas pruebas no pueden ser tenidas en cuenta para establecer cuáles fueron los daños materiales causados con el hecho de que trata esta acción ” Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3*

⁴⁶ *Así por ejemplo el Consejo de Estado en el fallo de la Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, declaró “patrimonialmente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO - POLICIA NACIONAL por los perjuicios sufridos por quienes se vieron desplazados en forma forzosa del corregimiento La Gabarra, del municipio de Tibú, Norte de Santander, con ocasión de la incursión paramilitar ocurrida el 29 de mayo de 1999 || Segundo Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio moral, la suma ponderada equivalente a trece mil doscientos cincuenta (13 250) salarios mínimos legales mensuales vigentes Cada uno de los integrantes del grupo que se relaciona en el capítulo 3 de la parte motiva de esta sentencia, tendrá derecho a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes || Tercero Esa suma será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y será administrada por el Defensor del Pueblo ” Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera*

Así también el Consejo de Estado reconoció la indemnización en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado del corregimiento de Filo Gringo en la región del Catatumbo, quienes acreditaron que tenían su domicilio o ejercían allí su actividad económica habitual y se vieron forzados a emigrar de ese lugar, como consecuencia de la incursión paramilitar ocurrida en esa región del país desde el 29 de mayo de 1999, la multiplicidad de hechos de violencia cometidos contra sus pobladores y las amenazas de incursionar a ese corregimiento para dar muerte a sus pobladores, a quienes señalaron como guerrilleros o auxiliares de dichos grupos En este sentido el Consejo de Estado falló “Primero Declarar patrimonialmente responsable a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL por los perjuicios sufridos por quienes se vieron desplazados en forma forzosa del corregimiento de Filo Gringo, del municipio de El Tarra, Norte de Santander y la destrucción de las viviendas de algunos de sus residentes, con ocasión de la incursión paramilitar a ese corregimiento, anunciada meses atrás y cumplida efectivamente entre los días 29 de febrero y 3 de marzo de 1999 || Segundo Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio moral y la alteración a las condiciones de existencia, la suma ponderada equivalente a veintiséis mil novecientos (26 900) salarios mínimos legales mensuales vigentes Cada uno de los quinientos treinta y ocho (538) integrantes del grupo que figura en la lista elaborada en el punto 4.1 de esta sentencia tendrá derecho a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes || Tercero Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio material, la suma ponderada equivalente a 140 salarios mínimos legales mensuales vigentes Cada una de las personas relacionadas en el punto 4.2 de esta sentencia tendrá derecho a una indemnización equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes || Cuarto Esa suma será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y será administrada por el Defensor del Pueblo ” Ver Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA

sifios habituales de trabajo, por la violencia que los afectó y la imposibilidad de retornar al sitio.⁴⁷

En cuanto a la naturaleza de la indemnización que se debe a la población desplazada, se lee en la misma providencia:

De otra parte, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente entre la indemnización que se reconoce y concede a las víctimas por el daño antijurídico causado por el desplazamiento forzado, en razón de la responsabilidad patrimonial que se deriva para el Estado de conformidad con el artículo 90 Superior, y la atención que el Estado concede a las víctimas durante el desplazamiento, tales como: la atención humanitaria o las ayudas para el retorno o la estabilización socioeconómica, a través de proyectos productivos, las cuales se fundamentan en el principio de solidaridad.

Acerca de este tema ha sostenido el Consejo que "(...) de la indemnización que reciban los beneficiarios de esta condena no se descontará el valor de los bienes que hubieren recibido por parte del Estado durante el desplazamiento porque tales bienes les son entregados a las víctimas de tales delitos no a título de indemnización sino en desarrollo del principio de solidaridad, como ayuda humanitaria para su subsistencia en el momento en que se produzca el hecho o durante el tiempo posterior, para su retorno o asentamiento a través de la implementación de proyectos económicos, en tanto que la indemnización que aquí se reconoce tiene como causa la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por la causación de un daño antijurídico que le es imputable, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución."⁴⁸

DE LA PRUEBA DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO

En lo tocante a cómo se demuestra la condición de persona o población sometida a desplazamiento forzado, la Corte Constitucional en la sentencia que se comenta, precisó:

(iii) En relación con la condición de desplazado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha condición se adquiere y se constituye a partir de un presupuesto fáctico, que es el hecho mismo del desplazamiento forzado, hecho que es el requisito constitutivo de esta condición y en consecuencia, de la calidad de víctima de desplazamiento forzado. Por tanto, la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, que la actual Ley 1448 de 2011 prevé sea el soporte para el "Registro Único de Víctimas", de conformidad con el artículo 154

⁴⁷ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

⁴⁸ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo.

de esa normativa, es un requisito meramente declarativo y no constitutivo de la condición de víctima, en donde, a través de un trámite de carácter administrativo, se declara la condición de desplazado, a efectos de que las víctimas de este delito puedan acceder a los beneficios legales y a los diferentes mecanismos de protección de derechos, con carácter específico, prevalente y diferencial, para dicha población.

De acuerdo con lo anterior, la Corte encuentra que con la declaración e inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, hasta ahora existente, que se transformó en el Registro Único de Víctimas, en aplicación de la Ley 1448 de 2011, la población desplazada cumple con una carga mínima de presentarse ante la entidad responsable, declarar y solicitar su inscripción para el acceso a los diferentes programas que hacen parte del Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada y del recién creado "Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas", de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1448 de 2011, en lo que se refiere a las diferentes medidas de reparación integral previstas por esta Ley.

Esto se encuentra en armonía con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011 que define el concepto de víctima y el artículo 16 del Decreto 4800 de 2011 que reconoce que esta condición "es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial a través de la inscripción en el Registro. Por lo tanto, el registro no confiere la calidad de víctima, pues cumple únicamente el propósito de servir de herramienta técnica para la identificación de la población que ha sufrido un daño en los términos del artículo 3 de la ley 1448 de 2011 y de sus necesidades, y como instrumento para el diseño e implementación de políticas públicas que busquen materializar los derechos constitucionales de las víctimas.

El Registro Único de Víctimas incluirá a las víctimas individuales a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 e incluirá un módulo destinado para los sujetos de reparación colectiva en los términos de los artículos 151 y 152 de la misma Ley."

(...) No obstante, cabe advertir que si por algún hecho sobreviniente se encuentra y establece que uno de los actores no ostenta la calidad de víctima de desplazamiento forzado, éste no será beneficiario de las medidas que se adopten en la presente decisión.

De acuerdo con los anteriores argumentos, ha de decirse entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación de falla en el servicio, por la ocurrencia misma del hecho del desplazamiento forzado en la medida en que ha venido a establecerse que la Administración siempre pudo haber evitado la causación del hecho o, por lo menos, haber minimizado los efectos dañinos del mismo, responsabilidad que deriva del contenido obligacional que la Constitución y la ley imponen al Estado de preservar y proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA NO ENTREGA OPORTUNA DE AYUDAS HUMANITARIAS A LA POBLACIÓN DESPLAZADA.

De los apartes ya transcritos de la sentencia SU-254 de 2013, se destaca que la Corte Constitucional no encuentra que el daño causado por la no entrega de ayudas humanitarias se torne antijurídico, en la medida que tal obligación encuentra sustento en el principio de solidaridad de asistencia en casos de emergencia, y no en una disposición que conlleve tal obligación como carga impositiva para la Administración, de manera que no se configura la responsabilidad estatal en la forma como la contempla el art. 90 Superior.

Sin embargo, como quiera que dicha consideración se expresa en la mencionada sentencia a título de *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, al no responder al problema jurídico que en dicha providencia se desata, la misma se apreciará por esta Sala a título de ilustración; pero, aún así, se abocará al estudio de la configuración del daño y su eventual imputación de responsabilidad al Estado, tomando como referente la sentencia C-278 de Abril 18 de 2007 a través de la cual esa misma Corporación efectuó el estudio de constitucionalidad de los artículos 15 y 18 de la Ley 387 de 1997.

Como ya se anunció al abordar el estudio de la caducidad de la acción frente a la reclamación de reparación por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, esta Sala de Decisión parte del principio del *retardo estatal*, de la *prolongada inactividad estatal*, y no de la *omisión estatal*, como elemento que configura el hecho dañoso en estos casos, tal como se explica a continuación.

a) Naturaleza de la obligación de entregar ayudas humanitarias de emergencia.

A través de la Ley 387 de 1997 se consagró como a cargo del Estado, la obligación de proveer ayudas humanitarias de emergencia a la población que resultara afectada por el desplazamiento forzado, una vez se produjera el mismo; obligación cuyo contenido es definido por el art. 15⁴⁹ de la Ley en cita

⁴⁹ ARTICULO 15. DE LA ATENCION HUMANITARIA DE EMERGENCIA. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la

como garantista, de socorro, de asistencia y protección para atender las necesidades básicas de este grupo poblacional, incluso mientras subsista la condición de emergencia.

Como ya se dijo en aparte anterior, a través de la sentencia T-025 de 2004 fue necesario que la Corte Constitucional declarara el estado de cosas *inconstitucional* de la población desplazada, para conminar al Estado a que diera cumplimiento a las previsiones de la Ley 387 de 1997 incluso las referidas a la entrega de ayudas humanitarias, y fue necesario que se hiciera el seguimiento de las *órdenes de ejecución compleja* impartidas, para lograr que finalmente se implementaran las políticas de atención preferencial a este grupo humano y se apropiaran los recursos dirigidos a cumplir tales políticas.

Ahora bien, al resolver sobre la exequibilidad de este articulado, a través de la sentencia C-278/07, la Corte Constitucional reafirma su extensa línea jurisprudencial de protección a la población desplazada, calificando el desplazamiento forzado como un problema de humanidad, como una verdadera tragedia nacional, un estado de emergencia social y un serio peligro para la estabilidad política del país. Se refiere a la inactividad del Estado como contraria a la racionalidad implícita en el constitucionalismo, al causar una *evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenida en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos*, contradicción que se hace patente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad que padecen los desplazados y la negación del Estado a cumplir el deber constitucional de prevenir las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

A más de lo anterior, aplicando el principio de interpretación por convencionalidad a que se refieren los arts. 93, 94 y 224 de la Carta Superior, la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante a los **Principios Rectores**

población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario

Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento

PARAGRAFO <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible Apartes tachados INEXEQUIBLES> A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables

de los Desplazamientos Internos, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos, pese a que tales principios no han sido aprobados mediante un tratado internacional, considerando que deben ser apreciados como parámetros en la creación normativa y la interpretación en la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado.

Para resolver sobre la constitucionalidad del art. 15 de la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional centra su atención en los Principios Rectores 24, 25, 26 y 27, en los que se lee:

"Sección IV

PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ASISTENCIA HUMANITARIA

Principio 24

1. *La asistencia humanitaria se prestará de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna.*

2. *No se desviará la asistencia humanitaria destinada a los desplazados internos, ni siquiera por razones políticas o militares.*

Principio 25

1. *La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.*

2. *Las organizaciones humanitarias internacionales y otros órganos competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado un acto inamistoso ni una interferencia en los asuntos internos del Estado y se examinará de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria.*

3. *Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán el paso libre de la asistencia humanitaria y permitirán a las personas que prestan esa asistencia un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos.*

Principio 26

Las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros gozarán de respeto y protección. No serán objeto de ataques ni de otros actos de violencia.

Principio 27

1. *En el momento de proporcionar la asistencia, las organizaciones humanitarias internacionales y los demás órganos competentes prestarán la debida consideración a la protección de las necesidades y derechos humanos de los*

desplazados internos y adoptarán las medidas oportunas a este respecto. En esa actividad, las mencionadas organizaciones y órganos respetarán las normas y códigos de conducta internacionales pertinentes.

2. El párrafo precedente se formula sin perjuicio de las responsabilidades en materia de protección de las organizaciones internacionales encargadas de esta finalidad, cuyos servicios pueden ser ofrecidos o solicitados por los Estados."

Y, al hacer el análisis sobre lo que ha sido la respuesta institucional del Estado colombiano, en especial en relación con las ayudas humanitarias, se expresa:

En lo que concierne a las **etapas de atención**, precisó que la **ayuda humanitaria de emergencia** debe ser suministrada por Acción Social, "ya sea de manera directa, o a través de convenios con organizaciones no gubernamentales, entidades particulares y organizaciones internacionales" y que la ejecución de **programas de estabilización socioeconómica** depende de la disponibilidad presupuestal, "aun cuando las entidades estatales pueden contar con la ayuda de organismos humanitarios, tanto de carácter nacional como internacional", componente que incluye la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001).

Advirtió esta Corte que el diseño y la ejecución de la política pública en este ámbito, debe realizarse contando con la participación de las comunidades desplazadas y que las entidades estatales pueden celebrar convenios con organizaciones no gubernamentales (ONG) y organismos internacionales con tal fin, sin descontar el compromiso de la sociedad civil.

Igualmente, en la mencionada providencia la Corte se refirió a los **resultados de la política** pública en materia de desplazamiento forzado y advirtió tajantemente que "no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos." A tal conclusión llegó al apreciar que "según un estudio reciente⁵⁰, las condiciones básicas de vida de dichas personas distan mucho de satisfacer los derechos reconocidos nacional e internacionalmente. El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia.⁵¹

⁵⁰ Cita en la cita Naciones Unidas. Programa Mundial de Alimentos PMA. *Vulnerabilidad a la Inseguridad Alimentaria de la Población desplazada por la violencia en Colombia*, informe de 2003. Estudio contratado por el PMA, consistente en encuestas y pruebas fisiológicas (perímetro braquial, que mide la reserva grasa y la proteína somática o muscular del individuo) realizadas a 1503 hogares desplazados, seleccionados aleatoriamente en 41 municipios. Los indicadores para dicho estudio fueron realizados por la firma Econometría SA, y tienen un nivel de confianza del 99% y un error absoluto máximo del 3% calculado sobre el total de la muestra. Adicionalmente al estudio se realizó una investigación cualitativa con 18 grupos focales compuestos por 148 jefes de hogar o cónyuges y 22 entrevistas a líderes comunitarios (p. 1 del estudio).

⁵¹ Cita en la cita. La situación de la población desplazada se constata significativamente peor que la del quintil más pobre urbano en Colombia. En este sentido se observa que el 30% del quintil más pobre presenta necesidades básicas insatisfechas, mientras que el 39% de este grupo se encuentra en situación de indigencia.

Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada⁵², y el 49% no cuenta con servicios idóneos⁵³.

La corporación se fundamentó en varios de los documentos de análisis y evaluación de la política de atención a la población desplazada y de sus distintos programas, elaborados por entidades gubernamentales, organizaciones de derechos humanos y organismos internacionales y en las respuestas al cuestionario formulado por la entonces Sala Tercera de Revisión, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, que conoció de aquella acción de tutela.

El estudio y evaluación de los resultados de la política pública de desplazamiento fue realizado tomando también en cuenta datos oficiales sobre cobertura de cada uno de los componentes de la atención y el grado de satisfacción de la población desplazada, información que la llevó a concluir que "los niveles de cobertura de todos los componentes de la política son insuficientes".

Para citar el caso de la **atención humanitaria de emergencia**, que concierne al asunto que se decide en esta providencia, halló esta Corte que "entre 1998 y 2002 tuvo una cobertura del 43% de hogares desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, del 25% de familias reportadas por CODHES, y ha cumplido con el 36% del nivel establecido como meta en el Plan Estratégico.⁵⁴ Al analizar únicamente los casos de desplazamiento individual, se observa que los datos son peores. En este caso, la cobertura es del 33% de los desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, y del 15.32% de los reconocidos por CODHES".

Para la Corte los bajos resultados de la respuesta estatal, según los cuales no ha sido posible proteger integralmente los derechos de la población desplazada, "se pueden explicar de acuerdo a dos problemas principales. (i) La precariedad de la capacidad institucional para implementar la política, y (ii), la asignación insuficiente de recursos".

Al analizar el **diseño de la atención humanitaria de emergencia**, observó que "hace énfasis en el factor temporal, resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada" y anotó que "el límite temporal de tres meses no responde a la realidad de la continuación de la vulneración de sus derechos, de tal forma que la prolongación en el tiempo de dicha prestación no depende de las condiciones objetivas de la necesidad de la población, sino del simple paso del tiempo" (no está en negrilla en el texto original).

En cuanto al **grado de implementación** de la política de atención a la población desplazada, halló una "insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones", pues varias de las instituciones comprometidas "no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos

⁵² Cita en la cita. Dicha proporción para el quintil más pobre urbano es de 71%. La adecuación de la vivienda y de los servicios a los que tiene acceso la población desplazada, es un criterio utilizado por el PMA, en el que se mide que la vivienda o los servicios cumplan con ciertos requisitos mínimos.

⁵³ Cita en la cita. 6% para el quintil pobre urbano.

⁵⁴ Cita en la cita. Entre 1998 y 2002, la Red de Solidaridad Social prestó atención humanitaria de emergencia a 69 054 hogares, lo cual representa el 36% de las 194 000 familias que pretendió el Plan Estratégico.

financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales”, lo cual se evidencia en casi todos los componentes, incluyendo la atención humanitaria de emergencia, que “se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos”.

Por lo que hace al **cumplimiento y continuidad** de la política de atención al desplazamiento forzado, la Corte señaló que aun cuando no se es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas, por no contarse con mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades implicadas, *“las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hace de manera discontinua y demorada”* y agregó que según esos informes *“no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención”*, problema que para la Corte está presente en casi todos los componentes de la política, incluida la atención humanitaria de emergencia, que *“puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias”.*

Por último, la Corte encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas, han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria de emergencia, donde halló que *“los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación”.*

Con base en todas estas observaciones, la Corte Constitucional concluyó que la respuesta del Estado al fenómeno del desplazamiento forzado *“sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada”.*

Para esta corporación, la causa central de esas fallas es la escasez de recursos, además de la incapacidad institucional, que dan lugar a que el nivel de ejecución de las políticas sea insuficiente frente a las necesidades de la población desarraigada y a que los índices de cobertura de sus distintos componentes sean tan bajos, lo cual se palpa, entre otros ámbitos, en la **atención humanitaria de emergencia**, que tiene una cobertura del 43% de la población registrada, con lo cual *“se desconocen los derechos a la vida, al mínimo vital, a la igualdad y a la salud de las personas que no acceden a dicha ayuda, es decir más de la mitad de la población desplazada registrada”.*

Por todo lo anterior, la Corte declaró la existencia de un **estado de cosas Inconstitucional en la situación de la población desplazada**, dada la magnitud del fenómeno y su grave incidencia en la protección de los derechos de los afectados y, en consecuencia, expidió las que denominó *“órdenes de ejecución compleja”*, dirigidas a las entidades encargadas de atender a la población desplazada, para

que "establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada".

También, encontramos que el art. 1º de la Ley 387 de 1997, anterior al documento internacional que se ha referenciado, incluye los siguientes principios en materia de atención a la población desplazada:

ARTICULO 2o. DE LOS PRINCIPIOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios:

1o. Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.

2o. El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente.

3o. El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.

4o. La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar.

5o. El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación.

6o. El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen.

7o. Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.

8o. El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.

9o. Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social.

Vemos entonces, que si bien la obligación de prestar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada se cimienta en un principio de humanidad y solidaridad que compromete a toda la sociedad, también tiene un componente legal y supralegal que radica en cabeza del Estado la primera obligación de asistencia en la **situación de emergencia** y mientras subsista la misma, como efectivización del deber de satisfacer los derechos mínimos a la subsistencia digna garantizados por los estándares nacionales e internacionales del Derecho Humanitario, como realización y observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho; y, también se consagra para este grupo poblacional la facultad de reclamar la efectividad de la ayuda humanitaria de emergencia, puesto que la norma se refiere a ella como un derecho que le asiste a la población desplazada a recibir y reclamar por ellas.

Ahora bien, el incumplimiento del Estado en su deber de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada, a más de ser un hecho notorio y por tanto no necesario de demostración, se hizo evidente con el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004 por medio de la cual se declara el estado de cosas inconstitucional para la población desplazada, que, de acuerdo con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, se configuró por (i) *la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;* (ii) *la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;* (iii) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;* (iiii) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.* (v) *la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;* (vi) *si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

Entonces, para esta Sala de Decisión es incuestionable que la población desplazada fue obligada, por la prolongada inactividad del Estado, a permanecer en condición de emergencia de manera indefinida, a soportar sin justificación alguna la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales mínimos y relacionados con la subsistencia digna, fue forzada a reclamar sus derechos por vía de acción de tutela, ante la actitud imposible de la Administración que se escudaba en la falta de los recursos económicos necesarios para atender las penurias de este grupo poblacional.

Todo lo anterior se configura, según el criterio de esta Colegiatura, en un daño antijurídico causado por el Estado, que debe ser reparado, como quiera que la población desplazada debió ser atendida en forma prioritaria y/o preferente para obviar su condición de emergencia; de manera que se acredita así la existencia del daño sufrido por la población desplazada y, la antijuridicidad de tal daño determinado por la inactividad estatal al no hacer entrega oportuna de las ayudas humanitarias de emergencia, como lo exige el art. 90 Superior.

Este criterio, a más de lo anterior, encuentra respaldo en la sentencia No. 14721 de Junio 4 de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se dijo:

Los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo y de cuya concurrencia surge el deber de reparar los daños que se ocasionen, se pueden resumir en los siguientes: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) el incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño. En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio de la administración derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración.⁵⁵

b) De las ayudas para la estabilidad socioeconómica

En relación con las ayudas que se deben prestar a través de la implementación de programas de estabilización socioeconómica, consistentes en la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721)

proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001), no encuentra esta Sala de Decisión que ante su no entrega se configure daño antijurídico alguno, como quiera que esta obligación, que *prima facie* puede ser enmarcada como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto debe promover la prosperidad general de sus asociados, no está radicada únicamente en el Estado sino que, a su atención concurren también organismos humanitarios nacionales e internacionales, a más de la sociedad en general, aún cuando le corresponda al Estado implementar los programas que serán los canales para la adecuada distribución de tales prestaciones asistenciales, sin olvidar que en estos casos debe el Estado contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

DE LOS PERJUICIOS MATERIALES

Ahora bien, respecto de la forma cómo se ha de reparar el daño antijurídico así causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, esta Sala advierte la imposibilidad de derivar un daño material por dicho concepto, como quiera que el concepto mismo de *ayuda humanitaria* reprime la eventualidad de obtener un lucro de tales ayudas, precisamente por su carácter humanitario y su componente de solidaridad, aunque no se desconoce por la Sala que el recibo a tiempo de la ayuda humanitaria de emergencia habría significado para la población desplazada el alivio a necesidades básicas que podían ser traducidas en un componente pecuniario, más no patrimonial, es decir, tales ayudas no pueden ser consideradas – en ningún caso – como factor de acrecentamiento del patrimonio o peculio personal de los individuos que integran el grupo de población desplazadas.

A más de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado en claro que no es posible efectuar el pago retroactivo de las ayudas humanitarias, como quiera que su no pago o entrega oportuna no se torna en un crédito, y así lo dejó ratificado en la sentencia T-840 de 2009, citando la sentencia T-600 de 2009, cuyo aparte se transcribe:

“En la sentencia T-600 de 2009 se aclaró que: “la ausencia en el suministro de la atención humanitaria de emergencia no constituye un crédito a favor de la persona desplazada por la violencia que le genere un saldo dinerario a ser cobrado retroactivamente, toda vez que ello desnaturaliza esta medida que

busca suplir las necesidades inmediatas a fin de otorgar un nivel de vida digno y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales."

Aun si la ayuda humanitaria no es suministrada en el término requerido, circunstancia reprochable desde la perspectiva constitucional, permitir la prosperidad de la mencionada pretensión implicaría una actuación que choca con la naturaleza de la obligación que no tiene carácter retroactivo, y con la finalidad propia de la acción de tutela, porque esta acción constitucional no fue instituida para el cumplimiento de obligaciones dinerarias, sino para la satisfacción de los derechos fundamentales."

Con base en lo anterior se dirá, entonces, que no hay lugar a reconocer perjuicio material alguno por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, al no tener ellas un componente patrimonial o crediticio.

DE LOS PERJUICIOS MORALES

En este punto, advierte la Sala que el perjuicio moral causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, encuentra su razón de ser en la forma como el Estado agravó la condición de sufrimiento y aflicción de ese grupo social, circunstancia que para esta Colegiatura no requiere demostración si se toma como referente lo tantas veces dicho por la Corte Constitucional frente a las condiciones de desprotección, vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra este grupo poblacional.

En ese orden de ideas, para la tasación del perjuicio moral, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta factores objetivos que permitan determinar la intensidad del mismo, a efectos de proceder a su reconocimiento acorde con los principios que informan la regla *arbitrio iuris*

6. EL CASO CONCRETO

La demanda afirma que la **NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA** – y la **AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL** hoy **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**, son responsables administrativa y patrimonialmente por los daños, perjuicios materiales y morales causados al demandante **DARIO DE JESUS RAMIREZ HINCAPIE**, en primer lugar por el desplazamiento al que fue sometido donde perdió todos sus bienes materiales y en segundo lugar por la omisión de las demandadas en otorgar las ayudas

humanitarias a que estaban obligados a entregar conforme a lo estatuido en la Ley 387 de 1997.

De acuerdo con los parámetros que antes se han expuesto, el estudio de las pretensiones del actor se efectuará en los siguientes términos:

1. Prueba de la condición de persona desplazada.

Atendiendo las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, contenidas en el art. 177 del C.P.C., al que se llega en virtud del expreso principio de remisión previsto en el art. 267 del C.C.A., le corresponde en este caso al demandante acreditar que se encuentra inscrito en el Registro Único de Población Desplazada, actualmente Registro Único de Víctimas, para a partir de dicha probanza permitir el estudio de sus pretensiones.

En este caso, dicha prueba no fue arrimada al plenario y tampoco fue solicitada por el actor como prueba a su favor, lo que sería suficiente para denegar las súplicas de la demanda; no obstante, al alegar de conclusión en primera instancia, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes AGENCIA PRESIDENCIA PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTRNACIONAL "ACCION SOCIAL"), allegó constancia de que el señor DARIO RAMIREZ HINCAPIE, como portador de la cédula de ciudadanía número 70.950.369, se encuentra inscrito en el citado Registro desde el 1º de abril de 2002 (fl. 155 y ss), con lo que se acredita la condición de persona desplazada.

2. De la caducidad de la acción por los daños ocasionados al actor por el desplazamiento forzado.

Atendiendo lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia SU-254 de 2013, no hay lugar a efectuar el estudio de la caducidad de la acción por la ocurrencia de este hecho.

3. Del daño causado por el hecho mismo del desplazamiento forzado.

Se afirma en la demanda que el señor DARIO RAMIREZ HINCAPIE fue desplazado de su domicilio de origen, ubicado en el Municipio de El Peñol (ant.), pero nada informa el actor acerca del hecho de violencia que determinó su movilización forzosa, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a las demandadas por esta circunstancia, lo que determina que se denieguen las

pretensiones que se han formulado en la demanda derivadas del hecho mismo del desplazamiento forzoso, lo que se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

4. De la caducidad de la acción por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias de emergencia.

Se afirma por el señor RAMÍREZ HINCAPIE que a la presentación de la demanda se le adeudaban la totalidad de las ayudas humanitarias que debía recibir de las demandadas; sin embargo, sobre la constancia arriada por la demandada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (fl. 155 y ss) es posible determinar que el demandante comenzó a recibir ayudas humanitarias a partir del 03 de junio de 2008, de manera que, según los parámetros que antes se han precisado, ha de decirse que el término de caducidad de la acción inició su cómputo a partir del 4 de junio de 2008 para finalizar el 4 de junio de 2010 y, como quiera que la demanda introductoria de este proceso se presentó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el 9 de diciembre de 2010, forzoso resulta concluir que el citado fenómeno jurídico ha tenido ocurrencia, lo que obliga a su declaración y a denegar las súplicas de la demanda relacionadas con este hecho.

7. COSTAS

De acuerdo con las previsiones del art. 151 del C.C.A., no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena de la Subsección Especial de Descongestión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, la cual quedará así:

1. **NIEGANSE** las pretensiones del señor DARIO RAMIREZ HINCAPIE relacionadas con el daño que afirma le fue causado por las demandadas, por el desplazamiento forzoso al que fue sometido en el año 2002, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.
2. **DECLARASE** la caducidad de la acción en relación con las pretensiones que guardan relación con la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.
3. Como consecuencia de la anterior declaración, **NIEGANSE** las súplicas de la demanda relacionadas con la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias a la población desplazada.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

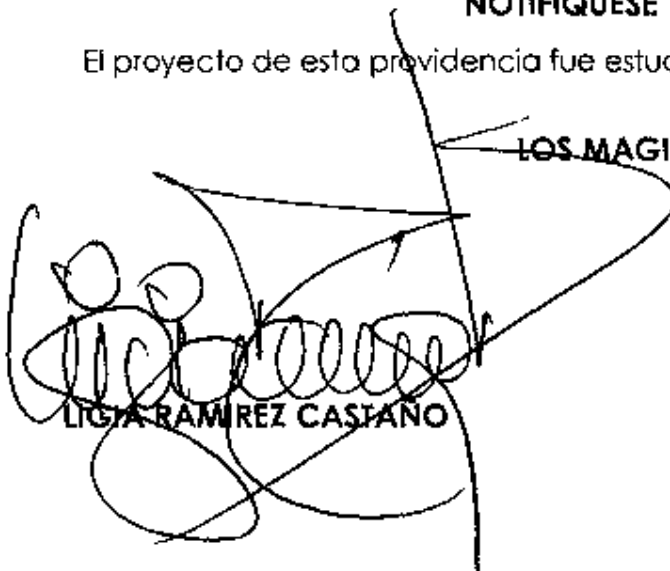
SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMÍTASE EL EXPEDIENTE** al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

TERCERO: PUBLIQUESE esta providencia en el Boletín del Tribunal Administrativo de Bolívar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



JORGE ELE CER FANDINO GALLO



MARCELA LOPEZ ALVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0010
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: IVON BONFANTE DE HERRERA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2008-00214-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO,
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002-

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Diciembre Seis (06) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 3 2 2 /2013

2ª instancia

Tema: REAJUSTE IPC

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-012-2008-00214-01.
Demandante: IVON BONFANTE DE HERRERA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha once (11) de Diciembre de dos mil Doce (2012), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora IVON BONFANTE DE HERRERA, instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

Pretensiones

"PRIMERA: Que se declare la nulidad del Oficio OF108 -50054 de julio 11 de 2008, expedida por la coronel MARIA STELLA CALDERON CORZO Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa,

mediante la cual se le negó a mi poderdante el incremento correspondiente al presente año de su asignación de retiro (I.P.C), y en los términos y cuantías determinados en el párrafo 4° del artículo 279, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a título de restablecimiento del derecho a pagar el incremento correspondiente del año 1998 al año 2007, equivalente a la variación porcentual que sufrió el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), que para el presente año fue del 8.0 % en los valores de la asignación de retiro y hasta la fecha en que se efectúa el pago, de acuerdo a los incrementos aplicados con posterioridad y hasta la fecha en que se efectúe el pago en forma total, más los intereses legales y moratorios y las indexaciones de esa suma de dinero. (...)

Hechos

1. "La señora IVON BONFANTE DE HERRERA, es beneficiaria Sustituta de la Asignación de Retiro (Sic) cargo de la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Nacional obligación que consta en las resoluciones en virtud de las cuales se le reconoció la asignación de retiro que en estos momentos disfruta.
2. La Nación Colombiana – Ministerio de Defensa nacional, no (sic) aplico en el presente año incremento alguno en la asignación de retiro de mi poderdante, razón por la cual presento (sic) reclamación correspondiente en agotamiento de la vía gubernativa y resuelta profirió el Oficio No. OFI50054 de fecha 11 de julio de 2008 teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:"
(..) en lo pertinente se resolvió negar lo solicitado, puesto a que la actora disfruta del régimen especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Nacional, artículos 13 y 53
- Código Contencioso Administrativo Artículos. 40 y 135.
- Decreto 1211 de 1990 Artículos 1, 2, 5, 185, y 189.
- Ley 446 de 1998

➤ Ley 100 de 1993 artículos 14 y 142

El extenso concepto de violación a la norma se sintetiza en los siguientes argumentos de fondo:

Estima el apoderado de la demandante, que el acto acusado adolece de falsa motivación, puesto que se funda normas que fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, debiendo ser aplicadas en interpresas conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional; Corporación que, ha determinado la aplicación del régimen General de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993, a regímenes exceptuados, con base en el principio de favorabilidad.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada, mediante apoderado judicial constituido para tal efecto, contestó la demanda en los siguientes términos.

Alega la Entidad accionada que, el acto administrativo acusado fue expedido con base en la normatividad legal que regulaba la materia, toda vez que, no es dable aplicar a al caso de la actora, el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, como quiera que la prestación que afirman disfruta, se encuentra incurso dentro de los regímenes exceptuados dispuestos por el Artículo 279 de la norma citada.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del once (11) de Diciembre de 2012, el Juzgado Piloto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones formuladas en la demanda.

Así lo determinó, puesto que la actora incumplió con el deber probatorio que le cabía, como quiera que no acreditó que en la actualidad disfrutara de la

prestación respecto de la cual solicitó su reajuste. De tal suerte, estimó que la actora no aportó los documentos requeridos a efectos de brindarle certeza sobre lo afirmado en libelo introductorio de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de su apoderado judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el once (11) de Diciembre de 2012, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Manifiesta el apoderado de la parte demandante, que no comparte la decisión adoptada por el Juez de primera Instancia bajo los siguientes argumentos:

Como primera medida, sostiene que si en la actualidad su poderdante no estuviera disfrutando de la sustitución de la asignación de retiro de su difunto esposo, la respuesta a la petición presentada ante la entidad demandada hubiera sido diferente; por otro lado, estimó con la contestación de la demanda la entidad demanda debió aportar el expediente administrativo contentivo de los documentos relevantes en la presente *Litis*.

Finalmente, reitera los argumentos expuestos en la demanda, referentes a que se de aplicación a la jurisprudencia que sobre el tema ha proferido la H Corte Constitucional, quien ordena la aplicación del Sistema General de Seguridad Social a los miembros de la Fuerza Pública, con base en el principio de favorabilidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado Abril nueve (09) de 2013, ésta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 59); y, con providencia adiada en Abril 22 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 61).

Alegatos de la Parte demandante: la parte demandante en esta oportunidad guardó silencio.

Alegatos de la Parte demandada: La apoderada de la Entidad demandada, solicitó que se confirmará la sentencia apelada, puesto que la actora no acreditó que disfrutara la prestación a reajustar, tal como lo sostuvo la Juez a quo.

Por otro lado, ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, referentes al régimen especial dispuesto para los miembros de la fuerza pública; que impide la aplicación del régimen general de la Ley 100 de 1993, como lo pretende la actora.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público en el presente proceso, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que la actora no probó ser beneficiaria sustituta de asignación de retiro; situación que le impide al operador judicial ordenar el reajuste solicitado; máxime si se considera, que era su obligación, probar los hechos afirmados en su demanda.. (fl.67-72 rev)

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia adñada Once (11) de Diciembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Piloto Administrativo

de descongestión del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado se refiere a prestaciones periódicos que, conforme lo dispuesto pro el Art. 136 del C.C.A, no tienen termino de caducidad.

PROBLEMA JURÍDICO

En este caso, el problema jurídico se circunscribe a determinar, si hay lugar a ordenar el reajuste la sustitución de asignación de retiro con base en el Artículo 142 de la Ley 100 de 1993; o si por el contrario le es aplicable el régimen especial dispuesto para los miembros de la Fuerza Pública.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser confirmada, toda vez que, la actora inobservó la carga probatorio que le correspondía al no acreditar que es beneficiaria de la prestación objeto de la litis. De tal suerte, deviene la negativa a las presiones de la demanda.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

A través de la acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO prevista en el artículo 85 del C.C.A., la señora IVON BONFANTE DE HERRERA, somete a consideración de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la legalidad del Oficio No. OFI08 -50054 de fecha 11 de julio de 2008, proferido por la Coronel MARIA STELLA CALDERON CORZO Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de defensa, por medio del cual les negó el reajuste de la asignación de retiro que le fuera sustituida con ocasión de la muerte de su cónyuge.

Dicho acto administrativo, al no brindar información a la peticionaria acerca de los recursos que procedían contra el mismo, hace que se tenga como debidamente agotada la vía gubernativa, según las previsiones contenidas en

el inciso final del art. 135 del C.C.A., razón por la cual se encuentra habilitada la jurisdicción de lo contencioso para hacer pronunciamiento acerca de la legalidad del acto administrativo censurado.

MARCO NORMATIVO REFERENTE AL REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Respecto al reajuste de la asignación de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es procedente aplicar la Ley 100 de 1993 (I.P.C.) y no el sistema de oscilación consagrado en las normas especiales cuando aquella comporte un resultado más favorable en cada uno de los años en que se compruebe tal favorabilidad.

Sobre el tema es necesario dejar claro, en primera medida, que esta Sala para dirimir el asunto que nos ocupa acoge integralmente los conceptos expuestos por la H. Corte Constitucional en cuanto se refiere al análisis de la normas que regulan la fijación de la asignación de retiro y de la pensión de invalidez a que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, su compatibilidad e incompatibilidad con otras remuneraciones provenientes del tesoro público y con otras pensiones, de manera que se puede concluir que tienen similitud a pesar que guardan sus propias características.

Así las cosas, es preciso aceptar como lo ha mencionado la jurisprudencia, que el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es de carácter especial hasta el punto que contempló la asignación de retiro en reemplazó de las pensiones de jubilación y de vejez precisamente para que pudieran incrementarse como los sueldos de los miembros activos, según la regulación que venía rigiendo, creando una garantía de la cual no han disfrutado los demás servidores públicos, sobre la base de atender las condiciones de la función sometida a los continuos riesgos de su cumplimiento; sin embargo, esta circunstancia no la puede convertir en una prestación diferente en su esencia a la pensión, bien de jubilación, o bien de vejez.

Sobre este mismo tema el H. Consejo de Estado¹ expresó:

**"LAS ASIGNACIONES DE RETIRO SE ASIMILAN A LAS PENSIONES DE VEJEZ Y DE INVALIDEZ,
Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares.**

Estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 20 del artículo 36 del decreto 4433 de 2004."

En este orden de ideas y desde el punto de vista prestacional se puede decir, que la asignación de retiro señalada en las normas legales para los miembros de la Fuerza Pública, tiene la misma naturaleza jurídica que la pensión, es decir, cubre el riesgo de la seguridad social al proteger a un servidor que cesa en su labor auxiliado con un pago económico y, por lo mismo, esa naturaleza jurídica es similar a las demás pensiones prevista para todos los servidores públicos y privados. En consecuencia, las normas que regulen aspectos sobre esta prerrogativa y que de alguna manera, se hagan extensivas a pensionados sometidos a regímenes especiales, deben aplicarse también a los miembros retirados de las Fuerzas Militares y de la Policía que, gocen de pensión de invalidez o de asignación de retiro.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que en el presente asunto, que el servidor retirado de la Fuerza Pública, tiene derecho a que la entidad demandada revise los incrementos de su asignación de retiro y verifique cuál es el mayor porcentaje de cada año para su reajuste, a partir de 2003² - año en que fue retirado del servicio- si del aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza Militares y de Policía, fijado en la escala salarial porcentual, o del Índice de Precios al Consumidor - IPC, que se aplica para los reajustes

¹ Rad: 250002325000200607954-01 de fecha 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Paez.

² Resolución No 2592 de agosto 08 de 2003 (fl 33)

pensionales con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de manera que, en cada año se aplique el porcentaje de mayor valor en orden a realizar el incremento, teniendo en cuenta que sólo se debe utilizar uno de estos porcentajes, el más favorable, no los dos de manera concomitante el mismo año, toda vez que, no son acumulables porque se generarían dos aumentos no ordenados por la ley para el mismo período fiscal o anualidad.

Si de las operaciones matemáticas que se efectúen, resulta alguna diferencia entre los valores cancelados y la nueva liquidación, deberá pagarse esa suma al demandante, actualizado como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

CASO CONCRETO

En su oportunidad, la Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, por cuanto la actora no probó en el curso del proceso que fuera sustituta de asignación de retiro, previamente reconocida por la entidad demandada; circunstancia que le impidió tener certeza sobre la prestación respecto de la cual se solicita el reajuste en virtud de esta acción. Así entonces, conforme a lo anterior decidió negar las pretensiones de la demanda.

A su turno, el apoderado de la actora en el recurso de apelación, repara de la decisión de primera instancia para afirmar que, en el presente caso, si su poderdante no fuera sustituta de asignación de retiro, la respuesta a su petición hubiera sido distinta; así mismo, afirma que era deber de la entidad demanda de aportar con la contención de la demanda, el expediente administrativo relacionado con la pretensiones de esta controversia.

Por otro lado, consideró que conforme a la posición adoptada en estos casos por el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional, resulta aplicable al caso de la actora, con base en el principio de favorabilidad, el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, y no el régimen especial dispuesto para los miembros de la Fuerza Pública.

Visto lo anterior, la sala se adentra en la solución del problema jurídico planteado, afirmando que no le asiste la razón al apoderado de la actora, en cuanto a los argumentos aducidos en su recurso de alzada.

Sea lo primero decir, que en el presente caso la actora pretende que le sea reajusta la asignación de retiro que le fuera sustituida con ocasión de la muerte de su cónyuge, con base en el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y no con el principio de la oscilación. En ese orden, condición sine quanon para tomar acceder a lo solicitado por la actora, es que aquella acredite la calidad de beneficiaria de la prestación objeto de reajuste, para que así esta Corporación se apropie de los elementos de juicio necesarios para tal propósito.

En ese sentido, sobre la carga probatoria que le corresponde a las partes en el proceso, la Corporación de Cierre de la Jurisdicción a dicho:

“CARGA DE LA PRUEBA - Aplicación

La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree. Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho

opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—. En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadernamiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo."

Pues bien, conforme al fallo citado, es deber de las partes en el proceso de probar el supuesto de hecho de cuyas normas pretende que se actualicen o no las consecuencias de derecho por ellos aducidas. Así entonces, de la revisión del plenario, la Sala observa que no se aportó documento alguno del cual se pudiera colegir que la actora se haya sustituido en la asignación de retiro que en vida disfrutaba su cónyuge, así como tampoco se aportó documento del cual se desprenda que la asignación de retiro en la que afirma se sustituyó, haya sido reconocida efectivamente.

Así entonces, la inactividad probatoria de la parte demandante impide que esta Corporación disponga de los medios de prueba necesarios para efectuar el reajuste solicitado, pues su actitud omisa y apática contribuyeron de forma clara a que inobservara la carga que le correspondía, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C, aplicado a esta clase de procesos en virtud del principio de remisión normativa consagrado en el artículo 267 del C.CA.

En ese orden, para la sala no es de recibo el argumento traído en el recurso alzada, correspondiente a que la entidad demandada en la respuesta de su petición no desconoció que fuera titular del derecho aducido por la actora, puesto que, si bien es cierta dicha afirmación, lo cierto es que dicha entidad, no afirma de forma expresa que le haya sustituido la prestación que pretende

sea reajusta; teniendo aquella la carga de acreditar lo afirmado.

En igual sentido, no comparte la Sala que, la apoderada de la actora pretenda invertir la carga de la prueba que le corresponde, al afirmar que la entidad demandada debió aportar con la contestación de la demanda el expediente administrativo contentivo del reconocimiento de la prestación a reajustar, puesto que pierde de vista la fogada que, quien tiene legalmente atribuida la carga de la prueba es su apadrinada, puesto que funge como demandante en este proceso.

Así entonces, la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos expedidos por la administración y, en consecuencia, su legalidad dentro del ordenamiento jurídico no admite discusión.

Por todo lo expuesto, la Sala comparte los argumentos expuestos por la juez de primera para negar las pretensiones de la demanda, así como el concepto rendido en este proceso por la agencia del ministerio público delegada ante este despacho, razón por la cual se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS

Atendiendo los criterios establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la demandada en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el Juzgado Piloto Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena proferida el

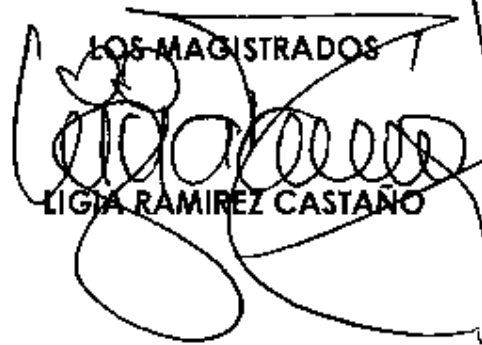
día once (11) de Diciembre de dos mil doce (2012), que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELIEZER FARIÑA GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0011
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CONCEPCION RODRIGUEZ UPARELA
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE MAGANGUE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2003-01450-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002-

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Diciembre Seis (06) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 3 2 3 /2013

2ª Instancia

Tema: CARGA DE LA PRUEBA

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-000-2003-01450-01.
Demandante: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ UPARELA
Demandado: MUNICIPIO DE MAGANGUÉ (BOL.)

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha Veintiocho (28) de Noviembre de dos mil Doce (2012), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ UPARELA, instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el MUNICIPIO DE MAGANGUÉ (BOL.) para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

Pretensiones

"2.1. Que es NULO el acto administrativo de carácter general y particular, es decir "mixto", denominado Decreto N°. 059 de 2003, fechado marzo 18 de

Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Artículos 1, 2, 6, 121, 122, 123, 2009 y 315. de la Constitución Nacional.
- Artículo 41 y concordantes de la Ley 443 de 1998.
- Decreto 1572 de 1998 artículos 148 y 149
- Artículo 85 y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

El extenso concepto de violación a la norma se sintetiza en los siguientes argumentos de fondo:

CARGO DE FALSA MOTIVACIÓN

Manifiesta el apoderado de la parte demandante, que en el presente caso los actos administrativos acusados incurrieron en falsa motivación, toda vez que violaron el principio actividad reglada y discrecional. Así lo considera, puesto que el acto acusado, debió observar las preceptivas dispuestas por el Artículo 41 de la Ley 443 de 1998 y del artículo 148 y 149 del Decreto 1572 de 1998, bajo el entendió, que la restructuración de la planta de personal del Municipio de Magangué (Bol.), debió obedecer a la expresa necesidad de la mejora del servicio, así como fundarse en estudios técnicos precisos que así lo avalaran.

Expresa, que los estudios técnicos en los que se fundó el acto administrativo acusado, no justificaron la necesidad de la restructuración efectuada, razón por la cual no existió verdadera motivación que justificara su expedición.

CARGO DE DESVIACIÓN DE PODER

Expresa que, el Alcalde del Municipio de Magangué, no perseguía los fines de modernización de la planta de personal, pues su objetivo primordial, era la supresión de empleos de carrera administrativa, para vincular a personal bajo condiciones laborales de forma ilegal, en virtud de contratos de prestación de servicios.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de su apoderado judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el Veintiocho (28) de Noviembre de 2012, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Manifiesta el apoderado de la parte demandante, que por error del Juez no se decretaron pruebas solicitadas en virtud de corrección de la demanda, tales como, certificación del cargo de la actora en carrera administrativa, copia auténtica del decreto 059 del 2003 y sus estudios técnicos.

Por esa razón, solicitó que esta corporación, en virtud de auto mejor proveer solicitará dichas pruebas; por no ajustarse su pedimento, a los requisitos de decretos de pruebas en segunda instancia, dispuestos por el Art. 214 del C.C.A.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendaro Abril Quince (15) de 2013, ésta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 153); y, con providencia adiada en Mayo 23 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 158), oportunidad en la cual, la parte demandante y demandada guardaron silencio.

Concepto del Ministerio Público

El Agente Ministerio Público en esta oportunidad guardó silencio.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo

actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia aditada Veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado acusado fue expedido el día 18 de marzo de 2003, comunicándosele al actor el día 21 de marzo de la misma anualidad; y, como quiera que la demanda se presentó el día 22 de julio de 2003 se entiende acorde al término de caducidad de 4 meses, que para tal fin dispone el Art. 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

En este caso, el problema jurídico se circunscribe a determinar, si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, por haber omitido el Juez de primera instancia el decreto de pruebas necesarias para acreditar los cargos de nulidad invocados en contra del decreto 059 de 2003, en virtud del cual se suprimió el empleo que desempeñaba la actora.; o si por el contrario deviene la confirmación de la sentencia primera instancia, por haber incumplido la parte demandante, con carga probatoria que le correspondía, de conformidad con el Art. 177 del C.P.C.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser confirmada, toda vez que, la actora inobservó la carga probatoria que le correspondía al

no acreditar que los estudios técnicos que precedieron la reforma de la planta de personal del Municipio de magangué, en virtud del Decreto 059 de 2003, no se ciñeron a lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y del Decreto 1572 de 1998; teniendo en cuenta que, era su obligación la de velar por el efectivo Decreto y práctica de las pruebas solicitadas, circunstancia que de contera trasgrede el principio de carga de la prueba, dispuesto por el Art. 177 del C.P.C.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

A través de la acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO prevista en el artículo 85 del C.C.A., la señora CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ UPARELA, somete a consideración de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la legalidad del Decreto 059 del 2003, y de la comunicación de fecha 21 de marzo de 2003, en virtud del cual se suprimió el empleo que aquella desempeñaba en dicha entidad

En este caso se entiende agotada la vía gubernativa, como quería que, contra dicho acto administrativo solo procede el recurso de reposición, el cual no es necesario interponer, a efectos de agotar la vía gubernativa.

MARCO NORMATIVO

Reformas de las Plantas de Personal

El inciso 1º del artículo 209 de la Constitución Política estableció el fin y principios con los cuales debe cumplir la función administrativa, con el siguiente tenor literal:

"La función administrativa está **al servicio de los intereses generales** y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. {...}"

En otras palabras, para el ejercicio de la función administrativa se debe consultar el bien común; esto es, persiguiendo esos objetivos de carácter general, que se encuentran consignados en la Constitución Política y en la

Ley, en especial en el artículo 2º de la Carta Política; que señala los fines esenciales del Estado.

Quiere decir que la Constitución le confiere a las Autoridades un poder reglado para el ejercicio de la función administrativa, de acuerdo con postulados característicos del Estado de Derecho, pero en materias, como las relativas a la gestión económica y social, se deja un margen de discrecionalidad para que la Administración, en forma eficaz, procure la satisfacción del interés colectivo, imprimiéndole el carácter Social del Estado de Derecho, donde la función administrativa se encuentra al servicio del interés general, y se base en principios como la eficacia y la celeridad.²

De tal manera que cuando las reformas de las plantas de personal conllevan la supresión de empleos, se erigen en criterios y condiciones relacionados con las necesidades del servicio o modernización de la Administración, siendo objetivas las razones que justifican la reforma.

La decisión de retirar a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, puede originarse bien porque todos los cargos de su categoría fueron suprimidos por el acto general, o bien porque en la nueva planta de personal no se creen cargos con funciones iguales o equivalentes en uno de los cuales pudiera incorporarse. Así lo ha expresado la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 6 de julio de 2006, Actor Omar Benito Páez Jaimez, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, que dijo:

“(…) Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual denominación que no obstante serán diferentes empleos cuando el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas; y la supresión del empleo no ocurrirá cuando subsistan en la planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o distinta denominación, cuando las funciones asignadas, los requisitos y la responsabilidad inherente a

² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-1701 de 7 de diciembre de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

dichas funciones sea idéntica. Por el contrario, si el número de cargos se reduce en las mismas condiciones, habrá ocurrido una real supresión de empleos. (...)"

En el sub-examine, la demandante considera que con la supresión del cargo que venía desempeñando en la Entidad demandada se le desconocieron sus derechos de carrera. Al respecto es preciso tener en cuenta, que:

El artículo 39 de la Ley 443 de 1998³, prevé que la supresión de un cargo de Carrera Administrativa puede ocurrir por diferentes razones, verbí gracia fusión o liquidación de una Entidad Pública; la reestructuración; por modificación de la planta de personal; por reclasificación de los empleos; traslado de funciones de una entidad a otra; o simplemente por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, que trae consigo las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, como son la opción de ser incorporado a un empleo equivalente o ser indemnizado en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.⁴

El artículo 41 de la Ley 443 de 1998 con relación a la reforma de las plantas de personal, dispuso:

"Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la Rama ejecutiva⁵ de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la

³ Derogada, salvo los artículos 24, 56, 81 y 82, por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004 publicada en el Diario Oficial No 45 680, de 23 de septiembre de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones "

⁴ Sentencia C-370 de 1999, Referencia Expedientes D-2219 y D-2225 (acumulados), Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 5º, parcial, 39, parcial, 41, 48-2 y 56 de la Ley 443 de 1998, Demandantes: Carlos Alberto Lozano Velásquez, Rubén Darío Díaz Rueda y otros, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, sentencia de 27 de mayo de 1999. En el proveído en mención, se declaró exequible la expresión "o a recibir indemnización" contemplada en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998

⁵ El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sala Plena, mediante sentencia C-994 de 2 de agosto de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales⁶, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.⁷

El artículo 148 del Decreto 1572 de 1998, con relación a la modificación de las plantas de personal, dispone:

"Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren."

A su vez los artículos 149 y 154 del Decreto 1572 de 1998, contienen las razones en las cuales se fundamenta o justifica la modificación de las plantas de personal y los Estudios Técnicos modificados por los artículos 7º y 9º del Decreto 2504 de 1998, con el siguiente contenido literal:

"Artículo 7º. Modificase el artículo 149 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así:

Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico

⁶ El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena, mediante sentencia C-994 de 2 de agosto de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ El párrafo del artículo fue declarado inexecutable por Corte Constitucional en Sala Plena, mediante sentencia C-372 de 26 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otros, de:

1. Fusión o supresión de entidades.
2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.
5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios.
6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.
7. Introducción de cambios tecnológicos.
8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.
9. Racionalización del gasto público
10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

PARÁGRAFO: Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Artículo 9º. Modificase el artículo 154 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así:

Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos:

1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo
2. Evaluación de la prestación de los servicios

3. Evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos."

Para la fecha de expedición del Decreto No. 052 de 2003 –acto acusado-, se hallaba vigente la Ley 443 de 1998, y su artículo 41 ya había sido reglamentado por el Decreto 1572 del mismo año, normatividad que fijó los parámetros y procedimientos para la modificación de plantas de personal, el que a su vez fue modificado, en algunas de sus disposiciones, por el Decreto 2504 de 1998.

CASO CONCRETO

En su oportunidad, el Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, por cuanto la actora no probó en el curso del proceso que fuera empleada inscrita en el sistema de carrera administrativa; circunstancia que le impidió acceder a los derechos solicitados, por cuanto los derechos reconocidos en virtud de supresión de cargos, solo son aplicables a empleados de carrera administrativa.

A su turno, el apoderado de la parte actora en el recurso de apelación, repara de la decisión de primera instancia para afirmar que, en el presente caso, el Juez de primera instancia dejó de practicar pruebas fundamentales que fueron solicitadas en virtud de escrito de corrección de la demanda, situación ésta que impidió a su apadrinada, acreditar la configuración de los cargos de nulidad invocados en contra del Decreto 059 de 2003 a saber: i) Falsa Motivación y, ii) Desviación de poder.

Por esa razón, solicitó a esta judicatura que solicitará dichas pruebas en virtud de auto de mejor proveer, a efectos de satisfacer la carga probatoria que le corresponde.

Visto lo anterior, la Sala se adentra en la solución del problema jurídico planteado, afirmando que no le asiste la razón al apoderado de la actora, en cuanto a los argumentos aducidos en su recurso de alzada.

Sea lo primero decir, que en el presente caso la actora pretende que sea

declarada la nulidad del Decreto 059 de 2003, en virtud del cual se suprimió el empleo de odontóloga que aquella desempeñaba en la entidad demandada, invocando para tal fin, los cargos de falsa motivación y desviación de poder.

En ese orden, revisada la actuación adelantada en primera instancia, observa la Sala que, a través de escrito de corrección de la demanda se solicitó el decreto de las siguientes pruebas: i) Copia auténtica del decreto de nombramiento de la acta y su respectiva acta de posesión, ii) copia auténtica de los estudios Técnicos y, iii) Certificación sobre si el cargo de la actora estaba catalogado como de carrea administrativa. Así entonces, a través de auto adiado 29 de octubre de 2009 (fl.84-85) se abrió a pruebas el proceso, en las cuales se omitió el decreto de las pruebas solicitadas.

Conforme a lo anterior, la Sala evidencia que, la oportunidad de la parte demandante para manifestar su inconformidad con las pruebas no decretadas en primera instancia, era luego de la notificación de la providencia que abrió a pruebas, como quiera que para tal fin, el ordenamiento jurídico provee de las acciones necesarias a las partes, para que el proceso y en especial lo que atañe al caudal probatorio a recabar, se encuentre acorde a lo solicitado y con total apego a la ley.

De tal manera, como lo sostuvo el apelante en su recurso de alzada, la situación alegada no se enmarca dentro de las causales que prevé el artículo 214 del C.C.A para acceder al decreto y practica de pruebas en segunda instancia; y, en consecuencia, no le es dable a la Sala que acceda a la solicitud de emitir auto de mejor proveer para solicitar dichas pruebas, como quiera que, la finalidad de esa providencia es la esclarecer puntos oscuros en el proceso; mas no, la de sanear la deficiencia probatoria de las partes.

Si bien en el *sub lite*, se presentó una omisión en el decreto de pruebas en primera instancia, también lo es que, ello en gran medida se debió a la falta de diligencia por parte del togado que representa a la actora, puesto que era su deber estar pendiente de las actuaciones judiciales adelantadas en el curso del proceso.

Visto anterior, para la Sala es evidente que, si la actora pretendía la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado, tenía la obligación de acreditar la configuración de los cargos de nulidad invocadas, conforme a las reglas de la carga de la prueba que le obligaban.

En ese sentido, sobre la carga probatoria que le corresponde a las partes en el proceso, la Corporación de Cierre de la Jurisdicción a dicho:

"CARGA DE LA PRUEBA - Aplicación

La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto". La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree. Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—. En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden

perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo."

Pues bien, conforme al fallo citado, es deber de las partes en el proceso de probar el supuesto de hecho de cuyas normas pretende que se actualicen o no las consecuencias de derecho por ellos aducidas. Así entonces, de la revisión del plenario y conforme a lo explicado, la Sala observa que no se aportó documento alguno del cual se pudiera colegir la configuración del cargo de nulidad de falsa motivación o de desviación de poder, en tanto que los estudios técnicos en los cuales se fundó la restructuración de la planta de personal no fueron allegados al proceso, situación que impide analizar si la supresión de su empelo se apegó a lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 443 de 1998, y de los artículos 148 y 149 del decreto 1573 de 1998; como lo pretende la actora.

Así entonces, la inactividad probatoria de la parte demandante impide que esta Corporación disponga de los medios de prueba necesarios para efectuar el control de legalidad solicitado, pues su actitud omisa y apática contribuyeron de forma clara a que inobservara la carga que le correspondía, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C, aplicado a esta clase de procesos en virtud del principio de remisión normativa consagrado en el artículo 267 del C.CA.

Así entonces, la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos expedidos por la administración y, en consecuencia, su legalidad dentro del ordenamiento jurídico no admite discusión.

Por todo lo expuesto, la Sala comparte los argumentos expuestos por la Juez de primera para negar las pretensiones de la demanda, así como el concepto rendido en este proceso por la Agencia del Ministerio Público delegada ante esta Corporación, razón por la cual se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS

Atendiendo los criterios establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la demandada en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena proferida el día Veintiocho (28) de Noviembre de dos mil doce (2012), que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ENECER FANDINO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0012
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CONSORCIO LATINOAMERICANO EDUCATIVO
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y OTRO
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-1996-11273-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : Expediente No. 11.273
Demandante : Consorcio Latinoamericano Educativo
Demandado : Departamento de Bolívar y otro.

Tema: Proceso de selección de contratista – carga de la prueba.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el Consorcio Latinoamericano Educativo contra el Departamento de Bolívar y el Ministerio de Educación Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora, que mediante sentencia de primera instancia se declare lo siguiente:

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 378 del 11 de marzo de 1996, por medio de la cual el Gobernador del Departamento de Bolívar adjudicó la Licitación Pública No. FER-B-001-95 adquisición de 91

Bibliotecas para las Escuelas y Colegios del Departamento de Bolívar, a la firma Prolibros Ltda, por valor de \$1.170.759.780.

- Que se anule parcialmente el informe evaluativo de propuestas de la Licitación Pública N° FER-B-001-95, emitido por el Comité Evaluador, en los factores de índice de liquidez y precio.
- Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene la adjudicación de la Licitación Pública N° FER-B-001-95, la adquisición de 91 bibliotecas escolares, para las escuelas y Colegios del Departamento de Bolívar, a la firma Consorcio Latinoamericano Educativo, por valor de \$1.124.713.730.
- Que en caso de que fuera materialmente imposible adjudicar la licitación a la demandante, se le indemnice por los perjuicios sufridos y las ganancias dejadas de percibir por la no adjudicación del contrato.
- Que se ordene la actualización o la revisión de los precios para conservar el equilibrio financiero del contrato.
- Que se ordenen los intereses del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.
- Que se ordene el ajuste al valor previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.
- Que se condene en costas al demandado.

Al reformar la demanda, la parte actora incluyó como demandantes a las sociedades Triangulo Cultural de San Andrés Ltda., Ediciones Zamora del Caribe Ltda. y la Casa del Diccionario Ltda. También se adicionó como demandado al Ministerio de Educación Nacional.

Además, se indicó como único acto acusado, la Resolución No. 378 del 11 de marzo de 1996.

1.2. HECHOS

Se narra en la demanda, que mediante Resolución No. 2403 del 29 de diciembre de 1995, se ordenó la apertura de la Licitación Pública N° FER-B-001-95 para la adquisición de 91 bibliotecas distribuidas así: 15 Bibliotecas para Bachillerato Pedagógico; 3 Bibliotecas para Bachillerato Técnico; 4 Bibliotecas para Bachillerato Comercial y 14 Bibliotecas para Bachillerato Agropecuario con destino a los Establecimientos Educativos de Primaria y Secundaria del Departamento de Bolívar.

Que para llevar a cabo la licitación, se expidió la Disponibilidad Presupuestal con cargo a las Unidades de Educación Básica Primaria, Básica Secundaria, Media Vocacional, y Planteles Nacionales.

Además cuenta, que se publicaron dos avisos en dos diarios de amplia circulación en la región, y se estableció el valor del pliego, en el cual se señaló el respectivo cronograma y los factores de evaluación, los cuales fueron aclarados mediante Comunicación del 7 de febrero de 1996.

Afirma que la parte actora compró el Pliego de Condiciones, preparó su oferta, y antes del cierre de la licitación la depositó en la urna dispuesta para tal fin en la Sala de Juntas del Despacho del Gobernador de Bolívar; ofreciendo la totalidad de las Bibliotecas a adquirir la Gobernación de Bolívar, y al menor precio como fue aceptado por el Comité Evaluador.

Que llegado el día de apertura, se encontraron las ofertas de 8 proponentes, y que el día del estudio evaluativo, el Comité determinó que el orden de elegibilidad de las propuestas de acuerdo al puntaje sería el siguiente:

No.	PROPONENTE	PUNTAJE TOTAL	PUESTO
1	Prolibros Ltda	94.82	Primero
2	Consorcio Latinoamericano Educativo	92.50	Segundo
3	M.T.I. Ltda	88.81	Tercero
4	Educar S.A.	64.10	
5	Corcas Editores Ltda	58.20	
6	Anisma Ltda	48.00	

Alega la parte actora, haber ganado en franca lid la Licitación Pública N° FER-B-001-95, porque el Balance presentado por la firma ganadora no cumple con el punto 3.2.5 del Capítulo II del Pliego de Condiciones, ya que por un lado no fue firmado por el Revisor Fiscal de la empresa, sino que fue firmado por la señora Yolanda Domínguez, que muy a pesar de ser Contador Público, no podía firmar el Balance de la firma Prolibros Ltda, por ser ella su subalterna laboral, por venir ocupando el cargo de

Gerente Administrativa. Por otro lado, alega que no tuvo en cuenta el Plan Único de Cuentas.

También afirma que la firma Prolibros Ltda, dejó de cotizar 12 ítems por valor de \$38.581.200.00, lo cual daba lugar a descalificar la oferta aplicando el mismo criterio que el Comité Técnico Evaluador tuvo para eliminar a la firma EUROLIBROS LTDA; ya que al dejar de cotizar esa cantidad, se convirtió en una oferta parcial, lo cual está prohibido, volviéndose una oferta más costosa porque realmente aparece como una oferta artificialmente baja siendo que no es así.

Finalmente, cuenta que mediante Resolución No. 294 del 29 de febrero de 1996, el Gobernador del Departamento de Bolívar adjudicó la licitación en audiencia pública, sin escuchar las ampliaciones y explicaciones que debían dar los oferentes que habían presentado las observaciones.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con el acto acusado se violan las siguientes disposiciones:

- Ley 80 de 1993: artículo 22 inciso 2º del # 3º; artículo 25 #19º; artículo 26 #6º; artículo 29; artículo 30 #6, 9, 10, 11 y 12.
- Constitución Política, artículos 29 y 273.
- Decreto 287 de 1996.
- Decreto 2649 del 29 de diciembre de 1993, artículos 1, 2, 3, 4, 19, 20, 21 y 22.
- Decreto 2650 del 29 de diciembre de 1993 (Plan Único de Cuentas) artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 13 y 14.
- Código de Comercio, artículos 203 y 207 #7 y 215.
- Ley 43 de 1990 artículo 1y 13 parágrafo 2º.
- Términos de referencia o Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública N° FER-B-001-95.
- Comunicación de fecha 7 de febrero de 1996 de la Secretaría de Educación y Cultura.
- Ley 190 de 1995 artículo 80 # 1, 2, 3 y 4.

El Concepto de violación se sustenta en los siguientes argumentos:

Alega que la entidad demandada trasgredió el Estatuto de la Contratación, pues señala que el Gobernador del Departamento de Bolívar el día de la adjudicación concurrió únicamente a leer las resoluciones, violando el procedimiento legal; es decir, sin hacer los debates, sin advertir las observaciones y alegaciones que formularían los proponentes para defender sus ofertas, violando con ello el debido proceso.

Que la entidad demandada adjudicó la Licitación Pública N° FER-B-001-95 para la adquisición de 91 Bibliotecas Escolares a la empresa Prolibros Ltda, sociedad comercial cuyos activos comerciales superan la suma de \$8.000.000.000.00, situación que la obliga a tener un Revisor Fiscal que a su vez debe ser Contador Público, y quien debe ser la persona encargada de firmar el Balance y el Estado de Pérdidas y Ganancias de 1995.

Considera que si una compañía se encuentra obligada a llevar Revisor Fiscal, todos sus actos contables deben ser certificados por él con su firma, y si cualquier Contador Público firma en su reemplazo, no tiene validez ese acto porque no tendría razón de ser la firma del Revisor Fiscal.

Que el Balance presentado por la firma Prolibros Ltda no solo adolecía de la firma del Revisor Fiscal, sino también del cumplimiento de las normas contables señaladas en los Decretos 2649 y 2650 del 29 de diciembre de 1993, sobre la obligatoriedad de las sociedades mercantiles privadas y entidades públicas de aplicar el Plan Único de Cuentas (P.U.C) concerniente en la aplicación estricta de los catálogos de cuentas en todas las operaciones contables.

Que en el Balance presentado por la firma Prolibros Ltda en "Activos Corrientes" incluyó en forma conjunta los rubros Bancos e Inversiones, cuando las normas contables (PUC) disponen que deben ir por separado, ya que no todas las inversiones constituyen activos corrientes, porque cuando se compran activos o títulos de deuda pública a largo plazo, dejan de ser activos corrientes y se deben incluir en el rubro de inversiones varios.

Que en relación con el precio, la Administración Departamental no le dio estricto cumplimiento al punto 3.3.3 del Capítulo II del Pliego de Condiciones en el sentido de tener en cuenta al momento de examinar las ofertas los oferentes hubieran presentado:

1) El valor total para cada ítem; 2) El precio de cada juego de Bibliotecas y 3) El valor total de todos los ítems; y que la única firma que cotizó bajo estos parámetros fue el Consorcio Latinoamericano Educativo.

Alega que como consecuencia de no haber cotizado cada uno de los ítems la firma ganadora Prolibros Ltda, se convirtió en una oferta artificialmente baja, prohibida por el Numeral 6º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993; pues si hubiera cotizado todo, el costo hubiera sido superior, y el puntaje obtenido en el factor precio hubiera disminuido.

2. LA DEFENSA

El Departamento de Bolívar.

La entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y sustenta su defensa en los argumentos que se resumen a continuación:

Señala que el contrato fue adjudicado a la Sociedad Prolibros Ltda por haber alcanzado integralmente el máximo puntaje de acuerdo con los parámetros de evaluación previstos en los Pliegos de Condiciones y por haber resultado su propuesta, la más favorable.

Alega que el reconocimiento que se hace del Balance presentado por la firma Prolibros Ltda, con la firma del Contador Público, no podía ser rechazado, ya que se ajustó a la forma prevista por el Pliego de Condiciones, cumpliéndose a cabalidad las instrucciones previstas para el efecto. Que el artículo 80 de la Ley 190 de 1995, no prohíbe que el Balance sea firmado por un Contador Público, simplemente exige que los revisores fiscales en cumplimiento de sus funciones, velen para que no efectúen pagos a funcionarios estatales por celebración de los contratos, para que los estados financieros reflejen los ingresos y costos del contrato, y para colaborar en armonía con sus funciones.

Que el Balance presentado por la Firma Prolibros Ltda, al ser suscrito por la Contadora, se ajusta a las exigencias del Pliego de Condiciones y otorga plena fe pública, por lo que la omisión de la firma del revisor fiscal no le quita validez al acto, ya que los pliegos presentaban claramente la alternativa para su firma por uno u otro funcionario; además que para el envío del mismo a la Superintendencia de

Sociedades, conforme lo dispone el artículo 290 del Código de Comercio, permite que sea suscrito además por un Contador Público.

Señala además que para el Comité Evaluador no era necesario conocer el precio unitario de cada uno de los elementos que constituyen el juego de las bibliotecas solicitadas, siendo indispensable que cada juego de bibliotecas contengan todos y cada uno de los elementos exigidos, aunque no estén cotizados de manera individual.

Que las sociedades participantes en la licitación, o no manifestaron su inconformidad ante las exigencias del pliego, o simplemente se sometieron a ellas por encontrarlas ajustadas a las comunes exigencias en estos casos sin que se solicitaran aclaraciones y que el procedimiento continuó normalmente hasta el final que culminó con la selección del contratista.

Que el Balance presentado por Prolibros Ltda refleja fielmente el estado financiero de la sociedad, el cual no fue desvirtuado, conduciendo necesariamente a la presunción de buena fe.

Alega que la audiencia de adjudicación no es de debate, solo de adjudicación, razón por la cual en dicho acto se leyeron los proyectos que posteriormente en la misma audiencia fueron suscritos por el Gobernador del Departamento de Bolívar, dejando constancia en el acta, las intervenciones que la misma se hicieron.

Que confunde la demandante una propuesta parcial con la posibilidad global de cotizar con el precio de cada juego de biblioteca.

Que la evaluación de calidad en la escogencia del proponente para la adquisición de bibliotecas, radicó esencialmente en el análisis de favorabilidad para la entidad licitante de acuerdo con la información técnica presentada, la cual se detalla en las propuestas y en los catálogos anexos a las propuestas y en el informe de evaluación.

Excepciones:

- **Inexistencia de la parte demandante – falta de capacidad para ser parte.** Señala que la actora, afirma actuar por intermedio del Representante Legal Jorge

Alberto Contreras Caraballo, quien es la persona natural que otorga el único poder anexo al libelo inicial, siendo que se trata de un Establecimiento de Comercio, de propiedad de 3 sociedades que operan como sociedad de hecho, y de las cuales no se aporta prueba alguna sobre su existencia y representación.

Que concluido el proceso de licitación sin adjudicación a su favor, no existe la parte demandante como Consorcio, por lo que debieron actuar en la calidad que las identifica como sociedades regulares de derecho, y otorgar cada una el poder respectivo para actuar creando un litisconsorcio.

- **Inepta demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones.** Señala que el único documento que se adjunta es la certificación de que el Consorcio Latinoamericano Educativo es un Establecimiento de Comercio, de propiedad de tres sociedades que operan en el comercio como sociedad de hecho.

Que además se pide la nulidad parcial del informe evaluativo de propuestas de la Licitación Pública N° FER-B-001-95, cuando este es un acto de trámite de naturaleza preparatoria; siendo el único demandable por esta acción el acto de adjudicación.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva.** Que el ejercicio de la presidencia del Fondo Educativo Regional (FER) por parte del Gobernador de Bolívar, obliga a la Nación, mas no a la entidad territorial, en nombre de la cual no actúa cuando ejerce las funciones presidenciales del organismo del Ministerio de Educación Nacional en Bolívar.

Además de las anteriores formuló las excepciones de: *"Legalidad, validez y eficacia del acto acusado"*; y *"Falta de causa y derecho para pedir."*

Ministerio de Educación.

Guardó silencio.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 4 de septiembre de 1996 se admitió la demanda (f. 149). Por auto de fecha 27 de mayo de 1999, se admite la adición de la demanda. (f. 204).

El 5 de agosto de 2003, se abre a pruebas el proceso (f. 229-230)

El 29 de septiembre de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 281-282).

Únicamente alegó el Departamento de Bolívar, quien se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda (F. 284-285)

El Agente del Ministerio Público desistió de emitir concepto (f. 286).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver en primera instancia el presente asunto, toda vez que la parte actora estimó la cuantía en \$633.532.551,00, monto que excede los 300 salarios mínimos para la fecha de presentación de la demanda (11 de julio de 1996)¹, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

2. Caducidad

Para la época de interposición de la demanda, la norma que regulaba el término para intentar la acción era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 y, por lo tanto, ese término era de cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso.

Cabe precisar, que dentro del expediente no obra prueba sobre la fecha en la cual se le comunicó al demandante el acto de adjudicación, como proponente no favorecido en la licitación pública que se estudia; sin embargo, en los hechos de la demanda el actor afirma que dicha comunicación se dio en audiencia pública; por lo que se tiene que la demanda de la referencia fue presentada oportunamente, esto es el día 11 de julio de 1996, pues dicha fecha se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecía el

¹ Ver folio 32.

artículo 136 del Código Contencioso Administrativo antes de ser modificado por la Ley 446 de 1998; como quiera que el acto acusado es de fecha 11 de marzo de 1996².

3. Acto acusado

En este caso, se pretende la declaratoria de nulidad de la **Resolución No. 00378 de fecha 11 de marzo de 1996**, por medio de la cual se resuelven unas objeciones y se adjudica el contrato objeto de la Licitación Pública FER-B-001-95, que corresponde a la compra de noventa y un Bibliotecas Escolares.

4. Las excepciones

Formula el Departamento de Bolívar la excepción de *Inexistencia de la parte demandante – falta de capacidad para ser parte*, pues considera que concluido el proceso de licitación sin adjudicación a su favor, no existe la parte actora como Consorcio, por lo que debieron actuar en la calidad que las identifica como sociedades regulares de derecho, y otorgar cada una el poder respectivo para actuar creando un litisconsorcio

En efecto, el libelo inicial fue presentado por el Consorcio Latinoamericano Educativo, que cuya constitución según el Contrato suscrito³, estaba conformada por tres sociedades (TRIANGULO CULTURAL DE SAN ANDRES LTDA, EDICIONES ZAMORA DEL CARIBE LTDA, y LA CASA DEL DICCIONARIO LTDA), y que además tenía un carácter temporal *“para participar única y exclusivamente en la Licitación Pública abierta por la Gobernación de Bolívar y el Fondo Educativo Regional”*. Sin embargo, dentro del término de la reforma de la demanda, los tres Representantes Legales de dichas sociedades, confirieron poder por separado para actuar en el proceso en calidad de litisconsorcio; lo anterior subsanó la irregularidad que se presentó en un principio, por lo que no prospera esta excepción.

En cuanto a la excepción de *“Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones”*, ya que se pide la nulidad parcial del informe evaluativo de propuestas de la Licitación Pública N° FER-B-001-95, cuando este es un acto de trámite. Advierte la Sala que ésta excepción tampoco prospera, debido a que en la reforma de la demanda la parte actora señaló como único acto acusado la **Resolución No.**

²Ver folios 45 a 55.

³ Ver folios 34-36

00378 de fecha 11 de marzo de 1996, por medio de la cual se resuelven unas objeciones y se adjudica el contrato objeto de la **Licitación Pública FER-B-001-95**, que corresponde a la compra de noventa y un Bibliotecas Escolares.

En cuanto a la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva.*", atendiendo a que el ejercicio de la presidencia del Fondo Educativo Regional (FER) por parte del Gobernador de Bolívar, obliga a la Nación, mas no a la entidad territorial; tampoco prospera, por cuanto dicho fondo se encuentra adscrito a la Secretaría de Educación Departamental y no a la Nación. Sin embargo, se advierte que la parte actora vinculó también como demandado al Ministerio de Educación Nacional, la cual guardó silencio en la oportunidad que tenía para defenderse.

En lo que tiene que ver con las demás excepciones formuladas, por concernir al fondo de este asunto, serán desarrolladas en las demás consideraciones que decida la Sala.

5. Problema jurídico

En el presente asunto, pretende la parte actora que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, se le adjudique de la Licitación Pública No. FER-B-001-95 toda vez que su oferta fue mejor que la de la sociedad favorecida; y en caso de no ser posible, se le indemnice por los perjuicios sufridos y las ganancias dejadas de percibir por la no adjudicación del contrato.

Por consiguiente, el problema jurídico que deberá resolver la Sala, de acuerdo con los cargos formulados por la parte demandante, se concreta en determinar si en el proceso de adjudicación de la Licitación Pública No. FER-B-001-95, adelantada por la Gobernación de Bolívar - Secretaria de Educación, se violó el Estatuto de la Contratación Estatal y el debido proceso, se incumplió con los principios de imparcialidad y del deber de selección objetiva por desconocimiento de lo establecido en el Pliego de Condiciones.

El análisis propuesto estará relacionado con el proceso de adjudicación efectuado por la Administración Departamental de Bolívar, para determinar así, si se encuentran probados los cargos de nulidad endilgados, y si en efecto la propuesta del actor era la mejor o más favorable para la entidad.

5. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda, pues no contó con elementos probatorios suficientes que le permitieran afirmar de forma contundente, que la oferta del demandante hubiese sido la mejor y que, por lo mismo, le correspondía ser preferida en la adjudicación.

La anterior tesis se fundamenta, en los argumentos que a continuación se exponen.

6. Marco Normativo y jurisprudencial.

La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales, que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa⁴.

Por ello, la jurisprudencia⁵ ha expresado que la actividad contractual de la Administración debe sujetarse a una serie de directrices que logren mantenerla encausada hacia el cumplimiento de los fines y funciones señalados en la Constitución y en la ley, y hacia la satisfacción del interés general, directrices que, por la magnitud y diversidad de las situaciones que han de cobijar, deben estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad, constituyendo así verdaderos principios regentes de la actividad administrativa del Estado en materia contractual.

Los pliegos de condiciones:

La Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente para la época en la cual se expidió el acto de adjudicación acusado, consagra el principio de transparencia como orientador de la actividad contractual, cuyo propósito se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, la igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelante la Administración para la escogencia de sus contratistas, como también a garantizar

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-449 de 1992, M.P. Jorge Arango Mejía y CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447), C P : Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “C” sentencia del 29 de agosto de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 390005

que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo cual permite que puedan ser controvertidas.

Como aplicación de este fundamental principio, el artículo 24 de la mencionada Ley 80 consagra, como regla general, que la selección de los contratistas se efectúe mediante el procedimiento de la licitación pública o el concurso público y, excepcionalmente, a través del sistema de contratación directa⁶; igualmente, establece la posibilidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones adoptados por la Administración; ordena que las actuaciones de la Administración sean públicas y ajustadas a la legalidad; dispone que los actos que se expidan en ejercicio de la actividad contractual, o con ocasión de ella, estén debidamente motivados y prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva.

El numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2º de la misma ley, consagra el deber que tiene la Administración Pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia que contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista.

Lo anterior desarrolla el principio de transparencia que además, debe orientar la actividad contractual de las Entidades Estatales, al tiempo que constituye un presupuesto de la legalidad de la contratación pública, desde su formación.

Al respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la jurisprudencia⁷, que el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de licitación como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración

⁶ Con la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, en su artículo 2º, las modalidades de selección son cuatro: la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999. Expediente 12344, C P Daniel Suárez Hernández.

legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.

La obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de “*ley de la licitación*” y “*ley del contrato*”⁸, en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación.

Los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes, así como los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros deben llevar como única señal el fin general perseguido con la contratación propuesta.

La jurisprudencia⁹ ha precisado que:

“Los pliegos de condiciones permiten y determinan la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; los criterios o factores de evaluación posibilitan la selección de la mejor propuesta, esto es están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, lo cual excluye, de suyo, que factores ambiguos o elementos subjetivos puedan tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal.”

En suma, resulta menester que los criterios de selección que se consagren en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la Administración

⁸ “Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado “*la ley del contrato*” por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación” (Dromi, José Roberto, La licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196)

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de abril de 2006. C P Ruth Stella Correa Palacio. Exp 16041.

seleccionar la mejor propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a proponer; o, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 80, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad.

La selección objetiva:

El artículo 29 de la Ley 80, consagró el deber de selección objetiva de los contratistas como expresión del interés general o interés público, como fin de la actividad contractual del Estado, el cual debe estar presente cuando la selección del contratista se adelante mediante el procedimiento de la licitación o el concurso, como también cuando la ley permita hacerlo mediante el sistema de la contratación directa

La norma citada enuncia que *“la selección del contratista será objetiva”* y a continuación dispone:

i) *“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”*

ii) *“Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como, cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.”*

iii) *“El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*

A partir del contenido de la norma transcrita, la objetividad en la selección de los contratistas del Estado, implica: i) que la escogencia del contratista debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés; ii) que la propuesta más favorable se debe determinar por la ponderación de los diversos factores, previamente establecidos por la Administración, tales como: cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros; iii) que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de evaluación se debe establecer de manera precisa, detallada y concreta en el pliego de condiciones, para determinar el valor que corresponde a cada uno de ellos y, iv) que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores.¹⁰

Naturalmente que esta norma legal, cuyo contenido concreta el principio de selección objetiva en la contratación estatal, debe interpretarse de manera conjunta e integrada con los demás principios orientadores de la actividad contractual, como son el de transparencia, de economía y de responsabilidad, consagrados en los artículos 24, 25 y 26 de la misma Ley 80 de 1993.

Todo lo anterior demuestra la importancia que revisten, en la escogencia objetiva del contratista, los criterios de selección de las propuestas y su correspondiente ponderación detallada y precisa, tanto para los proponentes, como para la Administración y para los órganos de control.

En relación con los criterios de selección de las propuestas, la jurisprudencia¹¹ ha destacado su importancia desde dos ámbitos y para efectuar controles así:

“Desde el ámbito de los proponentes, porque les permite conocer: i) las reglas bajo las cuales deberán elaborar sus ofrecimientos; ii) los aspectos que serán materia de valoración por parte de la Administración; iii) el puntaje exacto que se asignará a cada uno de dichos factores y iv) la forma en la cual se hará el análisis comparativo de las ofertas.

Desde la óptica de la Administración, le impone: i) el cumplimiento de los parámetros establecidos en el pliego para la evaluación y comparación de

¹⁰ Argumentos expuestos en sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009 - Consejo de Estado – Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp '17366.

¹¹ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp 17366

las ofertas; ii) la imposibilidad de desconocer dichos criterios o de adoptar criterios diferentes al momento de la evaluación; todo lo anterior, en garantía de los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad, de moralidad y de selección objetiva, propios de la contratación estatal, que de otra manera se verían seriamente comprometidos, como también lo estaría la legalidad del acto de adjudicación de la licitación.

Para efecto de los controles, porque facilita: i) ejercer el control disciplinario respecto de los funcionarios encargados de efectuar la evaluación y adjudicación de las ofertas, con el fin de establecer su responsabilidad; ii) adelantar el control fiscal para determinar si la adjudicación de la licitación ha permitido los mejores resultados en términos de gestión administrativa y aplicación eficiente de los recursos del Estado; iii) solicitar el control judicial para impugnar el acto administrativo de adjudicación cuando haya sido expedido con desconocimiento de los principios orientadores de la contratación, entre ellos el de transparencia y el de selección objetiva. (Destacado de la Sala)

Por todo lo anterior, la entidad pública al efectuar el examen comparativo de las propuestas tendrá presente el deber legal que le asiste de aplicar estrictamente los criterios de selección y ponderación establecidos en el pliego de condiciones, de dar a conocer oportunamente los informes de las evaluaciones realizadas, de atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuadas a los estudios; actividad que estará orientada por los principios de transparencia, de igualdad, de imparcialidad y de selección objetiva, que han sido establecidos por la ley para escoger la propuesta más favorable a la Administración.

7. Análisis del caso

La parte demandante afirma que su propuesta cumplía con todas las exigencias formuladas en el pliego de condiciones y que su precio era el más ajustado por estar discriminados cada uno de los ítems requeridos en el punto 3.3.3 del Capítulo II del Pliego de Condiciones; a diferencia de la firma favorecida (PROLIBROS S.A.) cuyo Balance no solo no adolecía de la firma del Revisor Fiscal, sino también del cumplimiento de las normas contables señaladas en los Decretos 2649 y 2650 del 29 de diciembre de 1993, sobre la obligatoriedad de las sociedades mercantiles privadas y entidades públicas de aplicar el Plan Único de Cuentas (P.U.C). Por lo anterior,

considera que la entidad demandada debió declarar que su propuesta era la mejor y que, por ello, tiene derecho a obtener la indemnización que reclama.

Los cargos de nulidad invocados por la parte actora al acto acusado, los deduce la Sala en violación de los principios de transparencia, de economía, de imparcialidad y el deber de selección objetiva; los cuales se reducen a la forma en que se adjudicó la propuesta; la cual, en concepto de la parte demandante, no se realizó de manera correcta por inobservancia de lo consagrado en el Pliego de Condiciones que rigió el proceso de la Licitación Pública FER-B-001-95.

De acuerdo con lo anterior, precisa la Sala los elementos probatorios sobre los cuales la parte actora, acusa de nulidad, el acto de adjudicación.

Lo probado:

A. Según lo indicado en el Informe de Evaluación de Propuestas de la Licitación Pública FER-B-001-95¹², mediante Resolución No. 2403 del 29 de diciembre de 1995, se ordenó la apertura de una licitación pública cuyo objetivo era la adquisición de 91 bibliotecas escolares con destino a los establecimientos educativos de primaria y secundaria del Departamento de Bolívar, la cual se fundamentó en los estudios de conveniencia y oportunidad realizados por la Secretaría de Educación de Bolívar.

Indicó también, que la apertura de la licitación y el cierre de la urna se efectuaron el 23 de enero de 1996 a las 10:00 a.m.; y que el cierre de la licitación y la apertura de la urna se efectuaron el día 13 de febrero de 1996 a las 3:00 p.m.

Además se asignó el puntaje de los oferentes, una vez revisadas las propuestas presentadas en orden descendente, así:

No.	PROPONENTE	VALOR PROPUESTA	PUNTAJE TOTAL
1	Prolibros Ltda	1.170.759.780	94.82
2	Consorcio Latinoamericano Educativo	1.124.713730	92.50
3	M.T.I. Ltda	1.171.080.600	88.81

¹² Ver folios 56-71.

4	Educar S.A.	1.202.129.926	64.1
5	Corcas Editores Ltda	1.098.441.450	58.2
6	Arisma Ltda	911.700.100	48

A la parte actora, se le comunicó la existencia del anterior informe, mediante Comunicación de fecha 29 de febrero de 1996 suscrita por la Secretaria de Educación, con el fin de que presentaran las observaciones que se consideraran pertinentes.¹³

B. Que en fecha 11 de marzo de 1996 se realiza audiencia pública convocada por el Gobernador de Bolívar, para la adjudicación de unas licitaciones, entre ellas, la Licitación Pública FER-B-001-95, objeto de censura en esta oportunidad. En dicha audiencia se eliminan algunas propuestas; se señala el orden de las propuestas de acuerdo al puntaje total asignado conforme se indicó precedentemente; se resuelven las objeciones presentadas y se adjudica a la firma PROLIBROS LTDA la licitación.¹⁴

C. Mediante **Resolución No. 378 de 11 de marzo de 1996** (acto acusado), se consolida la adjudicación de la Licitación Pública FER-B-001-95 a la firma PROLIBROS LTDA, y se resuelven las observaciones presentadas al Informe de Evaluación de Propuestas.

D. Se advierte el Contrato de Compraventa suscrito con la firma PROLIBROS LTDA por la Licitación Pública FER-B-001-95¹⁵, y además la propuesta presentada por la firma que resultó ser la adjudicada.¹⁶

Relacionadas las pruebas que reposan en el plenario, es preciso para la Sala reiterar la carga procesal que le incumbe a la parte demandante de probar las alegaciones en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, carga que está determinada por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Pues bien, en los procesos referentes a los contratos celebrados por las entidades públicas, de los cuales conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo,

¹³ Ver folio 56.

¹⁴ Ver Acta de Adjudicación Licitación Pública (f 63-91)

¹⁵ Ver folios 101 a 105

¹⁶ Ver folios 114 a 147.

procesalmente no hay particularidades en torno a la carga de la prueba diferentes a las que consagra el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior encuentra confirmación en algunas sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷, en las cuales se hace referencia al tema de la carga de la prueba.

Así, en un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, precisó la jurisprudencia acerca del tema de la carga de la prueba lo siguiente:

“Tratándose de este tipo de pretensiones que buscan la declaratoria de ilegalidad del acto de adjudicación dentro de los procesos de selección de los contratistas, resulta de fundamental importancia para la prosperidad de la pretensión, la observancia por parte del impugnante del proceso de selección, de una diligencia y claridad suficientes en determinar puntualmente los motivos en concreto que permitan al juez del contrato o del proceso de selección, advertir con claridad suficiente, las anomalías que se le imputan a la entidad demandada, dentro del proceso de selección. Se quiere significar con lo anterior que, no se satisface cabalmente esta exigencia, cuando el actor se limita a allegar al expediente la totalidad de la documentación contentiva de las propuestas, sin acreditar y determinar las razones y motivos por los cuales considera que su propuesta era la mejor en relación con las demás, pues ante tal inactividad probatoria, bien difícil que resulta al juzgador empeñarse en detectar las irregularidades que puedan comportar la declaratoria de ilegalidad del acto de adjudicación, máxime si se tiene en cuenta que, los procesos de selección de los contratistas, suelen ser de suyo complejos e involucran aspectos técnicos, financieros, económicos, entre otros, que hacen indispensable el que el proponente desfavorecido, que se siente lesionado en su interés jurídico, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica el acreditamiento de su mejor condición como proponente”¹⁸ (Subrayas fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, se advierte una inactividad probatoria del demandante, en cuanto a que éste no aportó o solicitó la práctica de pruebas que le permitieran acreditar

¹⁷ Sentencia del 24 de febrero de 2005, exp: 14937. Citado en: Sección Tercera, Sentencia de abril 28 de 2005, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14786; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 21 de 2004, C. P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp 14651

¹⁸ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, Expediente 12179, C.P. Daniel Suárez Hernández.

en el plenario que su propuesta hubiera sido la más favorable de las ofertas y que, por esa razón, tenía derecho legítimo a ser el adjudicatario; pues en primer lugar no fue acreditado dentro del proceso el Pliego de Condiciones, que como se dijo en la parte precedente de este fallo, hace parte integral del contrato y establece los criterios sobre los cuales se evalúan las propuestas; tampoco aportó copia de las demás ofertas que fueron presentadas para la mencionada Licitación Pública, ni siquiera la presentada por ella misma; sino que únicamente reposa en el expediente la propuesta presentada por la firma favorecida, y ello no es suficiente para que Sala pueda establecer si la adjudicación se ajustó o no a los requerimientos de la administración al momento de celebrar la contratación.

Correspondía entonces a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado; sino que, adicionalmente, estaba en el deber de demostrar que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que era la mejor en los aspectos técnicos y financieros, circunstancias que lo hacían acreedor al derecho de ser el adjudicatario de la Licitación Pública FER-B-001-95, y por tanto a la indemnización que aquí reclama.

Así las cosas, y de conformidad con el análisis efectuado, la Sala declarará no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, y la de inepta demanda formuladas por el Departamento de Bolívar, y negará las pretensiones de la demanda, como quiera que faltaron los elementos de juicio que permitieran concluir que la adjudicación se encontraba viciada de nulidad como lo alegó la parte actora ya que no se acreditó que su oferta era la más favorable en el procedimiento administrativo de selección, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, o que la escogida incumplía los requerimientos del pliego de condiciones.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva; y de inepta demanda formuladas por el Departamento de Bolívar, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y devuélvase a la parte demandante el remanente que hubiese quedado de la suma consignada para cubrir gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0013
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2011-00003-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C. Diciembre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. **327** /2013.

Tema: **Pensión Post Mortem Docente**

Magistrada de Descongestión: **LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO**

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-009-2011-00003-01
Demandante: MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ
Demandado: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha 29 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

“PRIMERO: Que es nulo el acto administrativo de fecha 23 de junio de 2010, expedido por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Bolívar, mediante el cual negó la pensión post Mortem (sic) o sobreviviente a mi mandante como conyugue (sic) del finado licenciado JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR, quien falleció en el Municipio de San Juan Nepomuceno el pasado 2 de agosto del 2008, quien a la fecha se encontraba trabajando y el silencio negativo ficto y presunto de ese Ministerio y Fondo de Prestaciones Sociales al no dar respuesta dentro del término legal del derecho de petición presentado por mi mandante el 13 de septiembre de 2010 en la oficinas (sic) del fondo de prestaciones sociales en la ciudad de Cartagena, por medio de la cual requirió al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que motivara jurídicamente y señalara que clase de recurso tiene la respuesta contenida el 23 de junio de 2010.

SEGUNDO: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a favor de la señora MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ, por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocimiento de la Pensión Post-Mortem o de sobreviviente, y el pago con retroactividad desde el pasado 2 de agosto del 2008, fecha en que murió el occiso (sic) conyugue (sic), por cumplir con el PARÁGRAFO TRANSITORIO 1º adicionado A.L. 1-2005, Art. 1 del artículo 48 de la Constitución Política Nacional, Artículo 81 de la Ley 812 de 2003, Artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, por haber estado vinculado el difunto esposo de mi mandante, licenciado JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR, al servicio, con posterioridad al 27 de junio 2003.

(...)”.

HECHOS

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la demandante estimó los siguientes:

La actora afirma que el finado JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR, se vinculó a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, bajo la siguiente modalidad:

- a.- Contrato de prestación de servicio desde el 1 de febrero de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2002, es decir 229 días.
- b.- Contrato de prestación de servicio desde el 4 de febrero de 2003 hasta el 4 de mayo de 2003, es decir 90 días.
- c.- Nombramiento en propiedad desde el 17 de marzo de 2004, hasta el 26 de septiembre de 2008, es decir 1629 días.

Señala que en vida el finado JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR convivía con su esposa MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ, bajo el mismo techo, se casaron mediante ceremonia católica el día 5 de diciembre de 1987 y la actora dependía económicamente en todas sus necesidades básicas de lo que ganaba su difunto esposo, ya que ella no trabaja y era afiliada como beneficiaria de los servicios de salud y seguridad social que el gozaba.

Afirma que el finado JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR al momento de fallecer tenía 51 años cumplidos y la actora desde la fecha de la muerte de su esposo quedó sin ninguna ayuda económica y de seguridad social, quedó en total abandono ya que dependía económicamente del sueldo que devengaba su esposo, así como la hija que procrearon MARIA TERESA MEJIA RAMOS, quien en ese momento era mayor de edad, pero se encontraba haciendo estudios universitarios, los que terminó con préstamos de entidades y particulares.

Indica que se presentó reclamación de pensión de sobreviviente el día 26 de mayo de 2009, la que fue negada por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Oficio de fecha 23 de junio de 2010, por considerar que el occiso solo prestó sus servicios como docente por el tiempo de 4 años, 4 meses y 16 días y como requisito mínimo debió haber cumplido con 18 de años de servicios hasta el momento de su fallecimiento.

Sostiene que el día 13 de septiembre de 2010, se presentó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio petición requiriendo que motivaran jurídicamente y señalaran qué clase de recurso tenía la respuesta que dieron mediante oficio del 23 de junio de 2010, sin que hasta la fecha habiendo pasado más del término legal haya contestado la mencionada petición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Nacional: Art. 48.
- Ley 812 de 2003 art. 81.
- Decreto 1151 de 2007 art. 160.

Como argumentos en el concepto de violación de la norma, manifiesta que el difunto esposo de la actora estuvo vinculado en el régimen de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, ya que rige para los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 y el occiso se vinculó mediante nombramiento 17 de marzo de 2004, como lo señala el artículo 81 de la Ley 812 del 2003 y artículo 160 de la Ley 1151 del 2007.

Así mismo, señala que el difunto esposo de la actora cumplió con las semanas mínimas exigidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que son como mínimo 50 semanas cotizadas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y según registro civil de nacimiento, tenía más de 51 años de edad, su esposa tenía más de 5 años de estar conviviendo y dependía económicamente de él y tiene derecho a recibir tal prestación social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada Ministerio de Educación Nacional contestó la demanda extemporáneamente (fls. 69-76), por lo que no se tendrán en cuenta los argumentos expuestos.

La Gobernación de Bolívar, presentó contestación de la demanda dentro del término de ley (fls. 62-66), sin embargo la Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, consideró mediante auto de fecha 24 de noviembre de 2011, que si bien el Departamento de Bolívar contestó la demanda, luego de revisado el libelo se observa que la misma no está dirigida contra dicha entidad ni contra algún acto administrativo proferido contra ella, por lo que se considera que dicho ente no es parte en el presente proceso (fl. 105).

III. CAMBIO DE COMPETENCIAS

En desarrollo del Plan de Descongestión adoptado para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el presente proceso fue redistribuido al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena quien adelantó la primera instancia en este asunto.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

El 29 de febrero de 2012, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

"FALLA

PRIMERO. DECLARASE LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos:

1. Oficio sin número de fecha 23 de junio de 2010.
2. Acto ficto o presunto producto de la no respuesta del derecho de petición de fecha 13 de septiembre de 2010.

Expedidos ambos por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ORDENESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a la señora MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ desde el 3 de AGOSTO de 2008, día siguiente del deceso del docente JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR, de conformidad con los artículos 46, 47 y 48 de la ley 100 de 1993, en forma vitalicia.

TERCERO: Las sumas a que resulte condenada la Entidad demandada se reajustaran e indexarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

...

QUINTO: DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

(...)."

La Juez de primera instancia, sostiene que el docente se vinculó al servicio público educativo oficial en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le es aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él.

Sostiene que está plenamente demostrada la convivencia por más de 5 años entre la señora MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ y el señor JOAQUIN MEJIA CASTELLAR, de igual manera está probada la fecha de vinculación del docente, por lo que se cumplen a cabalidad las exigencias previstas en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, por cual se accederá a las pretensiones de la demanda.

En cuanto al fenómeno prescriptivo, señala que no hay lugar a ello, por cuanto no se presenta en el caso en estudio, teniendo en cuenta que el señor JOAQUIN MEJIA CASTELLAR, falleció el 2 de agosto de 2008 y la primera petición se elevó el 5 de junio de 2009.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 21 de mayo de 2013, esta Corporación aprehendió el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo establecido en artículo 184, inciso 4 del C.C.A., dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 153).

En esta oportunidad procesal las partes en litigio guardaron silencio y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo manifestando que, el régimen general de pensiones

aplicable al caso concreto es la Ley 100 de 1993, toda vez que sus disposiciones resultan más favorables a las contenidas en el régimen especial establecido en el Decreto 224 de 1972.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Tramitada la segunda instancia y como resultado de la revisión procesal ordenada por el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 – modificatoria de la Ley 270 de 1996, advierte la Sala que en este caso, aunque la H. Mag. MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ, admitió la demanda del presente asunto al figurar como titular del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de esta Ciudad, no se vislumbra causal alguna de impedimento, toda vez que no fue la Juez talladora de la primera instancia, por lo tanto, al no observarse causal de nulidad, impedimento o irregularidad alguna que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que a su tenor dispone:

"ART. 184. Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectúe una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado." (Negritas y subrayas de la Sala)

En esas condiciones es necesario previamente verificar si se dan los presupuestos legales para ello, tratándose de un asunto contencioso de carácter laboral, donde la sentencia de primera instancia impuso condena a cargo de la entidad pública, procede constatar si la demandada durante la respectiva actuación no ejerció defensa alguna de sus intereses.

Así se observa que la demandada fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda el día 2 de marzo de 2011, por intermedio del Gobernador de Bolívar (fl. 56), y fijada en lista entre el 22 de marzo al 4 de abril de 2011 (fl. 50 rvso.), observando la Sala que, la entidad demandada contestó la demanda de forma extemporánea (fls. 69-76) y no presentó sus alegaciones finales.

Determinada la procedencia del grado de consulta, esta Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, analizará la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena el 29 de febrero de 2012.

CADUCIDAD.

De conformidad con lo previsto en el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A., pueden demandarse en cualquier tiempo los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas.

Como quiera que el presente asunto cobija el estudio de una prestación de tal carácter, no hay lugar a verificar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la pensión de sobreviviente derivada de la muerte del docente vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Joaquín Antonio Mejía Castellar y si su cónyuge sobreviviente reúne los requisitos para acceder a la misma.

TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, que concedió las pretensiones de la demanda, por cuanto la demandante, en su calidad de cónyuge supérstite, tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca la pensión de sobrevivientes en los términos del régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993, lo anterior bajo los argumentos que a continuación se exponen:

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata del Oficio sin número de fecha 23 de junio de 2010, expedido por el Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y mediante el cual niega el reconocimiento y pago de la pensión post mortem a la señora MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ (fl. 37).

Y el acto ficto presunto que se constituyó ante el silencio de la administración, frente a la petición radicada el día 13 de septiembre de 2010 (fl. 38), y de la cual se entiende la negativa del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de motivar jurídicamente y señalar la clase recurso a interponer en contra del Oficio sin número de fecha 23 de junio de 2010.

LO PROBADO

En las diferentes oportunidades procesales habilitadas para la recepción de pruebas, fueron allegados a autos los siguientes elementos probatorios:

- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la actora (fl. 16).
- Copia de la Cédula de Ciudadanía del finado, señor JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR donde se prueba la fecha de nacimiento que es el 17 de julio de 1957 (fl. 18).
- Copia auténtica del Certificado de Matrimonio entre la actora y el hoy finado, donde se prueba que se celebró en fecha 5 de diciembre de 1987 (fl. 19).
- Certificado del Registro Civil de Nacimiento de la señora MARIA RAMOS DIAZ, donde se prueba la fecha de su nacimiento: 13 de marzo de 1961 (fl. 21).
- Registro Civil de Defunción del señor JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR que prueba la fecha de su deceso: 2 de agosto de 2008 (fl. 22).
- Declaraciones juradas ante la Notaría Única del Municipio de San Juan de Nepomuceno de los señores ARGEMIRO JOSE LOBELO STAVE y EDUARDO RIVERA DE AVILA, en la que declaran que el hoy finado convivió en unión matrimonial con la actora durante varios años y que dependía económicamente de aquel (fl. 25).
- Copia auténtica del Decreto No. 171 del 5 de marzo de 2008, mediante el cual el Gobernador de Bolívar nombra en propiedad al señor JOAQUIN ANTONIO MEJIA CASTELLAR en el cargo de docente en matemáticas en la Institución Educativa Diógenes Arieta en el Municipio de San Juan de Nepomuceno (Bol.) (fl. 97-99)
- Certificado de tiempo de servicios expedidos por la Secretaría de Educación de Bolívar (fls. 100-101).
- Respuesta de la demandada de fecha 23 de junio de 2010, donde esgrime que la actora aportara otros tiempos laborados, debido a que el requisito mínimo para acceder a la pensión post mortem es de 18 años de servicios y que el finado aparece con 4 años, 4 meses y 16 días (fl. 37).
- Petición presentada por el apoderado de la actora, fechada 13 de septiembre de 2010, en la cual solicita a la accionada, que motive jurídicamente la respuesta de fecha 23 de junio de 2010 y que anote en dicho acto administrativo que recursos proceden contra él. (fls. 38-39).

NORMATIVIDAD APLICABLE

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 279 consagró quienes excluye en forma expresa, con el siguiente tenor literal:

"El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

..."

De conformidad con la norma transcrita, el causante señor Joaquín Mejía Castellar, en su condición de docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está excluido, en principio, de la aplicación de la Ley 100 de 1993, en cuanto al reconocimiento de la pensión post mortem debiendo aplicársele la norma especial que regula tal situación.

Pese a lo anterior, como el aparte subrayado del artículo transcrito referente a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional¹ **"siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad..."** se deberá examinar los requisitos que consagran los regímenes general y especial para el reconocimiento de la pensión post mortem solicitada por la actora.

Ahora bien, para las personas como el causante que no lograron concretar su derecho pensional por la circunstancia insuperable de su fallecimiento, el Decreto 224 de 1972, por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7º previó la siguiente prestación:

"Artículo 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que *hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y*

¹ Corte Constitucional C-461 de octubre 12 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte ~~mientras aquel no contraiga nuevas nupcias~~ o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y ~~por un tiempo máximo de cinco (5) años.~~"² (Resalta la Sala)

Si bien se ha afirmado por el H. Consejo de Estado en reiteradas ocasiones la inexistencia de un régimen especial en materia pensional para los docentes y la observancia de las reglas contenidas al respecto dentro de la Ley 91 de 1989 que remiten a la aplicación para los docentes nacionales y nacionalizados de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público, debe advertirse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando este último no lograba alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al Sistema para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

Así, el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos previsto en el Decreto 224 de 1972, consagra el derecho a la pensión post mortem pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973.

De acuerdo con la normatividad anterior, en el sub examine, según da cuenta el plenario, el causante no completó el tiempo de servicios necesario para que sus beneficiarios tuviesen derecho a la pensión post-mortem de 18 años consagrada en el mencionado Decreto, prestación que correspondería de conformidad con el régimen especial que le ampara, como quiera que al

² Apartes tachados derogados tácitamente por virtud de los dispuesto en los artículos 1, 2, 4 de la Ley 33 de 1973 Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998

momento de su deceso tan solo contaba con 4 años, 4 meses y 16 días (fl. 100-101).

De otra parte, la Ley 812 del 2003 que aprobó "el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario". Dice la norma, en sus dos primeros incisos referentes al régimen pensional de los docentes oficiales:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres."

A su vez la Ley 1151 del 2007, que expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"; en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la Ley 812, entre las cuales se encuentra precisamente el artículo 81, que se ha transcrito.

Las disposiciones legales comentadas, permiten concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina partiendo de la fecha de vinculación de cada docente al servicio educativo estatal, así:

a) *Si la vinculación es anterior al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 del 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y las demás normas vigentes a la fecha en mención, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicable del docente en particular;*

b) *Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio del 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 del 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.*

En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador expresamente cuando ha creado e introducido modificaciones al régimen

pensional general. Del mismo modo lo trata el Acto Legislativo No. 01 del 2005, como se explica a continuación.

El régimen de los docentes a partir de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 del 2005:

El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, se ocupa expresamente de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

"Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003."

De la norma transcrita se desprende que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la Ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio a partir de su vigencia tienen el régimen de prima media de la Ley 100 de 1993, pero con la edad de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes se rigen por la Ley 91 de 1989 en materia pensional.

Estos dos regímenes se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo No. 01 del 2005.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sin extinguir las normas especiales existentes en la materia, fue desarrollada dentro del Régimen General de Seguridad Social una modalidad de previsión denominada pensión de sobrevivientes que no sólo preveía la sustitución de la pensión ya percibida o consolidada por el trabajador fallecido, sino el reconocimiento de dicha prestación para los familiares de aquel que encontrándose afiliado al sistema y sin haber logrado el status pensional falleciera, siempre y cuando hubiese efectuado un mínimo de cotizaciones establecido por el Legislador.

La aludida prestación, consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tiene por objeto garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido - normalmente al **cónyuge supérstite** o al compañero o compañera permanente y por supuesto a sus hijos-, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento en forma tal que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante, es decir, que ésta responde a la necesidad de mantener para los beneficiarios al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del trabajador o del pensionado fallecido, derecho que al desconocerse puede significar la reducción de los mismos a un estado total de desprotección y desamparo, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales. Es la familia entonces el interés jurídico a proteger con las disposiciones que en materia de pensión de sobrevivientes se consagraron en el régimen de la Ley 100 de 1993, como proyección desde luego del precepto constitucional de protección integral a la misma, consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991.

Al respecto, debe recordarse precisamente que la finalidad legítima del Régimen General de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, es garantizar los derechos irrenunciables de las personas y de la comunidad para obtener una calidad de vida digna mediante la protección de las diversas contingencias que les afecten, estableciéndose como principios orientadores del mismo la universalidad y solidaridad, en virtud de los cuales dicho sistema se concibe como una garantía de protección y ayuda para todas las personas, sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida.

De esta manera, el Legislador frente a la contingencia de muerte del afiliado consagró en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los requisitos que éstos deberían acreditar para acceder a ella y la cuantía correspondiente de acuerdo con el número de semanas cotizadas, lo que quedó expresado dentro de dicho ordenamiento en los siguientes términos:

*"ARTICULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. (...)"

"ARTICULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante ~~(por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y)~~ hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste." ³ (Resalta la Sala)

"ARTICULO 48. MONTO DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas

³ Aparte en tachado en corchetes declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1176/01 Expediente D-3531, por constituir una restricción demasiado amplia y desproporcionada del derecho a la pensión de sobrevivientes que desconoce evidentemente su finalidad. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley. (...) "

De acuerdo con lo anterior, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas al momento de la muerte.

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Así, de la lectura de los dos regímenes expuestos, se observa que aunque la prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues mientras el Decreto 224 de 1972 establece un requisito bastante alto como lo es exigir la prestación del servicio del docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993 resulta más beneficiosa al requerirse para su obtención tan solo 26 semanas de cotización.

En este caso, la aplicación preferente del régimen especial contenido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993 que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, conllevaría una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al Juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales en este caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la viudez o la orfandad y fundamentalmente al amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido, como se expresó en párrafos precedentes.

En efecto, da cuenta el plenario que el docente JOAQUIN MEJIA CASTELLAR (Q.E.P.D.), fue vinculado a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que tendría derecho al Régimen de Prima Media establecido en las leyes del Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993), laboró en la Institución Educativa Diógenes Arrieta del Departamento de Bolívar por un tiempo total de 4 años, 4 meses y 16 días de servicios, que corresponden a los servicios prestados en la docencia oficial de manera discontinua desde el 17 de marzo de 2004 hasta el 2008, año en que falleció (fl-22). La determinación del tiempo de servicios adquiere relevancia en el caso de la pensión de sobrevivientes por cuanto de la definición del mismo depende la fijación del quantum pensional en proporción de las semanas cotizadas.

Así las cosas, se tiene que el tiempo de servicios que ostenta el causante corresponde a 211 semanas de cotización, que sin duda alguna y al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho a su beneficiaria de percibir la pensión de sobrevivientes allí consagrada, en la cuantía correspondiente de conformidad con el artículo 48 ibídem, y al haber acreditado en legal forma la calidad de cónyuge del señor JOAQUIN MEJIA CASTELLAR, de conformidad con el registro civil de matrimonio que obra a folio 19 del expediente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de 29 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por MARIA DEL PILAR RAMOS DIAZ contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

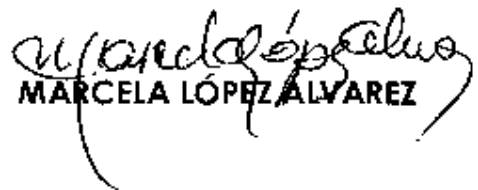
LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE ELIECER FANDINO GALLO



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ





**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0014
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: RAMIRO CORRALES CORRALES
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2011-00272-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Diciembre Seis (6) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 3 2 4 /2013

2º Instancia

Tema: Reliquidación de pensión de jubilación -docente

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-001-2011-00272-01
Demandante: RAMIRO CORRALES CORRALES
Demandado: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha dos (2) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor RAMIRO CORRALES CORRALES instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD

Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare constituido el silencio administrativo negativo respecto del derecho de petición radicado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 18 de julio de 2011.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo en que incurrió el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al no resolver el derecho de petición de fecha 18 de julio de 2011.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que reliquide y pague al actor su pensión teniendo en cuenta además de la asignación básica, todos aquellos factores pagados y certificados en el año anterior al cumplimiento del status de pensionado, tales como prima de vacaciones, prima de navidad y demás factores que conforme a la ley deben integrar la base salarial para el cálculo del monto pensional, pensión que ha de pagarse en cuantía no inferior a \$1.320.766,80 efectiva a partir del 11 de marzo de 2005.

CUARTO: Que se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidar y pagar al actor, las diferencias de mesadas atrasadas, entre lo que actualmente se le paga y lo que ordene la sentencia que resulta este proceso, desde el 11 de marzo de 2005, hasta que sea incluido en la nómina, calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a \$1.320.766,80.

HECHOS

En apoyo de sus pretensiones, el demandante narra los siguientes hechos relevantes:

El actor afirma que prestó sus servicios laborales al Estado como docente oficial en el Municipio de Mompox por más de 20 años, por lo cual la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución No. 2620 de diciembre 5 de 2005, calculada únicamente con la asignación básica y desconociendo otros factores de salario tales como prima de vacaciones y prima de navidad, los cuales en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, son factores salario para el cálculo de esta prestación.

Sostiene que elevo petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación el 18 de julio de 2011, petición que no fue resuelta en los términos del artículo 40 del C.C.A.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Nacional: Arts. 2, 6, 25, y 58.
- Ley 4 de 1966 art. 4.
- Ley 57 de 1887, art. 5
- Decreto 1743 de 1966 art. 5.
- Decreto 2709 de 1994
- Decreto Ley 2277 de 1979.
- Decreto 2342 de 2003.
- Decreto 1285 de 1995.
- Leyes 33 y 62 de 1985
- Ley 6 de 1945
- Ley 91 de 1989.
- Ley 115 de 1994
- Ley 71 de 1988

- Decretos 813/04, 1158/94, 692/94, 1068/95 y 326/96 reglamentarios de la Ley 100 de 1993.

Como argumentos en el concepto de violación de la norma, manifiesta que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al calcular el monto pensional sin tener en cuenta la prima de vacaciones y la prima de navidad, transgrede los principios estatuidos y regulados por las Leyes 33 y 62 de 1985, que estipula que el monto pensional habrá de calcularse con el 75% del promedio devengado en el último año de servicio, de modo que si la entidad no efectuó los respectivos descuentos por aportes a la seguridad social sobre los factores de prima de vacaciones y prima de navidad conforme a lo ordenado por la Ley 812 de 2003, ello no impide que éstos sean estimados para el cálculo del monto pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

III. SENTENCIA CONSULTADA

La Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha dos (2) de abril de dos mil trece (2013), y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada por el señor RAMIRO CORRALES CORRALES mediante memorial radicado el 18 de julio de 2011.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación del actor teniendo en

cuenta además del sueldo básico, la prima de vacaciones y la prima de navidad, devengados durante el año anterior al 10 de marzo de 2005.

TERCERO: Ordenar a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague al señor RAMIRO CORRALESCORRALES las diferencias resultantes de la liquidación ordenada en el numeral anterior, con sus respectivos reajustes de ley.

CUARTO: Declarar probada la excepción de prescripción de mesadas y en consecuencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior, habrá lugar al pago de las diferencias generadas a partir del 18 de julio de 2008, por encontrarse prescritas las mesadas causadas con anterioridad a esa fecha.

De las sumas a pagar, la entidad accionada deberá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

(...)

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones formuladas en la demanda.
(...)"

Estimó la Juez a quo, que el régimen prestacional y pensional de los docentes nacionales, como es el caso del actor, es el previsto en las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, es decir el contemplado en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 - modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985- por disposición expresa contenida en la Ley 91 de 1989.

Señala que al actor le fue reconocida su pensión mediante la Resolución No. 2620 de diciembre 5 de 2005, dicho reconocimiento se hizo con fundamento en la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989, además adquirió su status de pensionado el 10 de marzo de 2005 y durante el año anterior a la fecha de adquisición del status de pensionado, esto es, desde el 10 de marzo de 2004 al 10 de marzo de 2005, devengó además del sueldo básico, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

Afirma que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, en la medida que a la entrada en vigencia de la misma- 1 de abril de 1994- tenía 44 años de edad, ajustándose a lo

previsto en el artículo 36 de la mencionada ley, por lo tanto le es aplicable el régimen general de pensiones contemplado en la Ley 33 de 1985, en el cual se fundamentó la entidad al efectuar el reconocimiento pensional.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 15 de agosto de 2013, esta Corporación aprehendió el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo establecido en artículo 184, inciso 4 del C.C.A., dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 135-136).

En esta oportunidad procesal las partes alegaron de forma extemporánea y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que a su tenor dispone:

“ART. 184. Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por

curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectúe una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado." (Negrillas y subrayas de la Sala)

En esas condiciones es necesario previamente verificar si se dan los presupuestos legales para ello, tratándose de un asunto contencioso de carácter laboral, donde la sentencia de primera instancia impuso condena a cargo de la entidad pública, procede constatar si la demandada durante la respectiva actuación no ejerció defensa alguna de sus intereses.

Así se observa que la demandada fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda el día 27 de febrero de 2012, al Gobernador de Bolívar (fl. 77), y fijada en lista entre el 27 de marzo al 16 de abril de 2012 (fl. 27 rvs.), observando la Sala que, la entidad demandada no contestó la demanda y no presentó sus alegaciones finales.

Determinada la procedencia del grado de consulta, esta Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, analizará la sentencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena el 2 de abril de 2013.

CADUCIDAD.

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta, que se somete a estudio de legalidad un acto administrativo ficto o presunto por silencio negativo, que por su naturaleza puede demandarse en cualquier momento, no encontrándose sujeto a caducidad.

PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico se contrae a determinar si el señor RAMIRO CORRALES CORRALES, tiene derecho a que las entidades demandadas, le reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta la asignación salarial devengada durante el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, toda vez que el señor RAMIRO CORRALES CORRALES, tiene derecho a que su pensión de jubilación sea liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante su último año de servicios, incluyendo los factores de prima de vacaciones y prima de navidad.

La tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se demanda la nulidad, del acto ficto presunto que se constituyó ante el silencio de la administración, frente a la petición radicada el día 18 de julio de 2011 (fl. 12), y de la cual se entiende la negativa del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de reliquidar y pagar la pensión de jubilación al actor, teniendo en cuenta como factor de liquidación no solo la asignación básica, sino también la prima de vacaciones y la prima de navidad;

acto que al impedir el ejercicio de recursos en sede administrativa, habilitan al demandante para reclamar el estudio de legalidad del mismo ante esta jurisdicción, como lo prevé el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo.

RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS DOCENTES

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes, en síntesis, son:

La Ley 6ª de 1945, aplicable a los empleados oficiales y particulares, tanto del orden nacional como territorial, en materia de prestaciones sociales consagró:

"Art. 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

"b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión"

La Ley 6ª de 1945 rigió hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Este decreto, en su artículo 27 estableció:

"El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios".

El Decreto 1848 de 1969 que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, en cuanto al derecho a la pensión y la cuantía de la misma, dispuso:

"Artículo 68°.- *Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.*

Artículo 73°.- *Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin."*

La citada norma, preveía el derecho al pago de la prima de navidad:

Artículo 51.- *Derecho a la prima de navidad. 1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.*

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

Parágrafo.- 1. Quedan excluidos del derecho a la prima de navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo, tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior, cualesquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1o. del decreto 3148 del mismo año citado.

2. Si el valor de la prima mencionada fuere inferior al de la prima de navidad, la respectiva entidad o empresa empleadora pagará al empleado oficial, en la primera quincena de diciembre, la diferencia que resulte entre la cuantía anual de aquella prima y esta.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"-aplicable a los docentes que se hallan en la circunstancia prevista en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, dispuso que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, eran los siguientes:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;

- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del decreto 3130 de 1968. (Modifica Ley 62/85 Para reconocimiento de pensiones)

La Ley 33 de enero 29 de 1985 en el artículo 25 derogó los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968; en el artículo 1º dispuso:

*"Art. 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se **le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.***

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley." (Lo resaltado fuera de texto)-

Al entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 - el 13 de febrero de 1985, quienes fueran beneficiarios de esta norma, se les debía liquidar la pensión de jubilación, con base en los siguientes factores:

"Artículo 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Así mismo, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación:

Artículo 1o. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Parágrafo único. *La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.*

Significa lo anterior que la Ley 33 de 1985 prevé las siguientes excepciones: 1) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad. 3) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

La Ley 71 del 19 de diciembre de 1988 *"Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 7º dispuso:

"A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intermunicipal, comisaral o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas."

La Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de prestaciones Sociales de Magisterio, dispone que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen prestacional del que venían gozando:

"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por

las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

El régimen docente, dio el primer paso hacia la reforma pensional, a través del artículo 16 de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se consagró, que el régimen del Magisterio sería definido por la Ley. Como consecuencia de este artículo se profirió la Ley 812 de 2003 el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006 "Hacia un Estado Comunitario".

La Ley 812 de 2003 dispone que los docentes oficiales nacionalizados y territoriales, vinculados con anterioridad al 26 de Junio de 2003, se seguirán rigiendo por la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los

*requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
(...)"*

Con el fin de reforzar las medidas adoptadas por la Ley 797 de 2003, se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política a través del Acto Legislativo N° 01 de 2005.

CASO CONCRETO

Como la Ley 33 de 1985, que entró a regir a partir del 13 de febrero de 1985, en el párrafo 2° del artículo 1° dispuso que *"Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley"* y el demandante para esa época se encontraba laborando, la Sala determinará la norma que en materia pensional le es aplicable.

En este caso, en cuanto a la pensión de jubilación del señor RAMIRO CORRALES CORRALES, se encuentra acreditado lo siguiente:

- 1.- Laboró al servicio del Estado, en la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, entre el **2 de diciembre de 1978 y el 2 de agosto del 2005** –folios 48-50.
- 2.-Adquirió el status de pensionado como docente nacionalizado el 10 de marzo del 2005, fecha en que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -folio 31.
- 3.- Como nació el 10 de marzo de 1950, para la fecha en que hizo la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación – 4 de julio de 2005-, tenía 55 años de edad (folio 31).
- 4.- Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales, por medio de la Resolución N° 2620 del 5 de diciembre de 2005, se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación como docente nacionalizado en propiedad, efectiva a partir del 11 de marzo del 2005; prestación que, según la motivación expuesta

en dicho acto, se liquidó conforme a lo establecido en las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989, 238 de 1995, 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003, y teniendo como único factor, el salario devengado en el último año de servicio (folios 31-32).

5.- Según certificado salarial expedido por la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación de Bolívar, durante el año anterior a la consolidación del status, entre el 1º de enero de 2004 y el 2 de agosto de 2005, el actor devengó, además de la asignación básica, **prima vacacional y la prima de navidad** (fl. 51).

6.- El señor RAMIRO CORRALES CORRALES, para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad. En tal virtud, se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición consagrado en dicha norma, es decir, se le aplica el régimen anterior en el cual se encontraba inmerso. Entonces, para el caso concreto, debe establecerse la norma anterior que regulaba su situación pensional:

Antes de la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones era el previsto en la Ley 33 de 1985.

Como el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el 4 de julio de 2005, por haber cumplido 55 años de edad y haber laborado por más de 20 años como docente nacionalizado, le resultan aplicables no solo los factores salariales que enlistan las Leyes 33 y 62 de 1985 para conformar la base de liquidación de su pensión, sino todos los factores salariales devengados durante el año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, acorde con la directriz trazada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, dentro del proceso radicado bajo el No 25000-23-25-2006-07509-01 (0112-09), zanjando la discusión presentada de tiempo atrás en lo tocante con los factores a tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación de las pensiones ordinarias:

"...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala,

previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (subraya la Sala)

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador."

En el caso bajo examen, se encuentra que el señor RAMIRO CORRALES CORRALES recibió a manera de retribución por sus servicios, los siguiente factores salariales: Sueldo Básico, Prima Vacaciones y Prima de Navidad, sumas estas devengadas en el último año de servicios, retribuciones que son de origen legal (folios 18 y 19); se trata pues, de factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para fijar el valor de la Pensión de Vejez o Jubilación. Y se observa, como en este caso, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar declaró el derecho pensional, partiendo de las sumas que debía cotizar, sin tener en cuenta todas aquellas diferentes sumas de dinero recibidas por el docente, como retribución de sus servicios en el último año.

Así las cosas como existe fundamento jurídico y precedente jurisprudencial para acceder a la petición de reliquidación de la pensión de jubilación del señor RAMIRO CORRALES CORRALES, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados por aquel durante el último año de servicios, incluyendo los factores de prima de vacaciones y prima de navidad, por lo que en estas condiciones se confirmará la decisión de primera instancia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dos (2) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE EZEQUEL ANÍBAL GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0015
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: LUZ DEL CARMEN GUTIERREZ GUTIERREZ
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE MAGANGUE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2011-00188-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C. Diciembre Seis (06) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 3 2 5/2013.

Tema: aplicación del Decreto 1042 de 1978 a empleados públicos del nivel territorial.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-008-2011-00188-01
Demandante: LUZ DEL CARMEN GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ
Demandado: MUNICIPIO DE MAGANGUÉ (BOL.)

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha doce (12) de abril dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias D.T. y C., que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora LUZ DEL CARMEN GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el MUNICIPIO DE MAGANGUÉ (Bol.) para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se acceda a las siguientes

Pretensiones

"PRIMERA: Que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en oficio de fecha 04 de abril de 2011, mediante el cual la Alcaldía Municipal de Magangué niega el reconocimiento de la prima de servicio a mi poderdante Señora LUZ DEL CARMEN GUTIERREZ GUTIERREZ.

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Municipio de Magangué - Alcaldía Municipal de Magangué Bolívar, el reconocimiento y pago de la prima de servicio a que tiene derecho mi poderdante, consistente en el pago equivalente a 15 días de remuneración por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado desde el pasado año 2002, hasta la actualidad.

TERCERA: Qué como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Municipio de Magangué- Bolívar, a reconocer y pagar a la Señora LUZ DEL CARMEN GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ o a quien represente sus derechos, todas las sumas correspondientes a la primas de servicio, mas la reliquidación de las cesantías, pues, hay que subrayar que la Prima de Servicio es factor salarial y que la alcaldía no la ha tenido en cuenta para la liquidación de cesantía que se hace con base en la ley 50 de 1990 y demás prestaciones sociales, y en consecuencia concurre la sanción moratoria por no pago oportuno de las mismas mas los intereses y demás emolumentos dejados de percibir.

CUARTO: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo."

Hechos relevantes

1º Mi poderdante la señora LUZ DEL CARMEN GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, es actualmente funcionaria de la alcaldía Municipal de Magangué, vinculada mediante decreto de fecha 18 de enero de 1991, código 314 grado 02, actualmente ejerce el cargo de TÉCNICA- con una asignación mensual de un millón seiscientos setenta y cinco tres pesos (\$ 1.675.003=); ver constancia de la oficina de talento Humano.

2º Que mediante Acuerdo N° 039 del 24 de agosto de 1995, el Consejo Municipal de Magangué expidió el Estatuto Municipal de Presupuesto, en su capítulo III, titulado: DEL PRESUPUESTO DE GASTOS O APROPIACIONES, artículo 16 punto 1.1 dispuso que: conforman gastos del presupuesto: SERVICIOS PERSONALES "PRIMA DE SERVICIO" un pago equivalente a quince (15) días de remuneración por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado que exceda de seis meses, a que tienen derecho los empleados públicos y según lo contratado, los empleados oficiales.

3. Que desde la fecha de su vinculación mi poderdante venía recibiendo su prima de servicio, consistente en un pago equivalente a 15 días de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado. - Que para su sorpresa y de los demás funcionarios de la administración municipal, en el año 2001, le suspenden sin ninguna justificación fáctica y legal esta prima, y lo más sorprendente sin mediar ningún acto administrativo, lo cual vulnera en materia laboral sus derechos adquiridos (art. 25 y 53 de la C.N.). Dándose por parte del empleador una vía de hecho flagrante, porque en estos casos la administración debió motivar un acto administrativo, resolviendo tal situación y no lo que se hizo con los funcionarios desmejorándoles sus ingresos. - Al respecto el H. Consejo de Estado, ha reiterado: "La motivación de la decisión comienza por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario y ello porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo será la sola voluntad de quien la adopta, lo que deja al descubierto un acto arbitrario alejado de los principios de la rectitud, honestidad, eficacia, eficiencia, pues, la función administrativa está al servicio de los intereses generales del Estado. Tal función no se concibió para satisfacer caprichos individuales. Recordemos que entre los fines del Estado Social de Derecho se encuentra el respeto al trabajo, a la dignidad humana y al buen nombre de las personas".

4. Que mediante derecho de petición dirigido al señor alcalde De Magangué - Bolívar mí poderdante solicitó el pago de la Prima de Servicio que de forma abrupta e ilegal se dejo de pagar desde el año 2001.

5. El Municipio de Magangué mediante oficio de fecha 4 de abril de 2011 a través del Jefe de la Oficina Jurídica plenamente facultado para hacerla, conforme el decreto 519 de 2009, expedido por el Señor Alcalde, contestó el anterior derecho de petición, negando la mencionada solicitud, basándose en sofismas y citando normas de carácter legal.

6. Que dicho acto contenido en el oficio de fecha 4 de abril de 2011, no es susceptible de agotamiento de vía administrativa, pues, solo eventualmente le sería susceptible el recurso de reposición, que en este caso no es obligatorio agotarlo.

7. Hay que advertir que lamentablemente este actuar del señor Alcalde Municipal de Magangué, Dr. ARCESIO PEREZ BELLO, infringió normas constitucionales y legales y pronunciamientos jurisprudenciales, referidos en el acápite sexto de la presente acción.

8. Que la entidad demandada MUNICIPIO DE MAGANGUE le viene reconociendo cumplidamente esta prima de servicios a sus otros funcionarios en especial los del sector de educación (área

administrativa y docentes), vinculados a la ESE Municipal y los pensionados, actuación que transgrede el derecho a la igualdad consagrada en la Constitución Política y demás normas jurisprudenciales, obsérvese la resolución N° 2.433 de 2.010 del 28 de julio de 2.010, donde se reconoce que se debe por concepto de PRIMA DE SERVICIOS del año 2010 la suma de veintidós millones trescientos cinco mil seiscientos ochenta y tres pesos (\$ 23.305.683=) al igual que la certificación de la Gerente de la ESE municipal de Magangué.

9. En este sentido queda más que demostrado el abuso de autoridad y la total vía de hecho por parte del señor Alcalde, pues, se ha reiterado que la discrecionalidad, con que cuenta el nominador, no puede traducirse en arbitrariedad, ni en abuso de poder, y en igual forma la motivación no puede estar basada en falsas imputaciones, y mucho menos aparece prueba sumaria sobre estas falsas motivaciones, pues, la motivación de la decisión debió estar plenamente fundada en argumentos y revestidos de las exigencias legales correspondientes.

10. El pasado doce (12) del mes de julio de 2.011 se llevó a cabo AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL, ante la Procuraduría 130 judicial II para asuntos administrativos de esta ciudad, previa a la presentación de la correspondiente solicitud, pero pese del cumplimiento de todas los requisitos la Alcaldía de Magangué no se presentó a la audiencia, quedando agotado el requisito de procedibilidad consagrados en la ley 1285 de 2.009 para la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplada en el artículo 85 del estatuto contencioso-administrativo. (Decreto 1716 de 2009 art. 11). Pero a su vez Solicito Señor Juez se contemple la posibilidad de sancionar a la entidad demandada por su renuencia a la mencionada audiencia. Art 22 ley 640 de 2.001."

Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante desarrolló el concepto de la violación de la siguiente manera:

"En el presente asunto, la administración representada por el Municipio de Magangué - Bolívar, mediante el acto impugnado, violó todas y cada una de las disposiciones constitucionales y legales, que a continuación relaciono: Artículos: 1, 2, 23, 25, 29, 53, 95, 121, 122, 123, y 209 de la Constitución Política; artículos 1, 2, 3, 4, 35, 36, y 84 del C.C.A. (...)"

"CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

EL ACTO DEMANDADO ES UN ACTO ARBITRARIO (DESVIACIÓN DE PODER), ILEGAL Y FUNDAMENTADO EN SU FALTA DE MOTIVACIÓN:
El acto administrativo de fecha 04 de abril de 2011, emanado por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MAGANGUE (OFICINA JURÍDICA)

VER ANEXO. Se desconoció el justo equilibrio previsto entre los derechos del funcionario y los intereses de la administración, pues se actúa por vía de hecho desmejorando los ingresos de los funcionarios. La función administrativa está al servicio de los intereses generales (C. Po. Art. 209), las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Laboralmente existe la finalidad singular y concurrente de hacer efectiva la especial protección al trabajo (C. Po. Art. 25) y garantizar el principio mínimo fundamental de estabilidad en el empleo (C. Po. Art. 53).

La función administrativa está al servicio de los intereses generales del Estado. Tal función no se concibió para satisfacer caprichos individuales. Recordemos que entre los fines del Estado Social de Derecho se encuentra el respeto al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo, para lo cual asignó a las autoridades la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales y derechos de las personas.

En el caso particular, con la expedición del acto administrativo, se ha vulnerado el debido proceso, el cual ordena la Constitución que se aplicará a toda clase de procesos judiciales y administrativos. No se requiere estar incurso en un proceso judicial sino que la actuación puede tener la naturaleza de administrativa e igualmente tendrán que aplicarse las reglas que estructuran el debido proceso.

El acto demandado NO contiene ninguna motivación o razón válida que exige la ley, para justificar constitucional, y legalmente que dieron lugar a su expedición, lo que lo hace un acto viciado de ilegalidad. De igual forma la Corte Constitucional, sobre el particular ha dicho:
(...)

Pero también se tiene como un axioma jurídico en nuestro derecho que no basta la existencia de un motivo para justificar el acto administrativo sino que debe ser real y serio, adecuado o suficiente e íntimamente relacionado con la decisión, es decir, tener capacidad para justificarlo dentro de la idea de satisfacer el interés general o público, para lo cual se han dado las competencias administrativas.

Todo acto administrativo obedece necesariamente a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, que obligan, salvo excepción legal, a que sean expresadas por la administración para que los afectados con el acto conozcan los fundamentos que llevaron al Estado a tomar una decisión. Sabemos, señala ESCOLA "...que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerla respondiendo a las circunstancias de hecho y de derecho que

en cada caso corresponda...", situación que implica que la mejor y más adecuada de las maneras para conocer esas circunstancias motivantes no es otra cosa que la de su manifestación: de no ser así, el Consejo de Estado, ha dicho que el acto administrativo "...deja ver que la administración obró por razones ocultas por fuera del interés de la comunidad, o por simple capricho..." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de fecha 30 de agosto de 1967, C. P. Carlos Restrepo S; ACE, t. XCIII, 1977).

El tratadista español TOMAS RAMON FERNANDEZ, en su texto "Arbitrariedad y discrecionalidad", Editorial CIVITAS, 1991, sobre la motivación de los actos expresó: "la motivación de la decisión comienza pues por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario y ello porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho arbitrario".

Con base en lo anterior, está demostrado que el acto demandado está viciado de nulidad por ilegalidad, por ser arbitrario (extralimitación de funciones) y por falta de motivación.

En el caso particular, el acto está viciado de DESVIACION DE PODER ya que la administración actuó por motivos netamente personales y políticos, constituyéndose una abrupta, abierta e incontrovertible actuación fraudulenta, cuya persistencia implica un grave y actual quebranto al ordenamiento jurídico.

Pese a que el Decreto Ley 1042 de 1978 está establecido para empleados públicos del orden nacional, el H., Consejo de Estado, ha señalado en reiterada jurisprudencia, que los elementos salariales establecidos en esta norma, deben reconocerse a los empleados públicos de las entidades territoriales, y que el ámbito exclusivamente nacional del Decreto Ley 1042 de 1978, debe inaplicarse para salvaguardar el principio de igualdad, otorgando el mismo derecho a los empleados públicos territoriales. Al respecto el H. Consejo de Estado ha sostenido:

(...)

En criterio de esta Sala se aplica la expresión "del orden nacional" del artículo 1 del Decreto 1042 de 1978, con el propósito de hacer extensiva estas prestaciones a los empleados del orden territorial (...)", Subrayado mío.

(...)

El Decreto Ley 1045 de 1978, establece como factor de salario para liquidar varias prestaciones sociales, las aludidas prima de servicios y bonificación por servicios prestados.

De conformidad con el capítulo III artículo 16 en su punto 1.1; del acuerdo N° 039 del 24 de agosto de 1.995 el Concejo Municipal de Magangué decide aplicar para todos los efectos legales el

decreto 1042 de 1978, incluyendo obviamente, la liquidación de estos factores salariales en las prestaciones sociales, en su aparte que dice: "Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas".

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

"Al respecto de las pretensiones deprecadas por el Demandante es imperioso moral y legalmente manifestar la carencia total de sustento jurídico de las mismas tal y como se desprende de las argumentaciones, de un verdadero corte subjetivo, y de los documentos arrimados como pruebas los que están en clara contradicción con el pensamiento expresado en las pretensiones, verdad por la cual, de manera comedida ruego a usted Señor Juez negarlas en su totalidad.

Es saludable traer a colación que el oficio calendado 4 de Abril de 2011 es un acto administrativo que no tiene la capacidad de afectar la situación particular del Demandante por lo que no es susceptible de demandarse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no constituye un acto demandable ante la jurisdicción contenciosa administrativa porque no contiene una decisión que modifique la situación de Demandante y altere el ordenamiento jurídico porque se trata únicamente de una respuesta a un derecho de petición dada con fundamento en otros actos de carácter general como lo es o son los presupuestos municipales de rentas y gastos tanto el de la actual vigencia (2011) como los de vigencias anteriores en los cuales aparece enunciada la prima de servicios como fórmula del estatuto presupuestal pero sin fijación de monto alguno para amparar o cubrir ese factor con lo cual se expresa claramente la voluntad del Honorable Concejo Municipal de no reconocer ese rubro por improcedente.

Esta clase de oficios son sólo el cumplimiento del ordenamiento constitucional de dar respuesta a un derecho de petición en cual se informa del porque de una situación planteada en la petición y originada en otros actos de carácter general como en nuestro caso concreto. La respuesta al derecho de petición no tiene el carácter de circular de servicio, ni de certificación y registro, según el último párrafo del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 12 de abril de 2013, la Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia negado las pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

"FALLA

PRIMERO: Declarar no probada las excepciones de caducidad e inepta demanda respecto del Oficio de 4 Abril de 2011, propuestas por la defensa.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda. (...)

Como fundamento de la sentencia, la Juez consideró que, en el presente caso no era dable acceder el reconocimiento y pago de la prima de servicios solicitada por la actora, toda vez que, la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos del nivel territorial, está reservada exclusivamente al Congreso de la Republica; estándole vedado al Concejo del municipio de Magangué, la creación de la prima de servicios reclamada en virtud de esta acción.

Por otro lado, señaló que si bien es cierto el Decreto 1919 del 2002, hizo extensivo el régimen prestacional de los servidores públicos del nivel nacional, a los empleados públicos del nivel territorial, también lo es que, no sucedió lo mismo respecto del régimen Salarial. En ese sentido, la prima de servicios que se le reconoce a los servidores públicos del nivel nacional, reconocida a través del Decreto 1042 de 1978, tiene la connotación de factor salarial y no prestacional, siendo inaplicable a los servidores públicos del nivel territorial.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

En la oportunidad procesal para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando como motivos de Inconformidad los siguientes:

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que, si bien es cierto el Decreto 1919 del 2002, hizo extensivo el régimen prestacional de los servidores públicos del nivel nacional, a los empleados públicos del nivel territorial, sin que se hiciera alusión al régimen salarial, también lo es, que la Corporación de cierre de la jurisdicción, en lo que atañe al régimen salarial previsto en el Decreto 1042 de 1978 para los servidores públicos del nivel nacional, ha inaplicado el aparte de ese Decreto, que limita su aplicación a los empleados del nivel Nacional, haciendo extensivo su aplicación para los entes territoriales.

Así entonces, solicita que se revoque la sentencia de primer grado, para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto cafendado el 05 de agosto de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 481); y, con providencia adiada en agosto 26 de la misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl.483), oportunidad en la cual la parte demandante y demandada guardaron silencio.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha Doce (12) de Abril de 2013, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 numeral 1º del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, considerando que, si bien no se cuenta con la constancia de notificación, publicación o ejecutoria del Oficio acusado, también los que, aquel que fue expedido el abril 4 de 2011, siendo presentada la solicitud de conciliación el día 4 de mayo de 2011, fecha a partir de la cual se suspendió el término de caducidad de la acción hasta el día 12 de julio de 2011, cuando se expidió la constancia de no acuerdo (fl.32-34). Así entonces, al presentarse la demanda el día 31 de agosto de 2011, se entiende acorde al término de caducidad que para esta acción dispone el Art. 136 del C.CA.

PROBLEMA JURÍDICO

Visto los argumentos expuestos por la sentencia apelada y el recurso de alzada, el problema jurídico en el presente caso se circunscribe a determinar, si hay lugar a revocar a la sentencia de primera instancia, para afirmar que los empleados públicos del nivel territorial, tienen derecho al pago de la prima de servicios consagrada en el Decreto 1042 de 1978, aplicable en principio a empleados del nivel nacional; de acuerdo a la postura adoptada sobre este tema por el H. Consejo de Estado.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 4 de abril de 2011, en virtud del cual la entidad demandada negó a la actora el reconocimiento y pago de la prima de servicios, de los años comprendidos del 2003 al 2010. Este acto administrativo, al no señalar los recursos procedentes en su contra, agota la vía gubernativa conforme lo dispuesto por el artículo 135 del C.C.A.

MARCO NORMATIVO

1. De la prima de servicios.

La prima de servicios, es un factor salarial dispuesto por los artículos 58 a 60 del Decreto 1042 de 1978, los cuales se citan a continuación:

"Artículo 58. De la prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año. (Nota: La expresión señalada en negrilla fue declarada exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-402 de 2013)."

Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

Nota, artículo 58: Artículo declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 91 del 16 de octubre de 1986. Exp. 1459. Sala Plena.

Artículo 59. De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.

b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto.

c) Los gastos de representación.

d) Los auxilios de alimentación y de transporte.

e) La bonificación por servicios prestados. (Nota: Este literal fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 91 del 16 de octubre de 1986. Exp. 1459. Sala Plena.).

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

Nota, artículo 59: Ver Decreto 1029 de 2013, artículo 7°. Ver Decreto 853 de 2012, artículo 6°.

Artículo 60. Derogado por el Decreto 10 de 1996, artículo 11. Del pago proporcional de la prima de servicio. Cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, a razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando un funcionario pase del servicio de una entidad a otra, el tiempo laborado en la primera se computará para efectos de la liquidación de esta prima, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles entre el retiro de una entidad y el ingreso a otra."

Sobre este factor salarial, señaló la norma aludida que, solo sería aplicable para los empleados públicos de la rama ejecutiva del sector nacional, excluyéndose así de esta prerrogativa, a los servidores públicos del nivel territorial.

Ello obedece, a que a través de dicha norma, se estableció el régimen salarial de los empleados públicos del nivel nacional; mientras que, a los empleados públicos del nivel territorial, su régimen salarial es regulado por el gobernador, con base en las pautas previamente fijadas por el Presidente de la República; y, dentro de los cuales no figura la prima de servicios, factor salarial del cual se solicita el reconocimiento en virtud de esta acción.

Sin embargo, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha tenido la oportunidad de referirse al tema, como se explicará a continuación.

2. Posición del Consejo de Estado, sobre la aplicación del Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial.

Sobre el tema, la Jurisprudencia de la Corporación de cierre en reiteradas oportunidades¹, ha señalado:

"Si bien es cierto que el municipio no podía arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos, pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, también lo es que esta Corporación ha reconocido a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional. Para el efecto, en virtud del artículo 4 de la C.P. ha inaplicado la expresión "del orden nacional" de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P.

Adoptando esta tesis para el caso concreto, procede la Sala a inaplicar la expresión "del orden nacional" del artículo 1 del decreto (sic) 1042 de 1978 con el propósito de hacer extensivas estas prestaciones a la demandante en su condición de empleada del orden territorial.

Esta ha sido la filosofía que inspiró el legislador al expedir el Decreto 1919 de 2002, en tanto que extendió el régimen salarial y prestacional de los empleados nacionales al de los territoriales cuando textualmente estableció en su artículo 1º que los empleados de los entes territoriales "gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional".²

Así entonces, ha sido posición reiterada del H. Consejo de Estado, aplicar a los empleados públicos del nivel territorial, el Decreto 1042 de 1978, que en principio solo rige a empleados del nivel nacional, pero que a propósito de los principios de igualdad y favorabilidad, se han hecho extensivo sus efectos a ese grupo de trabajadores.

CASO CONCRETO

Del material probatorio allegado al plenario, evidencia la Sala que, la actora fue nombrada mediante Decreto N°. 068 del 14 de enero de 1991, expedido por el Alcalde Municipal de Magangué, en el cargo de MECANOGRÁFA (fl.288-290),

¹ Consejo de Estado - Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente N° 0507-2006, Sentencia del 6 de agosto de 2008.

² Consejo de Estado - Sección Segunda, M.P. Alejandra Ordoñez Maldonado, Expediente N° 4327-2005, Sentencia del 27 de septiembre de 2007

tomando posesión el día 18 de enero de 1991 (Fl. 198). Posteriormente, fue nombrada mediante Resolución 001 del 20 de enero 1994 en el cargo de Secretaria, servicios que prestó desde el día 28 de enero de 2003. Más adelante, fue vinculada nuevamente al Municipio de Magangué, en virtud del Decreto N°. 061 del 18 de marzo de 2003(Fl. 221), en el cargo de TÉCNICO OPERATIVO Código 401 grado 7 y luego en provisionalidad en el Cargo de Técnico Operativo Código 314, Grado 02 144-145), por medio del Decreto 0076 del 7 de febrero de 2011, siendo este el último cargo desempeñado por la actora, tal y como lo aceptó la entidad demandada en la contestación de la demanda.

En ese orden, conforme lo acepta la entidad demandada en la contestación de la demanda, la actora presentó petición solicitando el pago de su prima de servicios; que fue resuelta de forma negativa a través de oficio que corre a folio 52 del plenario.

Así entonces, con base en los presupuestos fácticos anteriores, en su oportunidad, la Juez de primera instancia consideró que, en el presente caso no había lugar a acceder al reconocimiento y pago de la prima de servicios reclamada por la actora, en el periodo comprendido del año 2003 al 2011. Así lo consideró, puesto que, la prestación reclamada fue creada en virtud de acuerdo municipal expedido por el Concejo Municipal de Magangué y en ese sentido, con base en jurisprudencia del H. Consejo de Estado, determinó que, quien detenta la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos del nivel territorial, es el Gobierno Nacional, siendo incompetente los concejos municipales para arrogarse esa función.

En ese sentido, señaló que, el Decreto 1042 de 1978, estableció la prima de servicios para los empleados públicos del nivel nacional, por tanto, su aplicación es nugatoria para los empleados del nivel nacional.

A su turno, el apoderado de la parte demandante, en su recurso de alzada repara de la decisión de primera instancia para afirmar, que la Juez de primera instancia desconoció el precedente judicial que sobre este tema ha construido el H. Consejo de Estado. Afirma, que en oportunidades anteriores, la Corporación de cierre ha sostenido que, en aras de salvaguardar los principios de igualdad y favorabilidad ha inaplicado la expresión "del orden nacional",

contenida en el Decreto 1042 de 1978, haciendo extensiva así, a los empleados públicos del nivel territorial, el régimen salarial consagrado por dicha normatividad, exclusivamente para los empleados del nivel nacional.

Así entonces, la Sala se adentra en la solución del problema jurídico planteado, afirmando que el recurso de alzada tiene vocación de prosperar, con base en los argumentos que se exponen a continuación:

Sea lo primero decir, que a partir de la expedición del Decreto 1919 del 2002, el Gobierno Nacional, equiparó el **régimen prestacional** de los empleados públicos del nivel territorial, a las prestaciones reconocidas a los empleados del nivel nacional. En ese sentido, surge de forma clara que, en tratándose del régimen prestacional, existe plena igualdad entre los empleados de la rama ejecutiva del sector central y territorial.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo en lo que respecta al **régimen salarial** de estos empleados, puesto que, en lo que atañe a los empleados públicos del nivel nacional, ello se encuentra regulado por el Decreto 1042 de 1978, donde se creó la prima de servicios que se solicita en virtud de esta acción; mientras que el régimen salarial de los empleados del nivel territorial, se expide por parte del gobierno local, con base en la escala gradual que para tal fin expide el presidente de la República y, dentro de la cual **no figura la prima de servicios**.

Ahora bien, conforme a la dicotomía plateada anteriormente, la Corporación de cierre de la Jurisdicción ha decidido eliminar el impedimento creado por el Decreto 1042 de 1978, en lo que se refiere a su aplicación exclusiva a los empleados del nivel nacional, al inaplicar, por vía de excepción de inconstitucionalidad, la frase del "**orden nacional**", extendiendo así sus efectos, a los empleados públicos del nivel territorial.

Así entonces, con fundamento en lo expuesto en el marco normativo de esta sentencia, esta Sala de Decisión, acogiendo la línea elaborado por la Corporación de cierre de la jurisdicción, inaplicará en el sub lite, la expresión del "nivel nacional" contenida en el Decreto 1042 de 1978. De tal manera que, al hacerse extensivo los efectos del Decreto 1042 de 1978 a la actora, aquella tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima servicios.

En tal virtud, el acto administrativo acusado, Oficio de fecha 4 de abril de 2001 (fl.37), se torna en ilegal, como quiera que, conforme a las presiones anteriores, la actora sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios consagrada en el Decreto 1042 de 1978, razón por la cual se declarara la nulidad de aquel, pues se desvirtuó la presunción de legalidad que lo revestía, y en consecuencia se ordenará a la entidad demandada a pagar la prima de servicios dejada de percibir por la actora.

El valor adeudado será ajustado en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo con aplicación a la fórmula:

$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$

Índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la correspondiente suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago) .

La Sala precisa, que si bien en la demanda se solicita el pago de la prima de servicios desde el año 2001, también lo es que, conforme a certificado expedido por la entidad demanda (fl.115), a la actora se le canceló la prima de servicios hasta el año 2002; razón por la cual el estudio de su procedencia se efectuó desde el año 2003.

Ahora bien, por otro lado, solicita la actora que, a título de restablecimiento del derecho, se acceda a incluir la prima de servicios como factor salarial a propósito de liquidar sus cesantías.

En ese sentido, la Sala encuentra procedente dicha solicitud, como quiera que la prima de servicios es factor computable a efectos de liquidar sus cesantías. De tal manera que, se ordenará a la entidad demandada que reliquide sus cesantías, teniendo en cuenta para tal fin el valor correspondiente a la prima de servicios, resultante de la formula anterior.

Sin embargo, la Sala no accederá a la solicitud de sanción moratoria, toda vez que la presente sentencia tiene efectos declarativos, como quiera que al

momento en que se presentó la demanda, la entidad demandada no tenía la facultad para incluir en la liquidación de sus cesantías a la prima de servicios; prerrogativa que adquiere la actora en virtud de esta sentencia y, desde la cual la administración adquiere la obligación de liquidar sus cesantías en la forma ordenada.

DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO

En el presente caso se observa que, la actora pretende que la entidad demandada le pague la prima de servicios por el lapso del año 2003 al 2011, cuando se presentó la demanda; sin embargo, como es bien sabido las prerrogativas otorgadas a los servidores públicos no se extienden de forma indefinida en el tiempo, pues ello vulnera de forma clara el principio de seguridad jurídica.

En ese orden, en lo que atañe a las prestaciones sociales y salariales de los empleados públicos, el Decreto 1848 de 1969³, dispuso que aquellos prescriben pasados tres años desde que se hicieron exigibles, situación que cobija a la prima de servicios solicitada por la actora. Como es bien sabido, la prima de servicios, es una prerrogativa que se causa anualmente, siendo pagadera los primeros 15 días del mes de julio de cada anualidad, esto es, que desde ese momento se hace exigible para el servidor público.

Así las cosas, la Sala no tiene certeza de la fecha en la cual la actora le solicitó a la entidad demandada el pago de su prima de servicios, razón por la cual se tomará como referencia el día 4 de abril de 2011, cuando la entidad demandada atendió su petición de forma negativa. En tal virtud, se declarará la prescripción de la prima de servicios causadas con anterioridad al día 4 de abril de 2008, como quiera que la prima solicitada para los años anteriores, esto es, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, se entienden prescritas, conforme a lo expuesto.

³Art 102 PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

² El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." [Negritas fuera del texto]

En conclusión, la Sala declarara prescrita la prima de servicios solicitada por la actora, con anterioridad al 4 de abril de 2008; y, por ende la reliquidación de sus cesantías con la inclusión de la prima de servicios, solo se efectuará para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del doce (12) de abril de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar se dispondrá:

SEGUNDO: INAPLICAR la expresión "del orden nacional" del artículo 1º del Decreto 1042 de 1978, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo Oficio de fecha 4 de abril de 2011, en virtud del cual el Municipio de Magangué (Bol.) negó a la actora el reconocimiento y pago de la prima de servicios.

CUARTO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ORDENAR al Alcalde de Magangué (Bol.) a reconocer y pagar a la señora LUZ DEL CARMEN GUTIERREZ GUTIÉRREZ **en su calidad de empleada pública,** la prima de servicios correspondiente a los años 2008, 2009 2010 y 2011, conforme a lo dispuesto en los artículos 58 a 60 del Decreto 1042 de 1978.

QUINTO: El valor de la condena será ajustado en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo con aplicación a la fórmula:

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

Índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la correspondiente suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

SEXO: ORDENAR al Alcalde del Municipio de Magangué (Bol.) a que reliquide las cesantías de la actora, correspondientes a los años 2008, 2009, 2010 y 2011, con la inclusión de la prima de servicios.

SÉPTIMO: DECLARAR la prescripción de la prima de servicios solicitada por la actora, con anterioridad al 4 de abril de 2008, como quiera que, respecto de las primas de servicios correspondientes a los 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 operó la prescripción trienal, conforme lo dispone el Decreto 1848 de 1969.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE EL CERECEDO GALLO
FAB


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0016
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN-
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2010-00034-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
 DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

- SALA DE DECISIÓN 004 -

Cartagena de Indias, D. T. y C., Noviembre veintinueve (29) de dos mil trece (2013).

SENTENCIA No. 313 2013

2da instancia

Tema: Sanción administrativa aduanera – OTMs por faltantes de mercancía transportada mediante contratación FCL/FCL.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13001-33-31-011-2010-00034-01
Demandante: CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A
Demandado: UAE DIAN

Procede esta Sala de decisión, según facultades consignadas en el Acuerdo PSAA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA 9201 de febrero 1º de 2012, y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de Marzo 22 de 2013, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Descongestión del circuito de Cartagena, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho instaurada a través de apoderado judicial, por la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., contra la UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por la cual se conceden las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La demanda persigue las siguientes

PRETENSIONES

“1. Que es Nulo el Requerimiento Sancionatorio Aduanero N° 000097 de IV-28-2009 y las Resoluciones N° 001440 VII-29-09, 001785 IX-03-2009 y

002155 X-15-2009 por medio de las cuales la División de Liquidación de Aduanas de Cartagena (A), impuso sanción económica a título de multa en cuantía de TREINTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 30.359.000.00) M/CTE, a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A "CCL".

2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Administración Especial de Aduanas de Cartagena (A), desistir de toda acción sancionatoria contra la Sociedad CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A "CCL S.A", como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

LOS HECHOS

Los fundamentos fácticos bajo los cuales se soportan las anteriores pretensiones, en lo relevante se consignan así:

La Administración Especial de Aduanas con fecha Primero 1º de Junio de 2007 aceptó y autorizó a la sociedad demandante la continuación de viaje No. 0600407M006184 cuyo destinatario era el Depósito Aduanero Almaviva de Medellín, sobre mercancías consistentes en 632 cartones conteniendo accesorios para cabello, billeteras, llaveros, cinta adhesiva, bolsos, aretes, chalinas, espejos, etc., que venían embalados en el contenedor EMCU1254136 procedente de SHANGHAI., debidamente sellado y precintado, traído al puerto de Cartagena por la naviera EVERGREEN.

Concluido el régimen de transito aduanero, con fecha 6 de Junio de 2007, la DIAN – Depósito Almaviva – suscribió planilla de recepción en la cual se expresa: "DICE CONTENER: 0600407M006184 1 X 40 CON 630 CJS. LLEGA CON FALTANTE DE DOS CAJAS. PESO SOBRANTE DE 220 KG LLEGARON DIEZ Y OCHO CJS MOJADAS, SUMIDAS Y ROTAS. SIN VERIFICAR CONTENIDO"

Mediante Oficio 006068-0040 de Enero 25 de 2008, el Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior de esa administración, remitió a la División de Fiscalización de la Administración de Aduanas de Cartagena, los preliminares

del expediente, para que se adelantara el correspondiente proceso administrativo sobre posibles infracciones.

Con Requerimiento Sancionatorio Aduanero No. 000097 del 28 de abril de 2009, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la empresa demandante por la suma de \$30.359.000, por infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Que pese a la claridad y contundencia de los medios de prueba, la DIAN optó por sancionar a la sociedad actora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A juicio del apoderado de la sociedad accionante, con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes disposiciones:

Arts. 6, 29, 83 y 209 de la Constitución Nacional.

Arts. 364, 369, 509, 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999.

Art. 1º del Decreto 1198 de 2000.

Art. 1027 inciso 2 del Código de Comercio

Art. 21 de la decisión 331 de 1993, Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Arts. 174, 264, 279, 183 y 187 del C.P.C.

Art. 11 de la Ley 446 de 1998.

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

Manifiesta que las consideraciones de orden aduanero, son contrarias a las resoluciones acusadas, afirmándose que la Aduana de Bogotá era la autoridad competente para adelantar cualquier actuación administrativa, por ser este el lugar de domicilio del usuario aduanero.

Afirma igualmente que se evidencia de la actuación administrativa adelantada por la DIAN violación al debido proceso por la ausencia de un requerimiento previo de información, de manera que ante la ausencia de lo anterior, se le exigió al usuario aduanero más que aquello de lo que la misma ley pretende.

Que en una clara violación de normas, y pese a que la carga no venía con menos peso sino con más, la Aduana de Partida de Cartagena decide entrar a inspeccionar, supervisar, pesar y hacer el conteo unitario de la mercancía, reemplazando el precinto con el cual venía siendo transportada la carga, aprobando luego de ello la continuación de viaje.

Que la carga llega con el nuevo precinto intacto a la aduana de destino.

En todo caso la DIAN debió propender por verificar la verdad real dentro de la correspondiente actuación, pues se allegó prueba proveniente del proveedor en el exterior dando cuenta de un conteo erróneo en el momento del envío, de manera que la mercancía no se envió de forma completa. Lo anterior es ratificado mediante certificación allegada por el importador.

Aduce igualmente lo que la práctica y la interpretación aduanera dan al concepto de *bulto*, que se asimila al de contenedor, caja o unidad de empaque, de manera que, tratándose de este tipo de operaciones, debe tratarse al contenedor como un bulto bajo condiciones FCL o consolidado, en la que no se involucra ni interviene el transportador, quien se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

Refuerza su tesis señalando, que los sobrantes o faltantes en el número de bultos, operan respecto de carga suelta, o de mercancía embalada por unidades, y que si bien el depósito de destino, debe verificar las condiciones del bulto movilizado por el transportador, en cuanto a la cantidad de contenedores, bultos o consolidados, así como la integridad del sello y peso de éste, no se puede desconocer que el contenedor sigue siendo un bulto transportado, como unidad de carga y de volumen.

Concluye su argumento señalando que en modalidad de transporte denominada Continuación de viaje, aparece la figura del FCL ya descrita, la cual genera el hecho y la obligación en cabeza de un embarcador o cargador, de llenar una unidad de transporte o contenedor que le ha entregado el transportador, para que dicho embarcador embale, introduzca o deposite las mercancías en este recipiente de transporte, bajo su propia

cuenta, riesgo, habilidad y cantidad, con sus propios medios, sin la participación del transportador o su agente, y el que, una vez sellado o precintado por el embarcador al finalizar esa tarea, configura la consolidación del contenedor.

Afirma que no se aplicó el silencio administrativo positivo, que operó, tal y como se comprueba con los documentos obrantes en el proceso.

DEFENSA – UAE DIAN –

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F.920) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta lo estipulado en Decreto 2685 de 1999, en sus artículos 371, 372, 374, y 497, señalando como oposición de los cargos, que en el presente caso, la intervención de la autoridad aduanera consistió en autorizar el régimen de tránsito aduanero, bajo la modalidad de continuación de viaje, por haber cumplido la solicitud con los requisitos de ley, por tanto, CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA, se hizo responsable por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen, como lo era entregar la misma cantidad de mercancía consignada en la Continuación de viaje en la aduana de destino.

Manifiesta que de conformidad con la circular 188 de 2000, para que el contenedor se considere bulto, éste debe venir para un mismo consignatario, estar amparado en un solo documento de transporte, y que el contenedor salga del puerto sin desconsolidar, y que en el caso que se estudia, la mercancía trae relacionada dos consignatarios, lo que se prueba de la lectura del B/L.

Que de los antecedentes se puede determinar, que existió una entrega incompleta de la mercancía por parte del transportador multimodal, pues en la planilla de recepción, se dejó constancia de que llega con faltante de dos cajas.

Afirma que desde el momento mismo en que un Operador de Transporte Multimodal solicita a la entidad aduanera autorización para la realización de

una continuación de viaje, se sujeta a cumplir con las obligaciones y asume las responsabilidades propias de esta modalidad de importación, de manera que, independientemente del contrato privado que se celebre con el consignatario o con el operador logístico, por ley, el transportador responde por la cantidad de la mercancía que se anuncie en la Declaración de Tránsito Aduanero, y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es la real.

Finalmente se opone a la configuración del silencio administrativo positivo, poniendo de manifiesto, que el legislador aduanero no estableció el silencio administrativo positivo respecto del requerimiento especial aduanero; y que respecto a la afirmación de que operó tal fenómeno por el transcurso de más de 12 meses sin haberse proferido decisión de fondo, debe atenderse la derogatoria expresa recaída sobre el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999.

SENTENCIA IMPUGNADA

Con providencia calendada el día veintiocho (28) de febrero de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia en la que decide:

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones N° 001440 de 29 de julio de 2009 mediante la cual se impuso sanción pecuniaria por violación al artículo 297 numeral 3.1.1. Decreto 2685 de 1999; Resolución N° 001785 de 3 de septiembre de 2009 mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución que impuso la sanción y de la Resolución N° 002155 de 15 de octubre de 2009 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 001785 de 2009.

SEGUNDO: Con base en la anterior declaración de nulidad se ordenará excluir a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. de registro de infractores, y en consecuencia desista de toda acción sancionatoria contra la demandante, por este concepto.

TERCERO: Declarase inhibido este Despacho para pronunciarse respecto de la legalidad del Requerimiento Sancionatorio Aduanero N° 000097 de 28 de abril de 2009, por ser un acto de trámite.

CUARTO: Sin costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copia auténtica haciéndose constar que es la primera y que presta mérito ejecutivo.

SEXTO: Una vez llevado a cabo lo señalado en el numeral que antecede, archívese el expediente previa liquidación de gastos y devolución del remanente, si lo hubiere.

Para arribar a la anterior decisión, el juez de primera instancia aborda uno a uno los cargos expuestos por la parte demandante, exponiendo a manera de conclusión:

"...es claro que la Aduana de Cartagena, realizó una inspección de la mercancía que decía contener la Unidad de Carga de donde se infiere que debió romper los precintos originales, y que en la Aduana de Destino no se hizo ninguna anotación respecto a que se hubiesen violado los precintos, de donde se infiere que materialmente no era posible que las cajas faltantes se sustrajeran durante la operación de transporte.

Sea del caso señalar que el Código de Comercio, en el inciso segundo del artículo 1027, relativo a la ENTREGA DE LA COSA AL PESO, CUENTA O MEDIDA, dispone taxativamente que:

"Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se consideran como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe"

En atención a la anterior normativa, es claro que, si al transportador se le entrega un contenedor previamente cerrado y precintado, el mismo deberá considerarse como una unidad de carga, y deberá ser entregado en las mismas condiciones en que las recibió, es decir, con los sellos o precintos intactos.

En consecuencia con lo expuesto, se concluye que se entregó al Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A., una unidad de carga contenida con los sellos de seguridad sin violación o adulteración alguna por parte del Transportador, y que además el proveedor reconoció que el faltante se debió a errores en el envío, por lo que este Despacho considera que se debe declarar la nulidad.."

IMPUGNACIÓN

La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de 22 de marzo de 2013, por cuanto le fue desfavorable.

Disiente de la decisión de primera instancia manifestando, que con el fallo de primera instancia se produjo una indebida interpretación de las normas aduaneras.

Aclara, que no posee ningún tipo de sustento legal afirmar, que el hecho de encontrarse el precinto aduanero intacto y en buen estado exonere de responsabilidad al transportador, quien estaba llamado a producir un resultado concretado en la correcta finalización del régimen, de lo contrario se presume el nexo causal negativo entre tal resultado y la conducta del agente comprometido a satisfacer la obligación.

Que la sentencia recurrida posee como pilar, considerar que el transportador en la ejecución del régimen de tránsito es un convidado de piedra que se limita a recibir pasivamente la mercancía previamente precintada, no siendo ello cierto, pues la operación de tránsito tiene como intervinientes activos al importador o consignatario de la mercancía quien a su vez contrata a un transportador para que ejecute el traslado, delegándosele a éste el manejo de la carga.

Insiste en que el transportador es un auxiliar de la administración que responde por la finalización del régimen, lo cual incluye que la cantidad de la mercancía sea la misma que la que salió declarada de la aduana de partida, pues por encima de todos los acuerdos y/o transacciones comerciales o civiles, existe el control aduanero. De manera que debió consignar los datos consignados para no avalar una mentira e inducir en error a la administración.

Sobre la consideración de la Juez A - quo de tener el contenedor como *bulto*, afirma a manera de aclaración, que el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999 y la circular 188 no son aplicables al caso, pues su aplicación se predica en procesos de importación, y que en todo caso, de conformidad a la definición de "*bulto*" que ha venido siendo desarrollada por la normatividad, para que pueda tomarse un contenedor bajo tal connotación, debe cumplir unas condiciones:

- a) *Que venga consignado en el documento de transporte para un mismo consignatario.*
- b) *La mercancía se ampare en u sólo documento de transporte.*

c) Cuando se trate de carga consolidada, y el contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

Que en el caso concreto no se cumple con la condición del literal a), pues el documento de transporte soporte de la continuación de viaje, viene a nombre de dos consignatarios, siendo lo anterior desconocido por la Juez de primera instancia.

Sobre la certificación de Inversiones Nasa aportada al expediente, manifiesta estar en desacuerdo, pues se trata de una persona extraña al proceso, y que la mencionada sociedad funge en el proceso como destinatario de la mercancía – según B/L soporte – con domicilio en Colombia además, de manera que al no ser proveedor en el exterior, no puede dar cuenta de errores concernientes a la venta, despacho o embarque de la mercancía, pues no realizó tales actividades, no diligenció el B/L, ni intervino en el envío de la carga.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 24 de Septiembre de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (F. 3 Cuaderno de segunda instancia)); y, con providencia adiada en octubre 7 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 5).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Sólo la parte demandada recorrió el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general ratificándose en los argumentos planteados en su recurso de alzada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 5, reverso), se abstuvo de emitir concepto.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso el demandado tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

Caducidad

Sobre tal presupuesto se tiene que la acción fue ejercida en tiempo, con la sola verificación de la expedición del último de los actos acusados - Resolución No. 002155, que data del 15 de Octubre de 2009-, de manera que, constatándose la presentación de la solicitud de conciliación en enero 26 de 2010 y la presentación de la demanda el 19 de febrero del mismo año, - tal como consta a folios 174, 206 y 211 del expediente -, ha de tenerse por oportuna, acorde con el término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la apelación interpuesta por la parte demandada, la cual ataca la decisión del Juzgado al declarar la nulidad de los actos que se acusan con la demanda, y como consecuencia de ello el reconocimiento de las pretensiones, centrándose tal argumento en la posición de la Juez a - quo en tener como no ajustado a la legalidad el actuar de la Administración Especial

de Aduanas de Cartagena, incurriendo en una indebida interpretación de las normas aduaneras; así como en un desacertado ejercicio de valoración probatoria.

Por lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer, si en el presente caso, se configuran los supuestos fácticos y legales necesarios para la imposición de la sanción administrativa aduanera a la sociedad demandante, atendiendo la operación de continuación de viaje por ella ejecutada.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada deberá revocarse en su totalidad, pues según la interpretación razonada de las normas vigentes aplicadas a la situación concreta que se trae a juicio, la administración aduanera obró conforme a la legalidad, limitándose a la aplicación de las consecuencias objetivas que resultaban de atender los supuestos de la norma aduanera aplicada a los transportadores en el régimen de tránsito aduanero.

La anterior tesis se funda en los argumentos que a continuación se exponen.

En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por el requerimiento especial aduanero número 00097 del 28 de abril de 2009, la Resolución N° 001440 de 29 de julio de 2009, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos y Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve sancionar a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A con multa de \$30.359.000.00, y sus confirmatorias en la vía gubernativa, las Resoluciones No. 001785 de 3 de septiembre de 2009 y 002155 de 15 de octubre de 2009, expedida por el Jefe de la División Jurídica Aduanera (F. 17 a 109).

Para arribar a la decisión a la cual se alude, se tuvieron en cuenta los siguientes sustentos normativos, fácticos y probatorios:

De la legalidad de la sanción aduanera impuesta.

La sanción aduanera impuesta a la sociedad actora a través de la Resolución No. 001440 y confirmada por las Resoluciones No. 001785 y 002155 de 2009, tuvo como unos de sus fundamentos legales, los artículos 372, 373, 374, 389 y

497 numeral 3.1.1. del Decreto 2685 de 1999 y 531 de la Resolución No. 4240 de 2000¹, que rezan:

ARTÍCULO 372°. Responsabilidad del Operador de transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el operador de transporte multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso.

ARTÍCULO 373°. Garantía. Para responder por el pago de los tributos aduaneros suspendidos y por las sanciones, el operador de transporte multimodal deberá constituir una garantía global por un valor equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La garantía se hará efectiva total o proporcionalmente por el monto de los tributos aduaneros suspendidos y las sanciones generadas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión de las operaciones de transporte multimodal, en caso de pérdida de la mercancía, o no finalización de la operación de transporte multimodal.

ARTÍCULO 374°. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la continuación de viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los operadores de transporte multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el operador de transporte multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la aduana de partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía.

(...)

ARTICULO 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán

¹ "Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999".

aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.

ARTÍCULO 497. *Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables.* <Artículo modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

(...)

3. En el Régimen de Tránsito Aduanero:

3.1 Gravísimas:

3.1.1 **Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso**, tratándose de mercancía a granel o **cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero**".

Resolución No. 4240 de 2000. Artículo 531. *Efectividad de garantías cuyo pago se ordena en un proceso administrativo sancionatorio. En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una Liquidación Oficial, se ordenará hacer efectiva la garantía, si a ello hubiere lugar y se notificará a la entidad garante.*

Si dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de que trata el inciso anterior, el usuario, el Banco o la Compañía de Seguros no acredita, con la presentación de la copia del Recibo Oficial de Pago en Bancos, la cancelación del monto correspondiente, remitirá a la División de Cobranzas el original de la garantía y copia del acto administrativo donde se ordena su efectividad, para que se adelante el correspondiente proceso de cobro. (Negrillas y subrayas de la Sala).

El anterior marco normativo determina que los Operadores de Transporte Multimodal, bien pueden responder por las sanciones aplicables a los transportadores en el régimen de Tránsito Aduanero, toda vez que, conforme a los artículos 372 a 374 del Estatuto Aduanero, el Operador de transporte multimodal es responsable de la carga autorizada en la Continuación de Viaje respectiva, y con la cual se autoriza el traslado de mercancías extranjeras por dos o más modos de transporte diferentes, en virtud de un único documento de Transporte Multimodal.

Al respecto anota la Sala, que si bien pueden intervenir varios sujetos en los distintos medios de transporte que convergen en el traslado de la carga hasta territorio aduanero nacional, debe entenderse que se trata de una única operación de transporte multimodal, se insiste, bajo un solo documento de transporte que formaliza un único contrato de transporte, teniéndose como operador o transportador multimodal, aquel que entrega la mercancía al depósito de destino, quien debe cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, esto es, con la entrega física de la mercancía transportada "conforme" y la presentación de los documentos respectivos, en la Aduana de destino, sin que pueda eximirse de tal responsabilidad por otra subcontratación que haga para realizar adecuadamente la operación, de allí que en virtud de la remisión normativa del artículo 389 del Decreto 2685 de 1999, le sean aplicables las sanciones aduaneras de los transportadores a los Operadores de Transporte Multimodal, y en consecuencia la prevista en Artículo 497 numeral 3.1.1 del Estatuto Aduanero, aplicada por la demandada en el presente asunto, existiendo un claro fundamento legal para la sanción impuesta en los actos acusados, contrario a lo manifestado por la parte actora.

Así las cosas, la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A, en su calidad de operador de transporte multimodal, y como responsable del transporte de la carga autorizada con la continuación de viaje respectiva, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, entregando la mercancía en las mismas condiciones según se autorizó, so pena de incurrir entre otras sanciones, en la tipificada el artículo 479 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999, que establece entre las faltas gravísimas en que pueden incurrir los transportadores la de "...Entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la declaración de tránsito aduanero."

En ese orden de ideas, existiendo un soporte legal para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará ahora la Sala a analizar los argumentos que tuvo en cuenta la Juez de primera instancia para emitir un fallo anulatorio, a la luz de la interpretación normativa efectuada, y lo que

resultó probado en autos. Lo anterior, a fin de determinar si se dieron o no los supuestos fácticos para que la administración aduanera aplicara a la sociedad demandante, la sanción contemplada en la norma antes citada.

Acorde con lo anterior, encuentra esta Sala, que tal como lo determinó la Administración al proferir los actos acusados, al culminar la operación de tránsito aduanero en la cual intervino el actor en calidad de transportador multimodal autorizado, se detectó un faltante de mercancía, en relación al peso y cantidad que se consignó previamente.

En efecto, según consta en el respectivo formato de Continuación de Viaje con número de aceptación 0607007679 del 29 de mayo de 2007 (F. 7), al autorizar el régimen de tránsito quedó consignado que la mercancía sometida al mismo consistía en un contenedores (40 pies) con **632** piezas.

No obstante que en el anterior documento se consignó la mencionada cantidad de mercancía a transportar; según consta en el acta de inconsistencias y en la planilla de recepción, al efectuarse la verificación de la mercancía arribada, se constató que la misma presentó inconsistencia consistente en faltantes en el número de piezas y sobrante en kilos, consignándose en los respectivos ítems, las siguientes cantidades e información: "1 x 40 CON 630 CJS LLEGA CON FALTANTE DE DOS CAJAS. PESO SOBRANTE DE 220 KG. LLEGARON DIEZ Y OCHO CJS MOJADAS, SUMIDAS Y ROTAS..." (F. 11). En el registro de finalización se deja consignado igual información. (F. 12).

Según lo hasta aquí expuesto, es posible establecer que se configura la conducta sancionable atribuida a la sociedad actora, como quiera que se encuentra probado que la cantidad de piezas (cajas) recibidas al finalizar el tránsito aduanero fue menor de la autorizada en la Continuación de Viaje, al iniciar dicha operación, además, se evidenció una diferencia positiva de peso en kilos en la mercancía arribada a la aduana de destino, lo que da cuenta que efectivamente se da una inconsistencia múltiple, pues las piezas disminuyen con el arribo de la carga a su destino, sucediendo lo opuesto con el peso de la carga.

De manera que hasta aquí, las pruebas arimadas en vía gubernativa y reiteradas en esta instancia, demuestran la configuración de la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del decreto 2685 de 1999, lo cual conduce a afirmar que la Administración efectuó una adecuada valoración de las mismas.

Acerca del trámite de inspección en la Aduana de Partida.

No desconoce la Sala, que el documento de continuación de viaje en cita, da cuenta de una inspección física aduanera realizada en la aduana de partida.

Al respecto encontramos el artículo 364 del Decreto 2685 de 1999, el cual establece:

ARTICULO 364. AUTORIZACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRÁNSITO E INSPECCIÓN ADUANERA DE LAS MERCANCÍAS SOMETIDAS A LA MODALIDAD DE TRÁNSITO Y COLOCACIÓN DE PRECINTOS ADUANEROS.

La Aduana podrá autorizar el tránsito solicitado, si las unidades de carga se encuentran debidamente selladas y precintadas desde el país de procedencia, de forma tal que garanticen que la mercancía no pueda ser extraída de ellas, ni puedan introducirse otras, sin romperse los precintos colocados en el puerto de embarque.

Para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero, no habrá inspección aduanera en la Aduana de Partida, salvo cuando la autoridad aduanera observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, presenten diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad, en cuyo caso, deberá efectuarse la inspección física correspondiente y se dejará constancia del resultado de la diligencia.

Cuando las unidades de carga o los medios de transporte no se encuentran precintados, y siempre que sea posible, la Aduana procederá a colocar precintos dejando constancia de sus números en la Declaración de Tránsito Aduanero. (Negrillas de la Sala).

En el presente caso, el documento correspondiente al conocimiento de embarque o *Bill of lading* de la carga en cuestión, consigna expresamente

que la mercancía transportada consistía en 632 (CTNS) – bultos –, que pesaban en total 13.662.85 kilos. (F. 8 y 9).

El funcionario aduanero de la aduana de partida al verificar una diferencia en el peso de la carga, procede a inspeccionarla, dejando constancia de la verificación efectuada, corrigiendo el respectivo formato de continuación de viaje, pues en la casilla 20 PESO KILOGRAMOS: anotó 13930, manteniéndose la cifra: 632, como cantidad que debía arribar al depósito de destino, pues en la correspondiente casilla (17) no se visualiza corrección alguna.

En la casilla: OBSERVACIONES DE LA ADUANA DE PARTIDA, no se hace salvedad, más allá de consignarse un código.

Pese a la corrección del peso de la carga que se verifica en la casilla número 20 por parte del funcionario de la Aduana de Partida, el transportador CCL, no hace uso de su derecho de dejar también observaciones en el documento de continuación de viaje, limitándose a consignar la identificación del B/L.

De otra parte, contrario a lo afirmado por la Juez de Primera Instancia, no puede inferirse que en la aduana de partida se procediera a romperse el precinto con el que venía asegurada la carga, sino todo lo contrario, pues el formato de continuación de viaje y el respectivo documento de embarque, dan cuenta de la no existencia de precinto, antes de la respectiva inspección.

Ahora, la a – quo considera como argumento relevante de su decisión, el hecho de que en la Aduana de Destino no se hiciera ninguna anotación respecto a que se hubiesen violado los precintos, infiriendo que materialmente no era posible que las cajas faltantes se sustrajeran durante la operación de transporte.

Al respecto advierte la Sala, que en ningún aparte de la normativa aduanera se establece un atenuante o eximente de responsabilidad para el operador de transporte multimodal que llegue con faltante hasta la aduana de destino, y que se concrete a demostrar que los precintos con los cuales venía asegurada la carga llegaron en perfecto estado y sin signos de violación;

destacándose el criterio compartido con el Consejo de Estado², en lo que tiene que ver con las obligaciones que le asisten al transportador responsable de la finalización de la operación aduanera:

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto. Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO Bogotá, abril cuatro (4) de dos mil dos Radicación número: 05001-23-26-000-1997-1067-01(7377) Actor: SERCARGA S.A. Demandado: DIAN DE MEDELLÍN Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

colocados por funcionarios de la aduana de partida. (Subrayado y negrillas de la Sala).

Lo anterior termina por descartar el argumento alrededor del mantenimiento de precintos al que se refirió la Juez de Primera instancia.

Sobre el concepto de carga consolidada.

En el presente caso no puede asimilarse el concepto de contenedor³ al de *Bulto*, pues es evidente que se trata de mercancía embalada en bultos tal y como se describió en la Continuación de Viaje (F. 7)- CANT DE BULTOS 632 CARTONS, es decir, la carga transportada se concretaba a 632 piezas plenamente individualizadas por las cuales debía responder la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A, quien entregó 630 en la aduana de destino, de manera que la mercancía no estaba contenida en un contenedor como una carga unitarizada o sin desconsolidar, por lo que no resulta de recibo el argumento según el cual, al haberse entregado el mismo contenedor al finalizar el tránsito - independiente de su contenido - ya se había cumplido a cabalidad con lo encomendado, pues de lo que dan cuenta los documentos allegados a autos, es que en efecto existió una conducta sancionable derivada de la configuración de un faltante en el número de bultos, piezas, cajas o cartones recibidos en el depósito autorizado.

Vemos entonces como en las Resoluciones demandadas la sanción se estructura y se confirma a partir de un faltante consistente en 2 cajas, es decir, que el faltante se verificó en piezas individuales, coincidiendo los distintos actos demandados en la inconsistencia traducida en una diferencia negativa

³ El citado Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), en su artículo 1º define el CONTENEDOR como "un recipiente consistente en una gran caja con puertas o paneles laterales desmontables, normalmente provistos de dispositivos (ganchos, anillos, soportes, ruedas) para facilitar la manipulación y estiba a bordo de un medio de transporte, utilizado para el transporte de mercancías sin cambio de empaque desde el punto de partida hasta el punto de llegada, cuya capacidad no sea inferior a un metro cúbico." (Negrillas no son del texto). El empaque de una mercancía en esas condiciones hace que la misma sea considerada como "mercancía consolidada", atendiendo la definición que de la misma ha formulado la O.M.C. y que la Sala acogió en sentencia de 6 de agosto de 2004, según la cual "se entiende por Carga unitarizada "el sistema empleado para transportar mercancías que siendo embaladas en pequeños grupos, se consolida o agrupa en un solo envase de gran tamaño, con el fin de evitar que las mercancías se destruyan o sean sustradas con facilidad, y al mismo tiempo, para facilitar su manipuleo y lograr gran rapidez en las operaciones de carga o descarga". CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SI CCION PRIMERA, Consejero ponente: RAFAEL I. OSTAU DE LAFONT PLANETA-Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011)-Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02246-01.

entre lo que se señaló en las facturas, en el documento de embarque (B/L), y en la continuación de viaje sometida a inspección y verificación; y lo que finalmente arribó a la aduana de partida, además de quedar evidenciado embalajes de la carga en mal estado (18 cajas mojadas, sumidas y rotas).

Igualmente se detiene la Sala en el documento obrante a folio 13 y 14 del expediente resaltado en el fallo de primera instancia, y frente al cual se emite juicio de reproche por parte del apelante, consistente en certificación con membrete de BEST VISION LTD. - empresa que aparece en el documento de embarque como expedidor o proveedor -, en donde traducido se lee:

"Por medio del presente escrito informamos que en la referencia de carga consignada a la firma importadora INVERSIONES NASA LTDA, con NIT Número 811.023.425-8 se encuentra una discrepancia en el número de piezas/cartones declarados por nosotros en el conocimiento de embarque, debido a un conteo erróneo en el momento del envío. La mercancía en el documento de transporte declara 632 cartones y nosotros en efecto enviamos 630 cartones. Hemos llegado a un acuerdo con el consignatario INVERSIONES NASA LTDA., en el sentido de no enviar a Colombia los cartones faltantes. Esperamos que esta certificación sea suficiente para aclarar la situación de éste envío."

Considera la Sala que se trata de un documento ausente de firma y de indicación de la calidad con la que se actúa para emitirlo, y que, si bien brinda una cifra que guarda relación con el faltante encontrado, las falencias anotadas, sumado a la responsabilidad del transportador de verificar lo encomendado, tal y como se ratifica de la jurisprudencia en cita, impiden que le reste contundencia a las probanzas integrantes del expediente administrativos que indican que en efecto existió el faltante, y que el transportador tuvo oportunidad de realizar observación al respecto, antes de llegar a la aduana de destino, lo que en últimas es lo que termina avalando la sanción impuesta por la DIAN.

En este orden de ideas, en el presente caso, se encontró probado que fueron 2 cajas el faltante en la mercancía, en virtud de lo cual la Administración no

estaba habilitada para valorar tal circunstancia a efectos de determinar la sanción a imponer, pues tal como se señaló, el precepto legal no lo facultaba para ello.

Ahora bien, no puede perder de vista la Sala la expedición de la Resolución 546 de 2010, junto con el principio de favorabilidad que consagra la normativa aduanera; sin embargo precisa, que en los términos en que fue concebida la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del decreto 2685 de 1999 vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, se establece como único supuesto para la tipificación de la conducta, la existencia de un faltante, sin consideración alguna al valor o a la cantidad de la mercancía; en otras palabras, establecida la diferencia entre la cantidad de mercancía declarada u autorizada y la recibida en la aduana de destino, se configura la falta cualquiera que sea el valor o cantidad de la mercancía faltante.

En esa línea de pensamiento, acude esta colegiatura al análisis del artículo 3° de la Resolución 546 de 25 de enero de 2010 por la cual se adiciona y modifica la Resolución 4240 de 2000⁴, dentro del - CAPÍTULO III Trámite en la aduana de destino – Entrega de la carga y la declaración de tránsito aduanero al depósito habilitado o al usuario operador de la zona franca, así:

Artículo 3°. Modifícase el literal d) y adicionase un párrafo al artículo 328 de la Resolución 4240 de 2000, los cuales quedarán así:

*... "Párrafo. Para efectos de lo previsto en el literal b) del presente artículo, y con ocasión de la finalización de las operaciones de transporte multimodal en la aduana de destino, **no se consideran inconsistencias a cargo del transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro del contenedor, siempre y cuando se presenten las siguientes condiciones:***

a) El contrato de transporte se haya pactado en términos FCL/FCL.

b) Se acredite certificación del proveedor o de quien haya suscrito el contrato de transporte con el operador de transporte multimodal, asumiendo errores de envío o inconsistencias de orden logístico, y

c) No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga". (Negritas y subrayas de la Sala).

⁴ Por la Cual se reglamenta el D. 2685 de 1999.

En el artículo 9° de la misma normativa quedó consignada su vigencia, dejándose constancia de que regiría a partir de la fecha de su publicación, esto es, el 26 de enero de 2010.

En efecto constituye el precepto en cita una novedad que favorece al transportador multimodal en la modalidad de continuación de viaje, pues, sin desaparecer la responsabilidad que al mismo le atañe, - en torno a la entrega conforme de la mercancía previamente declarada -, establece de manera taxativa unas condiciones que en todo caso deben coexistir, a efectos de que no sean consideradas inconsistencias a cargo de transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro de un contenedor.

En el caso bajo estudio quedó demostrado que el transporte de la mercancía se contrató en términos FCL/FCL⁵, destacándose que en el *bill of lading* se indicó el tipo o modo de servicio contratado (F. 9).

Igualmente se destaca, que la DIAN dejó consignadas una serie de observaciones, que si bien no hacen alusión propiamente al precinto N° 010134, sí denotan señales irregulares en las unidades de carga, como resulta ser cuando se consignó - LLEGARON DIEZ Y OCHO CJS MOJADAS, SUMIDAS Y ROTAS, observaciones éstas que no fueron desvirtuadas por la parte demandante; lo que igualmente descarta el cumplimiento de la tercera condición que estipula la norma que se viene estudiando: No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga".

Finalmente, en cuanto a la certificación que también consagra el precepto legal debe indicarse, que si bien a folios 13 y 14 figura documento en el cual se informa acerca de un error de conteo en el momento de despachar la carga; el mencionado documento, además de que no se encuentra firmado, y que se desconoce la calidad de quien lo expide, se encuentra desprovisto de soportes que respalden ese simple dicho, como lo sería un inventario detallado de la mercancía cargada donde se hicieran claramente diferenciables las 630 piezas o cajas que se afirma fueron cargadas, en coontraste con lo consignado en el B/L; quedando en todo caso un

⁵ Full container load - Contenedor en su total capacidad.

interrogante por resolver, y sería, la diferencia en el peso que aumenta, en relación con la diferencia negativa de las unidades o bultos que arriban efectivamente a la aduana de destino.

Lo anterior se hace como simple ejercicio de verificación de los supuestos legales que consagra la aludida norma, pues lo cierto es que teniéndose en cuenta la vigencia de Resolución 546, junto a los términos en que quedó consagrado el principio de favorabilidad en materia aduanera (artículo 520 del E.A.); lo cierto es, que ni aún cumpliéndose en la situación particular y concreta la totalidad de las condiciones a las que se viene haciendo referencia, le asistía a la DIAN la obligación de emitir una decisión en distinto sentido.

El artículo 520, de Decreto 2685 de 1999, dispone:

"Art. 520.- Disposición más favorable. Si antes de que la autoridad aduanera emita el acto administrativo que decide de fondo, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no se hayan mencionado en la respuesta del Requerimiento Especial Aduanero"

Si se procede a la revisión del capítulo matriz de la anterior disposición, - CAPÍTULO XIV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES ADUANERAS, LA DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MERCANCÍA Y LA EXPEDICIÓN DE LIQUIDACIONES OFICIALES - inmediatamente nos ubicamos en el contexto de una sanción, aprehensión de mercancía o una liquidación oficial, lo cual resulta ser de la situación que corresponde dirimir.

En torno a ello se tiene que el artículo segundo contenido en la parte resolutive de la primera Resolución acusada, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO SEGUNDO: Sancionar a la empresa CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. NIT. 830.060.136-0, con una multa de \$30.359.000 (TREINTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia..."

El sentido literal del citado proveído da cuenta de la existencia de orden alusiva a sanción, lo que en principio haría viable la aplicación al caso concreto del artículo 520 del E.A, desde la óptica de la Resolución 546 de 25

de enero de 2010 por la cual se adiciona y modifica la Resolución 4240 de 2000, en el aparte pertinente tal y como arriba se transcribió.

Sin embargo, si se tiene en cuenta la fecha del acto administrativo que decidió de fondo la situación jurídica de la parte demandante, esto es, la Resolución 002155 de 15 de octubre de 2009 a la que se ha hecho referencia, no resulta procedente estudiar la favorabilidad del artículo 520 del E.A., pues como ya quedó reseñado, la vigencia de la Resolución 546, data desde su publicación, - 26 de enero de 2010 -, y en esa medida no era ésta la norma que debió atenderse por parte de la DIAN para estudiar y resolver el caso planteado por el hoy demandante, pues en ese momento las normas vigentes no consagraban condiciones especiales a efectos de exonerar de responsabilidad al operador de transporte multimodal.

Así las cosas, la única conclusión a la que puede llegarse, es que la Sociedad CCL, en su calidad de operador de transporte multimodal, y como responsable del transporte de la carga autorizada con la continuación de viaje respectiva, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito dentro del término autorizado, entregando la mercancía en las mismas condiciones según se autorizó; lo cual no sucedió, al incurrir en la conducta tipificada el artículo 497 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999 que arriba se citó, pues estaba llamado a asumir una conducta de diligencia y cuidado, conociéndose responsable por la carga que trasladada dentro del territorio nacional, desde el momento mismo en que le dio inicio a la operación.

Se hace hincapié en los anteriores argumentos, pues lo cierto es, que si al momento de la ocurrencia de los hechos, y aún cuando la administración emite decisión de fondo, existía toda una normatividad clara y armonizada con el régimen de tránsito aduanero frente a la situación de los operadores de transporte multimodal, no puede el interesado afectado con la decisión pretender exonerarse de responsabilidad.

Se destaca además, que en el presente caso la parte demandante, teniendo posibilidad de realizar aclaración acerca de la cantidad transportada en la

casilla del documento de continuación de viaje denominada: *OBSERVACIONES DEL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL O DEL TRANSPORTADOR SUBCONTRATADO* no ejerce actividad de verificación, sino que se limita a consignar la identificación del documento de embarque.

De manera que no resulta adecuado ni consecuente el actuar del demandante, primero como recurrente en sede administrativa, y luego como demandante en sede judicial, pues – insiste la Sala –, conociendo éste la norma aduanera especial antes de verificarse la ya conocida infracción, la deja de lado, y en vez de intentar desvirtuar el faltante hallado, se enfoca en el hecho de que el contenedor debe considerarse como una unidad de carga, procediendo a invocar términos FCL/FCL que a lo sumo tienen un sustrato en el ámbito comercial.

Igualmente es necesario tener en cuenta, que en el caso en estudio nos encontramos frente a una operación de transporte multimodal, régimen mediante el cual se permite la circulación por el territorio nacional de mercancías que no han sido nacionalizadas y por ende respecto de las cuales no se han cancelado los tributos aduaneros correspondientes, circunstancia que amerita que el control de este tipo de operaciones sea riguroso y estricto.

Consecuencialmente, también se impone la rigurosidad en la aplicación e interpretación de las normas a través de las cuales se pretende ejercer el control sobre este tipo de operaciones y entre las que se cuentan disposiciones como las ya citadas, a través de la cual se establecen las sanciones cuando se producen faltantes en la mercancía transportada y previamente autorizada en la continuación de viaje.

Al respecto, la configuración de faltantes en la mercancía objeto de tránsito aduanero de suyo comporta un detrimento para la Administración, toda vez que implica la posibilidad de que entre a circular en el territorio nacional mercancía de procedencia extranjera, sin el pago de los tributos aduaneros, lo cual nos permite afirmar que la conducta que originó la sanción, genera perjuicios para la Administración.

Es por todo lo expuesto que esta Sala considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados por ilegales, - tal y como lo consideró la

Juez de Primera Instancia -, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto, las consecuencias previstas en la disposición que consagró la conducta sancionable (Art. 497 3.1.1. D. 2685/99) y por consiguiente, debió sancionar.

En resumen, se concluye que no se configura vicio de ilegalidad sobre los actos acusados, pues se configuró el supuesto objetivo de la normatividad aduanera vigente, y que en el presente asunto, la infracción devino de la verificación de una inconsistencia en la mercancía embalada en bultos tal y como se describió en la Continuación de Viaje - *CANT DE BULTOS 632*, es decir, la carga transportada se concretaba a 632 piezas plenamente individualizadas por las cuales debía responder CCL, quien entregó 630 en la aduana de destino, siendo esta una conducta sancionable derivada de la configuración de un faltante en el número de bultos, piezas, cajas o cartones recibidos en el depósito autorizado, que a su vez reflejó una diferencia positiva de kilos, frente a lo reportado y consignado en el correspondiente documento de continuación de viaje.

Así, la Aduana de Cartagena conserva competencia para adelantar el proceso administrativo para imponer las sanciones correspondientes por la configuración de una infracción aduanera. Es decir la competencia la tiene la Administración de Aduanas de Cartagena, ya que el procedimiento aplicado se presentó con ocasión del control simultáneo que ejerce sobre la Operación de Transporte Multimodal, y en aplicación al principio de justicia, de que trata el artículo 2º del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), el cual preceptúa que los funcionarios aduaneros con atribuciones y deberes que cumplir en relación con las facultades de fiscalización y control deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades, que son servidores públicos, que la aplicación de las disposiciones aduaneras deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia y que el Estado no aspira a que al usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma Ley pretende, sino que en casos como el presente, se busca salvaguardar el orden económico nacional. Además deberán tener presente que el ejercicio de la labor de investigación y control tiene como objetivo detectar la introducción y salida de mercancías sin el cumplimiento de las normas aduaneras.

En suma, la Sala revocará la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 004 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veintidós (22) de marzo de dos mil trece (2013), por la cual se concedieron las pretensiones de la demanda., para en su lugar: **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTANO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

AUSENTE CON PERMISO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ
Clavo Voto



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

ACLARACIÓN DE VOTO

Acción : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación : **13-001-33-31-011-2010-0034-01**
Demandante : **Corporación Colombiana de Logística S.A.**
Demandado : **DIAN**

A continuación me permito exponer las razones por las que aclaro la decisión adoptada por la Sala de Descongestión 004, plasmada en sentencia de la misma fecha, en los siguientes términos:

Para denegar las pretensiones formuladas en la demanda, consideró la Sala entre otros argumentos, que dentro del presente asunto no había duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Corporación Colombiana de Logística S.A., puesto que la mercancía objeto de esta modalidad fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada.

Pues bien; en esencia la suscrita comparte lo decidido en la sentencia, sin embargo cabe precisar que la sociedad actora en su introductorio señaló entre otros argumentos que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora, toda vez que la mercancía de referencia ingresó al territorio nacional mediante contenedor que tiene un tratamiento de bulto o consolidado, dado que la modalidad del transporte se dio en términos FCL (Full Container Load) por lo que, dicho transporte se dio bajo su propia cuenta, riesgo y cantidad, sin la participación del agente o del transportador.

Respecto de este tópico se debe precisar que en autos quedó demostrado que en la aduana de partida, al advertirse una diferencia en el peso, el funcionario de aduana procedió a inspeccionar la mercancía, es decir, no realizó un reconocimiento externo, sino que abrió el contenedor para verificar su contenido, en presencia de un representante del transportador multimodal, como consta en la Continuación de Viaje con número de aceptación 0607007669 del 29 de mayo de 2007 que reposa a folio 7 del tomo I del cuaderno principal del expediente, y en esa medida al ser desprecintado el contenedor y comprobado su contenido, ya no puede alegarse por el transportador, la condición de carga consolidada, para descartar su responsabilidad por faltantes detectados en la aduana de destino.

Ahora bien; en gracia de discusión, se tiene que el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, dispone que **BULTO** *“Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”.*

Para la suscrita es claro de acuerdo con el Decreto 2685 de 1999 y la Circular 188 de 2000, el contenedor puede ser considerado como bulto siempre y cuando éste se encuentre amparado en un solo documento de transporte; dirigido a un solo consignatario, se trate de carga consolidada y el contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

De las pruebas obrantes en el expediente se aprecia sin mayor duda que la mercancía en cita no cumple con los presupuestos para ser considerado como bulto el contenedor; como quiera que al revisar el Bill of Lading o Conocimiento de embarque visible a folio 9 del cuaderno principal tomo I del expediente, se observa que la mercancía fue remitida a nombre de dos consignatarios y no a uno sólo, como lo exigen las disposiciones citadas, haciendo inoperante el argumento respecto de la improcedencia del informe de inconsistencias frente al contenedor como bulto.

En este orden de ideas, aclaro mi decisión en el sentido de que, indistintamente que la mercancía haya llegado con menos cantidad a la aduana de destino, por un lado el transportador se hizo responsable de la integridad de la carga, al ser desprecintado y verificado el contenido de la unidad embalada, en la aduana de partida, y por otro lado, el documento de embarque no cumplió con los lineamientos expuestos en el Dto. 2685 de 1999 y la Circular 0188 de 2000, para ser considerado el contenedor como bulto y en consecuencia aplicarle el beneficio que ésta contiene frente al transportador de la mercancía, cuando la misma llega a su destino con inconsistencias, todo lo cual imponía a la Sala revocar la decisión proferida en primera instancia, que concedió las pretensiones de la demanda.


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Magistrada



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0017
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ARLETH VILLADIEGO FIGUEROA Y OTROS
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL LOCAL DE ARJONA Y MUNICIPIO DE ARJONA Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2006-01527-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO 002 DE DESCONGESTION

Página 1

Cartagena de Indias D. T. y C., Diciembre seis (6) de dos mil trece (2013)

Sentencia 321 de 2013

1ª instancia.

Tema: Falta de servicio por omisión

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO.

Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 13-001-23-31-001-2006-01527-00
Demandante: ARLET VILLADIEGO FIGUEROA Y OTROS
Demandado: ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA- MUNICIPIO DE ARJONA y Otros.

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSAA 8347 de 29 de julio de 2011, PSAA12 9201 de 1º de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, actuando a nombre propio y en representación de MARTHA TERESA GUARDO VILLADIEGO y ARLEDYS GUARDO VILLADIEGO (menores), ANTONIO VICTOR GUARDO VELASQUEZ y EDITH VILLADIEGO FIGUEROA quienes a través de apoderado judicial presentaron acción de reparación directa contra la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, EDUARDO TORRES RAMOS y ORLANDO COGOLLO TORRES, con ocasión de una supuesta falla del servicio médico ocurrida en la aludida entidad estatal.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, actuando a nombre propio y en representación de MARTHA TERESA GUARDO VILLADIEGO y ARLEDYS GUARDO VILLADIEGO (menores), ANTONIO VICTOR GUARDO VELASQUEZ y EDITH VILLADIEGO FIGUEROA, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda de

¹¹ Con este nombre figura en la cédula de ciudadanía y registros, la mencionada demandante.

Reparación Directa contra la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, MUNICIPIO DE ARJONA, EDUARDO TORRES RAMOS y ORLANDO COGOLLO TORRES, para que previo el trámite a que haya lugar, se declare:

1.- Que la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, EL MUNICIPIO DE ARJONA BOLIVAR, los particulares Personas Naturales, señores: EDUARDO TORRES RAMOS, y ORLANDDO COGOLLO TORRES, y cualquier otra entidad o persona que resulte vinculada con ocasión de los daños ocasionados, son Administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales y morales causados a los actores señores: ARLET VILLADIEGO FIGUEROA (víctima), MARTHA TERESA GUARDO VILLADIEGO y ARLEDYS GUARDO VILLADIEGO (Menores); ANTONIO VICTOR GUARDO VELASQUEZ (Compañero Permanente de la Víctima), y EDITH VILLADIEGO FIGUEROA (Hermana y empleada de la Víctima), como consecuencia de las quemaduras de II y III Grado, o Tipo B, de la pierna derecha, con cicatriz hipercromica de 14 X 8 CM, retracción del cuarto y quinto dedo, con Cicatriz Hiperchromica Plana Regular de 6 X 4 CM, en cara antero externa tercio medio Muslo Derecho, de la señora: ARLETH VILLADIEGO FIGUEROA, con incapacidad definitiva de (35) días, deformidad física que afecta el cuerpo, de carácter permanente, Perturbación funcional del miembro de carácter permanente, Perturbación funcional del órgano de locomoción de carácter permanente e incapacidad definitiva para trabajar en porcentaje por establecer, ocasionadas el día (22) de Junio del 2005, ocasionadas durante una intervención quirúrgica en la ESE Hospital Local de Arjona.

2.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, EL MUNICIPIO DE ARJONA BOLÍVAR, Los Particulares Personas Naturales señores: EDUARDO TORRES RAMOS, y ORLANDO COGOLLO TORRES, y cualquier otra entidad o persona que resulte vinculada con ocasión de los daños ocasionados, a la reparación de todos los daños y perjuicios de todo orden ocasionados, a pagar a los actores, o quien represente legalmente sus derechos, "los perjuicios de orden material [Dammun emerges y lucrum cessans], y morales [Subjetivos y Objetivados], y demás los cuales se estiman como mínimo en la suma de **OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS M.C. [\$800.000.000.00]**, o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso y sus valores actualizados.

3.- Que la condena respectiva sea actualizada conforme lo dispone el artículo 178 del C.C.A., reajustándole su valor, tomando como base la variación del índice de precios del consumidor, del período comprendido entre la ocurrencia de los hechos de los cuales se reclama aquí reparación como deberá ser establecido en el fallo definitivo, ejecutoriado.

4.- Que las partes demandadas darán cumplimiento a la sentencia, acatando el término establecido en el artículo 176 del C.C.A.

5.- Que si no se efectúa el pago oportunamente, las entidades condenadas liquidaran los intereses comerciales y moratorios hasta que le dé cabal cumplimiento a la providencia que le puso final al proceso, conforme lo prevé el artículo 177 del C.C.A.

6.- Que la fórmula de matemáticas financiera aceptada por el H. Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura como se discrimina en la sección "Estimación razonada de la cuantía", los perjuicios causados por las lesiones personales permanentes de la víctima, el daño material de su compañero permanente y hermana, el daño moral de la víctima, compañero permanente hijas y hermanas.

LOS HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda, así:

ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, residente en el Municipio de Arjona (Bol.), tuvo hasta la fecha de los hechos descritos en este acápite, una panadería como negocio familiar, teniendo como empleada a su hermana EDITH VILLADIEGO FIGUEROA, a la cual le pagaba un sueldo de \$100.000 mensuales. El mencionado negocio producía utilidades y ganancias que le permitían vivir junto a su familia (Esposo, hijas y hermana), generando ingresos mensuales libres por \$414.000 mensuales, - actividad empresarial que se acabó con la lesión a ella ocurrida -.

La señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA padecía desde hacía más de 7 años severos dolores en el vientre.

Como consecuencia de ello decidió realizarse una ecografía, que dio como resultado una eventración abdominal, debiendo por tanto someterse a una cirugía, por lo que antes de someterse a dicho procedimiento, le comunicó al ginecólogo que padecía de miomas en la matriz, a lo que éste respondió que se podría tratar todo en la misma operación, mediante una HISTERECTOMÍA; cirugía necesaria para que la señora realizara su labores sin ningún inconveniente.

Se programó la cirugía para el día 22 de Junio de 2005 a las 7 a.m; por lo que la señora ARLET VILLADIEGO ingresó a la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, el día 21 de Junio del 2005. La cirugía se realizó al día siguiente a las 11 a.m. y culminó a la 4.30. p.m.

Durante la operación la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA fue anestesiada y le cubrieron la cara para que no viera la cirugía, cuando despertó y le descubrieron la cara, la señora se percató de que su pierna derecha estaba vendada, por lo que le presenta esta inquietud a las enfermeras, quienes no le dieron respuesta alguna; seguidamente, como la señora estaba angustiada el anesthesiólogo le manifestó que le aplicaría una inyección de anestesia local ya que estaba nerviosa y presentaba dolor en la pierna.

La señora ARLET VILLADIEGO escucho decir que el ELECTROCAUTERIO, por no habersele hecho mantenimiento previo a la operación, - lo cual habían solicitado los médicos y la instrumentadora, en varias ocasiones al gerente de la ESE -, le quemó la pierna derecha, causándole las quemaduras de II y III grado, o tipo B, con cicatriz hipercromica de 14 X 8 CM, retracción del cuarto y quinto dedo, con Cicatriz Hipercromica Plana Regular de 6 X 4 CM, en cara antero externa tercio medio Muslo Derecho, con incapacidad definitiva de (35) días, deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, Perturbación funcional del miembro de carácter permanente, Perturbación funcional del órgano de locomoción de carácter permanente e incapacidad definitiva para trabajar en porcentaje por establecer por la Junta Regional.

La señora ARLET VILLADIEGO tuvo conocimiento durante su post operatorio, que durante la cirugía los médicos no se habían dado cuenta del corto circuito del electrocauterio, hasta tanto no se percataron del olor a carne quemada.

A causa del daño causado, la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, estuvo varios días hospitalizada sin que le suministraran sus alimentos, los cuales debían ser llevados desde su casa hasta el hospital, al igual que el agua para tomarse la pastilla una vez dada de alta; la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA enviaba día de por medio una enfermera para que le realizara las curaciones, esto durante solo dos meses, debido al cese de las curaciones, que posteriormente

le ocasiona una infección en la pierna quemada, por lo cual tuvo que regresar a la ESE, donde fue internada nuevamente por cinco (5) días, al cabo de los cuales y una vez superada la infección, le dieron de alta y regresó a su casa.

El señor ANTONIO VICTOR GUARDO VELASQUEZ, compañero permanente de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, para sufragar los gastos que no asumió la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, tuvo que vender 15 vacas que correspondían a la totalidad de su patrimonio, todo esto con el fin de comprar medicamentos, pagar gastos de transportes, alimentos y demás, ya que su compañera permanente aquí afectada, por las lesiones no pudo trabajar más y requería transportes y gastos para movilizarse a fin de recuperar si quiera en parte su salud.

Los presentes hechos y el daño antijurídico persisten en el tiempo desde el suceso, y son actualmente de conocimiento de los demandados y de la Fiscalía Local de Turbaco Bolívar.

No obstante los hechos descritos y la situación de indefensión y perjuicios en que se encuentran los actores, no se ha agotado, corregido o indemnizado los perjuicios causados, y estos aun persisten; por lo que se demandan sus indemnizaciones.

A pesar del conocimiento que sobre los hechos han tenido las directivas de la ESE HOSPITAL DE ARJONA, desde la fecha del acto, no les ha reconocido pecuniariamente las garantías constitucionales y legales.

Empero el lapso en que sucedieron los hechos, tampoco ha obtenido por parte del Estado Colombiano el resarcimiento de los daños causados, así como tampoco el restablecimiento de los derechos que como propietarios ostentan los afectados cercanos y directos de la víctima sobre los bienes que poseen y que han tenido que vender, para sufragar los gastos producto de la lesión de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA.

Se citó ante la procuraduría 22 Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, a petición de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, diligencia que se

efectuó el día 22 de Febrero de 2006, en la cual el apoderado de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, manifestó claramente su ánimo no conciliatorio.

TRAMITE PROCESAL.

Con auto del 26 de enero de 2007 (F. 286) se admitió la demanda disponiéndose la notificación personal de los demandados y del agente del Ministerio Público (F. 286). La fijación en lista se surte entre el 23 de abril y el 7 de mayo de 2007. Mediante providencia de Agosto 29 de 2007 se dispone la apertura del período probatorio. Con auto de Junio 28 de 2011 se corre el correspondiente traslado para alegar de conclusión. (F. 809).

LA DEFENSA

ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA

A folios 320 a 324 figura memorial con el que se afirma dar contestación de la demanda a nombre de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, sin embargo, además de encontrarse dicho escrito desprovisto del respectivo poder para actuar dentro del proceso, se verifica presentado de manera extemporánea.

MUNICIPIO DE ARJONA

Estructura su defensa a partir de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA puede concurrir al proceso de manera autónoma, al estar dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de manera que no debió demandarse al municipio de Arjona.

EDUARDO TORRES RAMOS

Concorre al proceso mediante apoderada judicial, quien señala oponerse a que se declare la responsabilidad directa en su contra, por cuanto la acción incoada se funda en la responsabilidad patrimonial del Estado, quien sólo puede repetir en contra de los agentes que llegaren a ocasionar daño, una vez se demuestre tal responsabilidad, no siendo por tanto de recibo una condena solidaria.

Frente a los hechos concretos manifiesta, que es cierto que la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA fue intervenida quirúrgicamente, de manera que se atiende a lo que resultó vertido en la Historia Clínica Correspondiente.

Que la demandante ingresó al Hospital Local de Arjona con el fin de que se le practicaran dos cirugías: *Histerectomía y Eventorrafia mediana infraumbilical*, actuando él en ésta última como ayudante.

Que durante el intraoperatorio se presentó un cortocircuito en la placa del electrobisturí, - no hubo alarma del aparato, produciéndose quemadura en la paciente, en su pie derecho -. A la paciente se le informó de lo ocurrido, dándosele tratamiento según el protocolo para este tipo de quemaduras.

Lo extraño de lo sucedido, es que el aparato no tuvo ninguna muestra de mal funcionamiento (alarma anterior a la quemadura), que le permitiera advertir a los cirujanos de que algo andaba mal, y así prevenir el suceso.

Estos se encontraban ocupados en lo que les corresponde dentro del acto médico, y sólo tuvieron conocimiento del daño, una vez se produjo.

Aclara, que dentro del equipo se asigna a la instrumentadora quirúrgica la colocación y disposición del instrumento (electro bisturí) con relación al paciente, para lo cual no interviene en lo absoluto el resto del equipo.

Se refiere a la demandante como una paciente institucional, es decir, que es la institución quien conforma el equipo médico y proporciona los medios suficientes para que la intervención se realice, de forma que la responsabilidad preventiva y correctiva de los medios, le es exclusiva, y bajo el principio de confianza, los galenos llevan a cabo su actividad.

Que no puede reclamarse de un cirujano el mantenimiento preventivo y correctivo de equipos utilizados durante una intervención quirúrgica, a menos que sea éste quien lo suministre. El electro bisturí hace parte del haber de la Sala de Cirugía y es administrado por la IPS que contrató al Dr. Torres Ramos.

Propone como excepción la inexistencia de la obligación, pues de conformidad con lo argumentado, resulta indebido demandar tanto al Estado como a sus agentes.

ORLANDO COGOLLO TORRES

Manifiesta mediante apoderado judicial, ser cierto que la demandante ingresó a la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, a practicarse dos cirugías, una de las cuales estaba a su cargo.

Que tales procedimientos fueron realizados de manera profesional, idónea y diligente, - prueba de ello es que la paciente no tuvo ni tendrá complicación alguna por tales intervenciones -.

Que a esto último se contrae su responsabilidad, y no sobre el manejo, ni el mantenimiento correctivo y preventivo de los aparatos utilizados, entre los cuales está la plancha utilizada con un polo a tierra que presentó un corto circuito, cuya causa no provino por su culpa o negligencia, aclarando, que los instrumentos que se utilizaron eran todos de la ESE demandada, a quien le correspondía verificar técnicamente su funcionamiento, fabricación, y en general el buen estado de los mismos.

Propone como excepción la inexistencia de la obligación, pues de conformidad con lo expuesto, no resulta responsable del daño alegado con la demanda.

También propone la Falta de derecho para pedir, sobre la base de afirmar no ser responsable del accidente ocurrido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte demandante y el particular EDUARDO TORRES RAMOS recorrieron de manera oportuna el término para alegar de conclusión, en general ratificándose en los argumentos expuestos en la demanda y en la correspondiente contestación, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión (F. 809 reverso) se abstuvo de emitir concepto en el asunto de la referencia.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN.

Como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, en razón de ello se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

Excepciones

Considerando la Sala que las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir se basan en supuestos íntimamente ligados con el fondo del asunto, estas se entenderán resueltas una vez se solucione la controversia que se dirime.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Municipio de Arjona frente a su situación de demandado, considera la Sala que la misma encuentra vocación de prosperar, teniéndose en cuenta que la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente propio, capaz de comparecer por sí solo al proceso.

No encuentra entonces la Sala la necesidad de vincular al municipio de Arjona como demandado, por no estar legitimado en la actual causa por pasiva, de manera que así quedará constancia en la correspondiente resolutive.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

COMPETENCIA.

Es competente esta Corporación para resolver de fondo el presente asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 132 del C.C.A.

Caducidad

La presente acción fue iniciada oportunamente, en razón a que los hechos de los cuales se da cuenta en la demanda, encontraron ocurrencia, el 22 de junio de 2005, y la demanda fue presentada el 26 de octubre de 2006, de

manera que se entiende acorde al plazo de caducidad de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 del C.C.A.

Asunto de fondo.

Se demanda, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa, que se declare administrativamente responsable a la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, el MUNICIPIO DE ARJONA y a las personas naturales EDUARDO TORRES RAMOS y ORLANDO COGOLLO TORRES, y se les condene al pago de los daños y perjuicios causados a los actores, con ocasión de la falla del servicio de salud acaecida mientras se le prestaba atención médico quirúrgica a la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA.

Problema jurídico.

De la lectura de la demanda y del expediente que con ella se origina, observa la Sala que el *problema jurídico principal a resolver* es de tipo probatorio y se concreta a establecer si están o no demostrados en autos, los elementos que permiten declarar la responsabilidad del ente demandado, con ocasión de los hechos que plantea la parte actora y en especial, el nexo causal que permite hacer recaer una condena de índole patrimonial sobre entidades estatales.

Deberá entonces establecer concretamente la Sala, si la ESE demandada omitió el cumplimiento de obligaciones a su cargo, - relacionadas con el mantenimiento y el buen funcionamiento de los equipos a disposición de los galenos que prestan sus servicios a nombre de ésta - determinando si dicha omisión, tuvo relación directa con el hecho causante de los daños que se afirma sufrió la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA.

La tesis que erige la parte actora, es que en el proceso quedó demostrado que falló el servicio de la administración y que se encuentra probada la relación causal entre la irregular atención médico quirúrgica recibida por la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA en dicho ente, y la lesión permanente en su extremidad inferior que aún padece. De ahí, que estime dicha parte, que en el expediente están demostrados los elementos que han de soportar la declaratoria de responsabilidad pedida.

En ese contexto, y luego de revisar las pruebas obrantes en el proceso, se anticipa la Sala en señalar, que en el presente caso, aparecen demostrados en autos, los elementos que permiten declarar la responsabilidad del ente demandado, con ocasión de los hechos que plantea la parte actora, pues existen probanzas que permiten imputar el resultado lesión, a la falla del servicio prestado por la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA. En ese sentido, es claro que en el expediente se acreditó, que el daño antijurídico cuya reparación reclaman los actores, tuvo su causa en el actuar omiso del Estado.

A la anterior conclusión se arriba, con fundamento en los siguientes análisis normativos, fácticos y probatorios:

La responsabilidad extracontractual del Estado

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene su fundamento normativo superior en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone:

"ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. ..."

De acuerdo con lo anterior, para que la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en cualquiera de sus niveles, sea procedente, es imprescindible que pueda imputársele un daño antijurídico, ocasionado como resultado de la acción u omisión de alguna o algunas de las obligaciones a su cargo.

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que dicha responsabilidad opere, deben confluir los siguientes elementos²:

1. El Daño, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima y sin el cual no existe responsabilidad.
2. El Hecho Dañino, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

² Resumidas modernamente en los conceptos daño antijurídico e imputación.

3. El *Nexo Causal*, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

Por otro lado, la interpretación que se ha hecho del artículo 90 Superior, permite identificar como títulos de imputación del daño antijurídico, la falla en el servicio, en cualquiera de sus modalidades: probada y presunta; el riesgo excepcional y el daño especial; títulos que permiten ubicar al Juzgador en un escenario acorde con cada situación fáctica que se demande.

En el presente caso, dada la situación fáctica que se expone en la demanda, es indudable que la causa o título que permitiría imputar responsabilidad a las entidades demandadas, se encuadra en el régimen de falla probada.³

La responsabilidad extracontractual del Estado por omisión

En torno a la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de **daños causados a particulares como consecuencia de la omisión por parte de las autoridades públicas, del cumplimiento de las obligaciones a su cargo**, la

³ Específicamente sobre el tema de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud a cargo de la Administración Pública, se observa que el mismo ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años, puesto que inicialmente, se manejó con fundamento en el régimen de la falla probada tanto el daño proveniente del deficiente funcionamiento de los servicios médico asistenciales como el causado por actos médicos propiamente dichos, hasta que en 1992 la jurisprudencia de la Sala consideró que no podía dárseles el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, al acreditar los daños causados con ellos. Por esta razón, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió regendiéndose por la falla probada del servicio, que exige acreditar los tres elementos constitutivos de la misma, cuando se trataba de establecer una responsabilidad médica, o sea aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. etc. en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, la jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento "falla", presumiendo su existencia y radicando en cabeza del denunciante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio, acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero; este fue el régimen conocido como de la falla del servicio presunta. En sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente 11.878, la Sala consideró que la aplicación en términos tan definitivos del principio de las cargas probatorias dinámicas, así y como se venía manejando por la jurisprudencia, podía conducir a desvirtuar su propio fundamento, porque existían casos en los cuales "... los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente..." no tenían implicaciones técnicas o científicas, estando el paciente en mejores condiciones para probarlos, por lo cual lo precedente era que él lo hiciera y no que también en estos casos se invirtiera la carga de la prueba, porque precisamente en eso era que consistía la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas. Con relación al nexo causal entre el daño y la actividad de la Administración, también ha reiterado la Sala que el mismo debe aparecer debidamente acreditado puesto que el mismo no se presume, aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello "... que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar". CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BFCERRA Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil seis (2006) Radicación número. 68091-23-15-000-1995-00935-01(14400) Actor. UNO ANTONIO AMORTEGUI GUZMAN Y/O Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, basada en el artículo 90 en cita, ha señalado que el título de imputación aplicable es el de *falla del servicio*.

En ese sentido, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad estatal como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la desatención, por parte de una autoridad pública, de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, se ha señalado que es necesario efectuar, de un lado, el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo, por parte de la autoridad demandada en el caso concreto.

Acorde con lo anterior, corresponde determinar cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración, precisando en qué forma debió haberse cumplido ésta, qué era lo que a la autoridad podía exigirsele y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

En esa línea, es claro que la falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometer su responsabilidad, debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente".⁵

Así las cosas, una vez se ha establecido que la entidad responsable ha fallado en la prestación del servicio, debe precisarse si dicha falla produjo el daño, atendiendo para ello las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada - sólo será causa jurídica del daño aquélla que

⁴ Ver sentencias de la Sección Tercera, proferidas el 8 de marzo y el 29 de agosto de 2007 (Expedientes 16.052 y 27 434).

⁵ Consejo de Estado, Sala de la Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997 Exp. 11.764, M.P., Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

normalmente contribuye a su producción, es decir, que ha jugado un papel preponderante en su realización - y si existía o no, la posibilidad efectiva para la entidad demandada, de evitar el daño, interrumpiendo el proceso causal⁶.

En resumen, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa extracontractual por omisión: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a la entidad pública demandada y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica que habría tenido el cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta⁷.

Pruebas allegadas a autos.

Conforme a lo dicho en los acápites anteriores, establecido el título de imputación, debe la Sala analizar y valorar las pruebas allegadas a autos, las cuales constituyen la columna vertebral para la solución del problema jurídico que viene expuesto. Dichas pruebas, en lo relevante, son las siguientes:

- Historia Clínica expedida por la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, correspondiente a la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA. REGISTRO DE ANESTESIA Fecha: 22 /VI/2005. DIAGNOSTICO PRE – OPERATORIO: *Miomatosis uterina + eventración OPERACIÓN PROYECTADA: Histerectomía abdominal + eventorrafia con malla. Presenta cortocircuito la placa del electrobisturí / No hubo alarma del aparato / Quemadura eléctrica / Manejo por cirugía. DIAGNOSTICO POST – OPERATORIO: Idem + Quemadura eléctrica en pie. OPERACIÓN REALIZADA: Histerectomía abdominal + eventorrafia +...en pie.*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, Exp. 12.789 M.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00083-01(T6310) Actor: EDUARDO GUSTAVO CERVANTES Y OTROS. Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA - APELACION SENTENCIA

CIRUJANOS: Dres...E. Torres/ O. Cogollo INSTRUMENTADORA: CELINA MENDEZ.
ANESTESIOLOGO: ...Carrasquilla. AUXILIAR DE ANESTESIA: Johana Diaz...

- HOJA DE INFORME QUIRURGICO...Quemadura eléctrica en pie derecho aproximadamente 5% SC Operación practicada: Lavado quirúrgico de quemadura....vendaje con gasa furacinada algodón laminado y venda elástica. Se deja hospitalizada....
- HOJA DE EVOLUCIÓN MÉDICA: 26/06/05 IDX: Quemadura eléctrica....de pie derecho ..Pcte estable.....Buena evolución...herida en buenas condiciones generales.
- Formato de Epicrisis a nombre de la señora ARLET VILLADIEGO de fecha 13 de agosto de 2005, en la que se logra leer: Pcte con quemadura grado B...pie derecho se programa para lavado TRATAMIENTO HOSPITALARIO: Lavado Qco....pie derecho...lavado exhaustivo con S.F + yodo...furacina + vendaje Pcte tolera procedimiento.
- Hoja de notas de enfermería de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA a nombre de la señora ARLET VILLADIEGO, y firmadas por la mencionada, con fechas que van desde la fecha de la cirugía en donde ocurrió el accidente, esto es, 22 de junio de 2005, hasta el 14 de marzo de 2006, (F. 449 a 460), así:

22/06/05 Corte y ligadura de ligamento utero ovárico.... se extre utero...se cierra cúpula vaginal...se realiza incisión mediana infraumbilical, disección lateral, se identifican bordes ...se coloca malla...durante el procedimiento quirúrgico se presentó cortocircuito con la placa del electrobisturi, no hubo alarma del aparato y se produjo quemadura a la paciente en pie derecho...continua procedimiento quirúrgico: se procede cerrar cavidad abdominal plano por plano se deja diem en la hherida quirúrgica...se procede a realizar lavado exhaustivo quirúrgico y debridamiento de quemadura de 2° a 3° en pie derecho se realiza vendaje con gasa furacinada, algodón laminado y venda elástica. Termina procedimiento quirúrgico sin ninguna complicación, se traslada a la paciente a sala de recuperación, consciente, orientada, con líquidos. (Negritas y Subrayas de la Sala)

- Registro y notificación de curaciones y tratamiento antibiótico suministrado en domicilio de la paciente: Arleth Villadiego: Junio 27 a julio 6/05: paciente femenina, manifiesta sentir ardor en herida ubicada en pie derecho tipo quemadura grado B, se realizan curaciones con técnica aseptica utilizando isodine espuma y rifocina spray.

En lo correspondiente a los restantes días de julio y al mes de agosto de 2005 se destaca: es valorada por médico Orlando Cogollo quien ordena oxacilina c/6 horas para evitar infección de la herida, se realizan curaciones diarias 2 veces al día y se administra tto ordenado... Agosto 13 al 16 es hospitalizada para debridar tejido en área afectada, atendida por Dr. Orlando Cogollo... Agosto 16/05: se da de alta con tratamiento de ciprofloxacina ampolla c/12 horas en casa, se administra tratamiento ordenado y se realizan curaciones diarias 2 veces a día. Agosto 29/05 a Agosto 31/05 La paciente se resiste al tratamiento. No se administra.

Septiembre 1/05: es valorada por Dr. Orlando Cogollo y médico dermatologo quien ordena curaciones con parches de fitoestimuline... Octubre 31/05 a noviembre 30/05: es valorada por Dr. Orlando Cogollo quien ordena continuar con parches de fitoestimuline y curaciones cada 2 días y lavados en zona afectada...se cumple orden dada. Noviembre 30 a Dic 16/05: Es valorada por Dr. Cogollo quien ordena curaciones diarias con panela estéril. Se cumple orden dada. Diciembre 19/05 a Dic 30/05 : La paciente manifiesta no querer que se le realicen curaciones...visita a un dermatólogo quien le ordena crema hebermil se niega a ser curada con panela estéril y se administra por sus propios medios tratamiento ordenado por dermatólogo. Se continúan curaciones diarias con técnica aséptica ...10 Enero a 20 enero 06: La paciente refiere no querer hacerse curaciones con panela. Se realizan curaciones con isodine espuma, agua esteril...Febrero: paciente con herida en pie derecho en proceso de cicatrización...se le realizan curaciones...la paciente se rehúsa a firmar la curación que se realiza. 10: 02/06: se realiza curación... 28/02/06: A partir de la fecha la Señora Arleth Villadiego se rehúsa a realizarse la curación correspondiente y manifiesta que no se le siga curando, que ella se lo realizaría. 14-03-06: Se deja a la Sra con herida en proceso de cicatrización con un diámetro de +-4 cm miembro inferior derecho...esta no desea que se le siga curando por personal de esta institución. Firma: Noris Arteaga Osorio Enfermera Jefe S.S.O.

- Formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez expedido a nombre de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, en el que se determina como porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral el 54.35%.
- A folio 95 figura formato de contrato de trabajo a término fijo, identificándose como empleador a la señora ARLET VILLADIEGO FIGUERIA y como trabajador a EDITH VILLADIEGO FIGUEROA con salario de \$ 100.000 y fecha de iniciación de labores de 30 de junio de 2005 a 30 de junio de 2007. Igualmente a folios 100 a 127 figuran múltiples recibos a nombre de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUERIA por concepto de transporte en mototaxi dentro de la municipalidad de Arjona entre octubre de 2005 y abril de 2006, así como factura a nombre de la señora Mariela Valenzuela por concepto de venta de vitrina en aluminio por valor de \$ 250.000 y formatos de abono de venta oficial de ganado figurando como vendedor el señor Antonio Guardo.
- A folio 796 a 799 se observan constancias de diligencias de testimonios fallidas por inasistencia de los citados.

Por lo anterior, la Sala tendrá por demostrado lo siguiente:

La señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA ingresó por atención quirúrgica programada a la ESE Hospital Local de Arjona el día 22 de junio de 2005 presentando como diagnóstico pre operatorio: Procedimiento de *Histerectomía y Eventrofia*.

Efectivamente, ese mismo día ingresa a cirugía, no obstante, – en el intraoperatorio – se presenta una falla eléctrica en la plancha del electro bisturí que se encontraba sobre el pie derecho de la paciente, causando una lesión sobre tal extremidad. Que tal suceso sólo es advertido por los médicos una vez la quemadura compromete un amplio porcentaje del pie, quienes debieron interrumpir la cirugía programada para atender el imprevisto.

Atendiéndose por parte de los médicos cirujanos la herida de quemadura bajo el protocolo médico previsto, se continúa con la cirugía para la que fue programada, la cual finalizó según lo esperado.

Posterior a la cirugía, la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA queda hospitalizada en la ESE Hospital Local de Arjona para que se le brinde el manejo y el tratamiento de la herida (quemadura).

A partir del 27 de junio de 2005 la ESE demandada continua suministrando tratamiento de antibiótico y curaciones desde el domicilio de la paciente, siendo ésta posteriormente hospitalizada en la misma entidad para proceso médico de debridación del tejido en el área quemada y posterior a ello personal de enfermería de dicho Hospital, continúa con los procedimientos prescritos por el médico tratante (Dr. Orlando Cogollo) de manera domiciliaria, durante 7 meses, hasta que finalmente, en febrero de 2006, la paciente se rehúsa a seguir recibiendo atención por parte de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA.

De la mano de los supuestos probados, pasa la Sala a analizar los elementos de la responsabilidad, de cara a establecer la existencia de un daño antijurídico, imputable a la demandada.

El Daño:

Sin daño, no hay responsabilidad, de ahí, que sea el primero de los elementos que debe analizarse en juicios de este tipo, en la medida en que es el daño, lo que se atribuye o imputa al ente estatal.

En el presente caso, tal como ha quedado analizado, está demostrado, que la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA fue víctima del irregular funcionamiento de instrumento quirúrgico denominado electro bisturí, que hacía parte del haber médico dentro de la ESE estatal demandada, demostrándose igualmente que en efecto fue tal elemento el que le causa la quemadura eléctrica recaída sobre su pie derecho.

El mencionado daño resulta antijurídico en la medida en que la afectada no tiene el deber de soportarlo.

El daño producto de un hecho imputable a la ESE demandada

Para efectos de atribuir responsabilidad y con fundamento en la valoración de los medios de prueba que integran el proceso, debe establecerse si efectivamente fue demostrado por la parte actora, que el daño provino de una falla en el servicio.

Al respecto, y sin perder de vista la Sala lo expuesto acerca de la responsabilidad extracontractual por omisión, se detiene la Sala en este punto de la controversia para precisar, que no obstante haberse demandando a varias personas naturales y jurídicas a fin de obtener una condena solidaria, lo cierto es que - de conformidad con lo que ha quedado evidenciado en el proceso -, al Municipio demandado no le asiste responsabilidad en el asunto, y, en el caso de los galenos que se encontraban realizando la cirugía bajo la especialidad de medicina interna y ginecología, esto es, los Doctores Eduardo Torres y Orlando Cogollo, no puede atribuírsele responsabilidad.

Las reglas de la experiencia indican, que en los procedimientos quirúrgicos prescritos, el galeno (s) llega a la Sala de Cirugía a ejecutar el "acto médico" para el que previamente ha existido programación. Se encuentra a su disposición un personal de la misma área de la salud como es el anestesiólogo, enfermeros, auxiliares de enfermería e instrumentador quirúrgico, quienes pese a no intervenir de manera directa en la cirugía, rodean dicho acto médico de manera pre, intra y post operatoria, de manera que la actividad desplegada en torno a una cirugía adquiere una amplia connotación, teniéndose en cuenta todos los actos que esta se ejecutan, así como la cantidad de personas que en la misma pueden llegar a intervenir.

El Consejo de Estado⁸ ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a lo señalado, así:

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011) Radicación número: 17001-23-31-000-1996-7003-01(20374) Actor: LUIS EVELIO OSPINA FRANCO Y OTROS Demandado: NACION- MINISTERIO DE SALUD Y OTROS Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

FALLA MEDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD MEDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / ACTO MEDICO - Carácter complejo. Carácter integral / ACTO MEDICO - Acto médico propiamente dicho / ACTO MEDICO COMPLEJO - Actos anexos

Cabe señalar que conforme a jurisprudencia reiterada de la Sala, la responsabilidad patrimonial por los daños causados con ocasión de la actividad médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado "acto médico complejo", la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente, son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.

Según lo anterior, y de cara a lo que resultó probado en el caso de marras, resulta claro para la Sala, que el suceso que desencadenó el daño en la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA no se ubica dentro de acto puramente médico

(cirugía: *Histerectomía y Eventorrafia*), pues el mismo obedeció a una falla que se presentó en la plancha o base del electro bisturí que estaba a disposición de la Sala de Cirugía donde se encontraba anestesiada la paciente.

No existe constancia en el expediente de que los médicos cirujanos hubiesen manipulado el electro bisturí durante la cirugía o que en un acto de negligencia y posterior a su uso, los galenos hubiesen dejado encendido el aparato sobre el cuerpo de la paciente, siendo en todo caso forzoso concluir – en virtud de la sana lógica –, que, aún teniéndose por demostrado tal supuesto, un aparato eléctrico encendido no causa quemaduras ante su contacto, y menos aún, si su destinación implica una manipulación constante.

De otra parte, y en cuanto al interrogante que surge de la ubicación del aparato sobre el pie derecho de la paciente, se impone igualmente concluir, que no son los médicos quienes ubican los elementos quirúrgicos en la Sala de Cirugía, pues de ello se encarga la instrumentadora quirúrgica; de manera que no existiendo constancia de haberse utilizado el elemento durante la *histerectomía y eventorrafia* que se le practicó a la paciente Villadiego Figueroa, tampoco podría estructurarse responsabilidad sobre los médicos por tal supuesto.

En todo caso cabe la aclaración, que en una Sala de cirugía los Instrumentos que pueden llegar a utilizarse en el procedimiento médico siempre se encuentran en inmediaciones del cuerpo de la paciente, hecho éste que no tendría porque generar prevención en el cuerpo médico que los utiliza, más allá de las precauciones propias que se toman cuando éstos son manipulados.

Ahora, no desconoce la Sala que la misma jurisprudencia del Consejo de Estado en relación a la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico, ha preceptuado

FALLA MÉDICA - Actividades conexas. Eventos / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Actividades conexas. Eventos / RESPONSABILIDAD MEDICA - Actividades conexas al acto médico. Eventos / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO

**ASISTENCIAL - Actividades conexas al acto médico. Eventos /
ACTIVIDADES CONEXAS AL ACTO MEDICO - Responsabilidad del estado.
Eventos / ACTO MEDICO CONEXO - Responsabilidad del estado. Eventos**

En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicha, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria.

No obstante lo referenciado, y pese a que en el presente caso las pruebas recaudadas son indicativas de que la irregularidad o falla recaída en el equipo eléctrico se produce por un cortocircuito, lo que a su vez denota una falta de mantenimiento de tal aparato, se descarta aquí la falta médica ante la teoría del acto médico conexo, prevaleciendo en cambio la falta del servicio por omisión, pues como arriba quedó indicado, el aparato que produce el daño no estaba siendo utilizado en el acto médico desempeñado por los galenos tratantes de la paciente ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, y éste simplemente hacía parte de los elementos dispuestos en la Sala de cirugía.

Es por todo lo anterior, que también se descarta la responsabilidad de los Doctores Eduardo Torres Ramos y Orlando Cogollo Torres.

Pues bien, bajo el anterior hilo conductor se continúa analizando la responsabilidad de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, por haber omitido el cumplimiento de obligaciones que le son exigibles⁹; debiendo analizarse igualmente la relevancia de la falta, su preponderancia o suficiencia en el proceso causal de producción del daño, aspecto en el que resulta pertinente determinar si para la administración era posible evitar el daño, interrumpiendo, con el cumplimiento de su deber, el proceso causal.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, C P Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 16310.

En primer lugar, precisa la Sala que las Empresas Sociales del Estado, acorde con lo establecido en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud y se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y a las normas que las complementen, sustituyan o adicioneen.

La naturaleza de estas entidades está contemplada en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 que reza: "Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo."

La ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, como empresa encargada de la prestación del servicio de Salud en el Municipio de Arjona, - como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social y en el marco de la política pública de Salud - tiene el deber legal de suministrar un buen servicio de salud; expresión esta que comprende evitar toda situación que haga indigna la existencia humana, y que en términos generales dificulte la óptima prestación del aludido derecho, siendo responsable de tal prestación y de toda la actuación médica que se desarrolle en sus instalaciones.

Para el desarrollo de su actividad y a través del régimen de contratación que les es propio debe "preparar" la prestación del servicio médico, lo cual abarca, entre muchas otras responsabilidades a su cargo, vincular a la entidad el personal médico, administrativo y de labores, y garantizar la disponibilidad de insumos, así como su mantenimiento de ser por estos requeridos.

Dentro de tales insumos se encuentran aquellos de naturaleza médica, los cuales,- bajo el principio de confianza - son utilizados por el personal que desarrolla la actividad.

En el caso concreto quedó demostrado que se presentó un corto circuito sobre la base o plancha del electro bisturí que estaba a disposición de la Sala de

cirugía donde los médicos EDUARDO TORRES y ORLANDO COGOLLO le realizaban una cirugía a la paciente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, ARLET VILLADIEGO FIGUEROA.

Igualmente, el análisis probatorio realizado lleva a la Sala a concluir, que la causa del daño que sufrió la hoy demandante, fue a causa del mal estado del equipo eléctrico en cita, que además, para el momento en que ocurre el suceso no contaba con un sistema de alarma que previniera acerca del mal estado en que se encontraba.

Le asistía entonces a la ESE demandada demostrar, que dicho aparato de electrocirugía para el momento en que ocurren los hechos se encontraba en optimas condiciones y que al mismo se le prestaba el adecuado mantenimiento, o; que pese a lo anterior, mediando una fuerza mayor traducida en una falla eléctrica en todo el Hospital – lo que no se evidencia de autos -, hacia inevitable la falla eléctrica específicamente en el aparato denominado Electro Bisturí, que, ni aún con el mantenimiento, revisión periódica o reemplazo del aparato, hubiese podido evitarse.

Lo anterior no ocurre, echándose de menos una defensa en tal sentido por parte de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, siendo entonces forzoso concluir, que el hecho es imputable a la mencionada ESE, por cuanto a ella le correspondía el mantenimiento de equipos e instrumentales que estaban al servicio de sus agentes, de manera que cualquier tipo de suceso de la índole descrita en el presente caso, le era imputable, debiendo descartarse la configuración de la fuerza mayor, dado que no existe probanza de un daño eléctrico general, sino que se tiene conocimiento de una irregularidad o falla técnico eléctrica que se produce específicamente en el electro bisturí que se encontraba en la Sala de Cirugía donde estaba siendo atendida la señora Villadiego Figueroa.

De manera entonces que la causa eficiente del daño, lo fue la omisión por parte de la administración, quien debió tomar las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del accidente a través de una labor de mantenimiento en sus equipos e instrumentales, que hubiese permitido la reparación o el remplazo del aparato médico al que viene haciendo referencia, evitándose así el daño.

De conformidad con lo expuesto, la Sala accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la respectiva liquidación, previas las siguientes consideraciones en materia de falta de legitimación en la causa por activa de algunos de los demandantes.

Indemnización de perjuicios

ANTONIO VICTOR GUARDO VELASQUEZ

Figura el mencionado demandante como compañero permanente de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, sin embargo, además de la declaración extra juicio que rinde el señor RAYMUNDO HERAZO BELTRAN (F. 133) no existe ninguna otra probanza que dé cuenta de la relación marital de hecho que se afirma en la demanda como vínculo que legitimaría para actuar por activa; ni ratificación de tal dicho mediante testimonios rendidos en la presente instancia judicial.

Recuerda la Sala, que las declaraciones extrajudiciales como la referenciada, por su falta de contradicción constituyen una prueba incompleta, careciendo éstas del lleno de las formalidades legales, lo que les da el carácter de sumaria.

Se abstuvo igualmente la Sala de analizar las documentales contenidas en las copias parciales de la investigación penal adelantada en la FISCALÍA LOCAL VEINTIDOS DE TURBACO con ocasión de los hechos objeto de la presente demanda, que reposa en el expediente, pues tales documentos, al no haber sido solicitados por la parte contra quien se aduce, ni con audiencia de esta, no pueden tomarse como válidamente trasladados¹⁰, de conformidad con la preceptuado en el artículo 185 del C.P.C; contenido normativo que por principio de remisión debe ser atendido.

EDITH VILLADIEGO FIGUEROA

La mencionada demandante aduce en la demanda su condición de hermana de la víctima directa; sin embargo, no figura en el expediente el correspondiente registro civil de nacimiento; en ese sentido, la prueba solemne de su filiación, está ausente de autos, pues no se aportó con la demanda, ni se hicieron

¹⁰ Sobre prueba trasladada, ver, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01075-01(18109). Actor: ARGEMIRO RINCON OLAYA Y OTRO, Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA APELACION SENTENCIA.

esfuerzos para traerla, de manera, que no es viable tener por demostrado el parentesco en el que se soporta su reclamo, lo que conduce a concluir que el carácter personal del daño no quedó acreditado y que por tanto, no cumple dicha actora con el presupuesto de legitimación por activa, necesario para sustentar su relación sustancial con la causa.

De igual manera, tampoco existen declaraciones que den cuenta de dicho parentesco, y que eventualmente permitirían considerar una condena supeditada al aporte del medio idóneo de convicción para el parentesco, ante la entidad, para efectos de su cobro.

En virtud de lo anterior, frente a esos demandantes, -, ANTONIO VICTOR GUARDO VELASQUÉZ y EDITH VILLADIEGO FIGUEROA -, al no estar legitimados para actuar las pretensiones en lo que a estos concierne deberán denegarse, sin más análisis, las pretensiones de la demanda¹¹.

Acerca del Daño Emergente.

En cuanto al daño emergente consistente en el pago de los gastos en que se incurrió con ocasión de la lesión padecida por la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, como a juicio de la parte actora resultan ser los gastos por concepto de transporte y venta de bienes, considera la Sala que no hay prueba en autos de ello, lo que impide su reconocimiento.

Al respecto debe decirse, que si bien las facturas y recibos que quedaron relacionados constituyen evidencias de pagos hechos por los conceptos indicados, estima la Sala que no es procedente acceder a su reconocimiento, en la medida en que no se trata de erogación que emerja necesariamente de la lesión de la víctima directa.

Cuantificación de los perjuicios inmateriales a reparar.

Daño Moral.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA Consejero ponente ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., tres (3) de febrero dos mil diez (2010) Radicación número. 70001-23-31-000-1996-95582-02.

Actualmente, según lo ha venido expresando el Consejo de Estado, la fijación de la indemnización del perjuicio moral debe hacerla el juzgador en cada caso, según su prudente juicio y teniendo en cuenta como parámetro, la imposición de condenas por la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, en los eventos de mayor grado¹².

Por lo anterior, tomándose en consideración los criterios o pautas de cuantificación señalados por el consejo de Estado para el caso de los lazos afectivos que se presumen existir entre padres, hijos y hermanos, tomando como tope máximo la suma equivalente a 100 S.M.L.MV., pero sin desconocer lo expresamente pedido con la demanda, estima la Sala reconocer por concepto de perjuicios morales para la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA – como víctima directa – la suma equivalente a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y para sus hijas MARTHA TERESA GUARDO VILLADIEGO y ARLEDYS GUARDO VILLADIEGO la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una, bajo el entendido que el patrimonio moral de éstas se vio afectado, traduciéndose en un impacto producido en la psiquis de quien padece la lesión y de aquellos que le profesaban un profundo cariño. El valor del salario mínimo legal mensual será el vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Daño a la Salud.

Considerando el daño a la salud como aquel que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica y que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., resulta procedente en el presente caso hacer tal reconocimiento, teniéndose en cuenta que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será viable establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto.

¹² Exp. 13.232-15.646 (acumulados) actores: Belén González y otros y William Alberto González y otro. Demandado: Nación (Ministerio de Transporte). ¹³ Así ha discutido la Sala, mediante sentencias dictadas el 29 agosto de 2007, exp. 16.052 y de septiembre 2 de 2009, exp. 17.827, entre otras.

Lo anterior acudiendo al más reciente criterio que por vía jurisprudencial ha quedado fijado, pues para los conocidos daños inmateriales distintos al moral opera la precisión de que en realidad comporta un daño a la salud, según su denominación actual¹³:

DAÑO A LA SALUD - Afectación a la integridad psicofísica. Ámbitos físico, psicológico y sexual / DAÑO - Valoración daño corporal / DAÑO A LA INTEGRIDAD PSICOFISICA - Perjuicios que se pueden reclamar / PERJUICIOS QUE SE PUEDEN RECLAMAR POR DAÑO A LA INTEGRIDAD PSICOFISICA - Moral, materia y daño a la salud

El "daño a la salud" –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

DAÑO A LA SALUD - Contenido y alcance primigenio / DAÑO A LA SALUD - Desplaza por completo las otras categorías de daño Inmaterial. Daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia / PERJUICIOS INMATERIALES - Daño moral y daño a la salud

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readaptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e

¹³ Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 38.222. M.P. Enrique Gil Botero Sección Tercera.

igualdad. En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

Para la Sala no cabe duda que la lesión que aqueja de manera permanente a la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA tiene relación directa con los hechos acaecidos el 22 de Junio de 2005, las cuales le producen una disminución de su capacidad laboral del cincuenta y cuatro punto treinta y cinco por ciento (54.35%) y como secuelas definitivas: *médico legales deformidad física que afecta el cuerpo, de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la deambulación - PATOLOGÍA DE PIEL (QUEMADURA) CON LIMITACIÓN FUNCIONAL* según se infiere en el dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar. (F. 801 a 804).

Bajo el anterior hilo conductor, y teniéndose como vía para establecer como criterio de valoración del daño a la salud la aplicación de una regla de tres, -teniéndose en cuenta que a la mayor incapacidad le corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes - y en este caso la incapacidad se traduce en un 54.35%, se permite la Sala, en virtud del principio del *arbitrio iuris*, tasar la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA en 217 SMMLV, que resulta de multiplicar el porcentaje de la aludida incapacidad por el valor tope¹⁴ entre un porcentaje de 100%.

Quantificación de los perjuicios materiales a reparar

Lucro cesante.

La pérdida de la capacidad laboral de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA fue establecida en 54,35%, y la base del salario para la liquidación es el salario

¹⁴ "No se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV". Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Rad. 38.222. M.P. Enrique Gil Botero Sección Tercera.

mínimo legal mensual vigente para la época de producirse el daño, toda vez que si bien se afirma en la demanda que el oficio desempeñado por ésta era el de panadera, no existe prueba acerca de lo devengado por ejercer tal actividad, se presume entonces, que como persona sana con plena capacidad productiva, por lo menos habría devengado un salario mínimo¹⁵.

En consideración con el principio de reparación integral del daño consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la Sala aplicará el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia, dado que la actualización de aquél que aplicaba para la época en que ocurrieron los hechos, resulta inferior al valor actual del salario, esto es \$589.500¹⁶, por lo que se tomará éste último como base para el cálculo de la liquidación de perjuicios. A este salario se le incrementará un 25% por concepto de prestaciones sociales, toda vez que su reconocimiento opera por disposición legal.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, la condena se debe calcular sobre el 100% de la renta para la persona que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral "entendida esto como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en su trabajo habitual (Decreto 917 de 1999, arto 2, lit. c)"¹⁷. En este sentido, como quiera que la disminución en la capacidad laboral de ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, fue del 54,35% de acuerdo con el concepto médico legal expedido por la Junta Regional de Invalidez de Bolívar, la indemnización se reconocerá por la totalidad del salario mínimo legal mensual vigente, dado que se trata de una lesión invalidante.

Así las cosas, el salario base de liquidación es de \$ 589.500 y, sumándole un 25% correspondiente a prestaciones sociales, asciende a la suma de \$736.875.

Bases para la liquidación.

¹⁵ Sobre este aspecto ver entre otras sentencias Rad. 14178 MP German Rodriguez Villamizar Sentencia Rad. 20294 M.P Enrique Gil Botero Sentencia Rad. 17376 M.P Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ Salario mínimo legal mensual vigente para Colombia en el año 2013.

¹⁷ Entre otras, pueden consultarse las sentencias del H. Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2004, expediente 18.273 y de 5 de diciembre de 2005, exp: 13.339

Lesionada : Arlet Villadiego Figueroa
Fecha de los hechos : 22 de junio de 2005
Fecha nacimiento : 1 de julio de 1960
Vida probable : 41.8 años (501,6 meses): Resolución 1555/10.

La liquidación comprenderá dos períodos, el debido o consolidado que abarca el interregno transcurrido desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la fecha de la presente providencia y el futuro o anticipado que corresponde al período de tiempo comprendido entre el día siguiente de la fecha de la presente sentencia y la vida probable de la víctima, con base en las siguientes formulas:

INDEMNIZACIÓN DEBIDA:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la suma resultante del período a indemnizar.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$736.875

i= Interés puro o técnico: 0.004867.

n= Número de meses que comprende el período indemnizable desde la fecha de ocurrencia de los hechos (22 de julio de 2005) hasta la fecha de la sentencia (6 de diciembre de 2013), esto es, 100,46 meses.

$$S = \$736.875 \frac{(1 + 0.004867)^{100.46} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$95.179.397,72.$$

INDEMNIZACIÓN FUTURA:

La señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA para la fecha de ocurrencia de los hechos contaba con 44 años de edad, por ende, tenía un período de vida probable o esperanza de vida igual a 41.8¹⁸ años equivalentes a 501,6 meses. Para efectos de la liquidación se descontará el número de meses que fueron liquidados en el período consolidado 100.46 meses, para un total de meses a indemnizar de 401.14 meses.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$
$$S = \$736.875 \frac{(1+0.004867)^{401.14} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{401.14}}$$
$$S = \$129.810.194.$$

Por lo antedicho, el total por concepto de indemnización por perjuicios materiales lucro cesante a favor de la demandante ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, asciende a la suma \$224.989.591,7., y así será reconocido.

Se declarará entonces la responsabilidad de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes que acreditaron su causación y se condenará a dicha entidad a la reparación integral de dichos perjuicios; se negará las demás pretensiones de la demanda y en especial las que tienen como titulares a los señores ANTONIO VICTOR GUARDO VELASQUEZ y EDITH VILLADIEGO FIGUEROA.

Lo anterior teniéndose en cuenta que el daño al cual se ha hecho referencia, fue producto del actuar negativo de la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA, y que permiten concluir que están dados los supuestos de la falla del servicio alegada, teniéndose acreditado el supuesto de imputación, con el cual es viable declarar la responsabilidad estatal, en la medida en que hay causalidad entre el daño y el accionar del ente estatal.

En ese orden, las distintas reseñas médicas traídas a autos, son demostrativas de que la lesión causada en el pie derecho de la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA es imputable a la ESE demandada, y el punto de debate que se

¹⁸ Resolución No. 1555 del 30 de julio de 2010. Superintendencia Financiera.

circunscribe a una reparación por el daño atribuible a una omisión en el servicio, queda comprobado, teniendo en cuenta la calificación de las circunstancias que se deducen del material probatorio obrante en autos.

COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 004 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERA: DECLARAR responsable a la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA por los perjuicios morales y materiales causados a los demandantes por la lesión causada a la señora ARLET VILLADIEGO FIGUEROA.

SEGUNDO: CONDENAR a la ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA a pagar por concepto de **perjuicios morales**, las siguientes sumas:

Para ARLET VILLADIEGO FIGUEROA, cincuenta y cuatro (54) S.M.L.M. V.

Para MARTHA TERESA GUARDO VILLADIEGO – treinta (30) S.M.L.M.V

Para ARLEDYS GUARDO VILLADIEGO – treinta (30) S.M.L.M.V.

El equivalente a las anteriores sumas se pagará, a cada una de las personas citadas, conforme al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: A título de daño a la salud o perjuicio fisiológico, **CONDENAR** a la **ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA** al pago de la suma de 217 SMMLV a favor de ARLET VILLADIEGO FIGUEROA.

CUARTO: CONDENAR a la **ESE HOSPITAL LOCAL DE ARJONA** a pagar por concepto de **perjuicios materiales**, las siguientes sumas:

ARLET VILLADIEGO FIGUEROA: la suma de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL, NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS \$224.989.591,7 en la modalidad de lucro cesante histórico o debido y futuro.

QUINTO: Se exonera de responsabilidad frente a la causa aquí decidida, al MUNICIPIO DE ARJONA y a los señores EDUARDO TORRES RAMOS y ORLANDO COGOLLO TORRES, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: No hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

OCTAVO: CÚMPLASE la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C.A.

NOVENO: Si no fuese apelada la presente providencia, acorde con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 184 del C.C.A, en consideración al monto de la condena impuesta, consúltese esta sentencia ante el H. Consejo de Estado.

DÉCIMO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

DÉCIMO PRIMERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, procédase al archivo de las diligencias, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobada en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORG ENECER FANDIÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0018
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2009-00104-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO,
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Diciembre Seis (6) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 3 2 6/2013

Tema: Prima Técnica

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-012-2009-00104-01
Demandante: ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias D.T. y C., que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

"1° Mediante sentencia se declare la nulidad del acto administrativo No 000583 de fecha 24 de octubre del 2.005, por medio del cual el señor Secretario de Educación Departamental de Bolívar, niega la reactivación y pagar la prima técnica, a mi poderdante.

2° Que por sentencia se ordene la asignación y reactivación de la prima técnica, a mi poderdante, de los años 1.994. 1.995, 1.996, 1.997, 1.998, 1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004 y 2.005 respectivamente más los años subsiguientes ya que se trata de una remuneración periódica, por parte del señor Gobernador del departamento (sic) de Bolívar, teniendo en cuenta los requisitos exigidos por el decreto 1661/91 y resolución No. 03528/93. y la No. 05737/94.

3° Que por sentencia se ordene a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, el pago de la prima técnica, a mi poderdante, de los años 1.994. 1.995, 1.996, 1.997, 1.998, 1.999, 2.000, 2.001, 2.002, 2.003, 2.004 y 2.005 y los años subsiguientes y se le pague periódicamente, mensualmente, igual como lo están percibiendo los compañeros de mi poderdante, conforme al porcentaje obtenido en los resultados de sus evaluaciones.

4° Que por sentencia se ordene el pago de la devaluación sufrida en el peso colombiano, intereses e indexación, desde el momento en que se debió cancelar la prima técnica hasta el momento en que se dicte la respectiva sentencia.

5° Que por sentencia se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales de mi poderdante, (auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, primas, vacaciones y demás), teniendo en cuenta que la prima técnica se constituye en salario, desde 1.994, fecha en que se debió pagar este beneficio económico.

(...)."

HECHOS

Los fundamentos fácticos de la demanda se pueden resumir en los siguientes:

La actora, se desempeña como administrativo de la educación, prestando sus servicios en el Colegio Nacional Pinillos Mompox, adscrito a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar desde el 21 de diciembre de 1987; actualmente se encuentra inscrita en el escalafón de la carrera administrativa.

Afirma, haber solicitado en el momento oportuno, la reactivación y pago de la prima técnica por llenar los requisitos exigidos, sin embargo, señala que la administración siempre le ha negado el reconocimiento y pago de la prima técnica, sin ningún fundamento legal.

Alega además, que para el año de 1994, la de Educación Departamental, otorgó prima técnica a sus empleados, dejándola por fuera, sin justificación alguna.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante considera que mediante la expedición del acto administrativo se violaron las siguientes disposiciones normativas:

1. Constitución Política: Artículos 2 inc. 2 - 13 inc 1.
2. Ley 200 de 1995: Art. 39 num. 5º.
3. Decreto 1661 y 2154 de 1991.
4. Resolución No 3528 de 1993.
5. Resolución No 05737 de 1994.

En cuanto a la violación del inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Política, señaló:

"En el caso que nos ocupa, mi mandante ha sido desprotegido por el Gobierno Departamental. Un derecho que adquirió al momento de reunir todos los

requisitos exigidos por las normas correspondientes, como es la prima técnica, hoy son desconocidos por el departamento sin un fundamento legal.

Señala la secretaría de Educación que por haberse expedido el decreto 1724 de julio de 1.997, a mi poderdante no le asiste el derecho, y "...hacia el pasado tampoco es posible, porque el término para reclamar el derecho que a ella pudiera tener se encuentra prescrito..."

(...)

Mi poderdante ha demostrado que está vinculado antes del 1 de julio de 1.997, la misma Administración Departamental expide documento de tiempo de servicio y certifica (acta de posesión), que mi mandante ingresó a laborar el 21 de diciembre del año 1.987. Luego este reconocimiento al tenor de la sentencia ratifica su derecho al reconocimiento de la prima técnica.

Por otra parte señaló:

(...)

En este orden de ideas se puede colegir, que abrazando la normatividad expuesta mi poderdante ingresó a la administración pública en noviembre 29 de 1.994, es decir antes que se expidiera el decreto 1724 de 1.997, que la Secretaría de Educación arguye para negar la prima técnica. Para este momento histórico mi mandante se encuentra vinculado a la administración en la modalidad de libre nombramiento y remoción. Si retomamos la Resolución No. 03528 de 1.993, se afirma que son objeto de asignación de prima técnica los empleados inscritos en carrera y los libre nombramiento y remoción. Luego mi mandante llena este requisito."

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada del Departamento de Bolívar, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que la administración departamental a través del Secretario de Educación ha querido respetar las normas mediante las cuales se definen conceptos y se reglamentan los requisitos para acceder a la prima técnica por parte de los empleados públicos.

Afirma que no es otra la intención de negar las solicitudes de esta prestación social, sino ceñirse a la ley y evitar así un detrimento patrimonial de las arcas públicas y proteger con ello la condición de una entidad que adolece de recursos financieros.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 26 de abril de 2013, la Juez Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO. *Declarase inhibido para pronunciarse sobre las pretensiones encaminadas al reconocimiento de la prima técnica para los años 1994, 1995, 1996 y 1997.*

SEGUNDO: *Declarar la nulidad del acto administrativo No. 000583 del 24 de octubre de 2005, expedido por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la Prima Técnica a la demandante.*

TERCERO: *Como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, que reconozca a la actora la prima técnica por evaluación de su desempeño.*

CUARTO: *Declarar probada officiosamente la prescripción del derecho con anterioridad al 12 de septiembre de 2002, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.*

QUINTO: *Condenar a la demandada al pago de la prima técnica por los periodos correspondientes desde el 12 de septiembre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2004, y los periodos subsiguientes si a ello hay lugar*

conforme a la calificación del desempeño de la actora. Se exceptuaran de dicho pago los años 2001 y 2005, por no encontrarse acreditadas.

...

SÉPTIMO: *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

(...)."

Sostiene la Juez de primera instancia que, la actora para los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, se encontraba desempeñando en propiedad el cargo de Auxiliar de Servicios Generales en la Institución Educativa Colegio Nacional Pinillos y para dicha vigencias obtuvo una calificación superior al 90% en las evaluaciones de desempeño, por lo tanto cumple con los requisitos para que le sea reconocida la prima técnica en virtud de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, al encontrarse cobijada por el régimen de transición de que trata el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997.

Señala que respecto de los años 2001 y 2005, no aparece en el expediente prueba de la calificación de la actora, razón por la cual no se reconocerá la prima técnica frente a esas anualidades.

Manifiesta que respecto de los valores correspondientes a la prima técnica por los periodos anteriores al 12 de septiembre de de 2002, operó la prescripción, habida cuenta de que la petición encaminada a su reconocimiento fue presentada el 12 de septiembre de 2005.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2013, por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Sustenta su recurso aduciendo que, el Ministerio de Educación Nacional a través de la Resolución No. 03528 de 1993, reglamentó la prima técnica para sus empleados, determinando que eran susceptibles de dicho reconocimiento, los empleados en propiedad, que ocuparan cargos directivos, ejecutivo,

asesor y profesional, sin embargo en el párrafo tercero del numeral segundo estableció que podrá otorgarse prima técnica por evaluación de desempeño a funcionarios de niveles diferentes, teniendo en cuenta la necesidad del servicio y con sujeción a la disponibilidad presupuestal.

Señala que en el caso que nos ocupa, la señora ENILDA ECHAVEZ se desempeñaba como docente desde el 21 de diciembre de 1987, pero no tiene derecho al pago de la prima técnica, al no cumplir con los supuestos establecidos en la Resolución No. 03528 de 1993, modificadorio del régimen de prima técnica.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 24 de septiembre de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 4 cdno 2); y, con providencia adiada en octubre 7 de la presente anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 7 cdno 2).

En esta oportunidad la parte demandante guardó silencio, la parte demandada alegó de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandada: Reiteró los mismos argumentos expuestos en su recurso de apelación.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 26 de abril de 2013, por medio de la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

LÍMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA:

Por otra parte, el artículo 357 del C.P.C. señala: "*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso*". Lo anterior indica que, al conocer el asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto, la competencia del *Ad quem* se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, siendo los fundamentos del recurso de alzada los que fijan el ámbito de competencia del superior y, por otra parte, consagra el denominado principio de la *no reformatio in pejus* según el cual no le es dable al *Ad quem* agravar la situación del apelante único.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado fue notificado personalmente el día 3 de noviembre de 2005 (fl. 21) y la demanda se presentó el 2 de marzo de 2006 (fl. 11 rev), es decir, dentro del término de caducidad de 4 meses que prevé en el artículo 136 del C.C.A para esta clase de acción.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de la presente controversia, se circunscribe en determinar si la señora ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO, en su calidad de Auxiliar de Servicios

Generales de la Institución Educativa Colegio Nacional Pinillos de Mompox, tiene derecho a que se le reconozca y cancele el concepto de Prima Técnica?

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata Oficio No. 00583 de fecha 24 de octubre de 2005, proferido por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, por medio de la cual se da respuesta a la señora ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO de la petición de reconocimiento de prima técnica. (fl. 19-21).

En sede administrativa la señora ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO, presentó derecho de petición de fecha 12 de septiembre de 2005, solicitando el reconocimiento y pago de la prima técnica la cual fue negada mediante Oficio No. 00583 de fecha 24 de octubre de 2005, agotando así la vía gubernativa como lo dispone el art. 63 del C.C.A. y, por tanto, habilitando a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado en la forma como lo establece el art. 135 ib.

DE LA PRIMA TÉCNICA

La Prima Técnica objeto de la litis, es un estímulo de que gozan los empleados públicos, y tiene como finalidad mantener dentro de su planta de personal, funcionarios o empleados altamente calificados, en cargos que requieran de conocimientos técnicos o científicos especializados.

Este reconocimiento se realizó mediante el Decreto 1016 de 1991, sólo para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Disciplinario y Consejeros de Estado; posteriormente a través del Decreto 1624 de 1991, se adicionó el Decreto 1016, y se concedió el reconocimiento del estímulo a diferentes funcionarios de orden nacional.

Con la expedición del Decreto 1661 de 1991, se reconoce el derecho a gozar de este estímulo, a los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público; sin embargo limitó su reconocimiento a quienes estuvieren nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo,

Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público; para los cuales además estableció unos criterios necesarios para su otorgamiento, señalados en el artículo 2º del Decreto 1661 de 1991, así:

ARTICULO 2o. CRITERIOS PARA OTORGAR PRIMA TECNICA. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:

- a). Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, o*
- b). Evaluación del desempeño.*

A través del Decreto Reglamentario 2164 de 1991, se extendió su aplicación a los empleados de entidades territoriales y de sus entes descentralizados, manteniendo los mismos criterios para su reconocimiento, sin embargo, fue más específico y desarrolló cada uno de los componentes del artículo tercero; así los definió:

Art. 1º *Definición y campo de aplicación.- La prima técnica es un reconocimiento económico . . .*

Tendrán derecho a gozar de la prima técnica los empleados de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y unidades administrativas especiales, en el orden nacional. También tendrán derecho los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados". ¹ [destaca la Sala]

Art. 3º **Criterios de asignación.-** La prima técnica podrá otorgarse alternativamente por:

- c. Por evaluación del desempeño."*

ARTICULO 5o. DE LA PRIMA TECNICA POR EVALUACION DEL DESEMPEÑO.
*Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7o. del presente Decreto, de los niveles **directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo o sus equivalentes en los sistemas especiales y que obtuvieren un porcentaje***

¹ La parte final de este artículo **incurre en la misma falla** que se advirtió en la Sentencia de marzo 19 /98 de la Sección 2ª del C de Estado, exp No 11995, respecto del art. 13 de este decreto.

correspondiente al noventa por ciento (90%) como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.(negritas fuera de texto)

De acuerdo con la disposición transcrita la prima técnica aludida puede otorgarse en todos los distintos niveles de la administración siempre que la evaluación de desempeño corresponda como mínimo a un 90%.

El artículo 7º por su parte, señala que el jefe del organismo, conforme con las necesidades específicas del servicio, y a la disponibilidad presupuestal, determinará, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el caso, los empleos susceptibles de asignación de prima técnica.

La **Resolución No. 3528 de julio 16 de 1993 del Ministerio de Educación Nacional**, "*Por la cual se reglamenta la asignación de la prima técnica para funcionarios de planta del Ministerio de Educación Nacional*", entró a regir a partir de la fecha de su expedición y fue dictada en ejercicio del Decreto 2164 de Sept. 17 de 1991 (Art. 8º) que reglamentó el Decreto 1661 de junio 27 de 1991. Define la prestación (Art. 1º.) y determina los empleos que son susceptibles de aplicación (Art. 2º.), y requisitos que se deben acreditar para el otorgamiento (Art. 3º.).

La **Resolución 5737 del 12 de Julio de 1994 del Ministerio de Educación Nacional**, que empezó a regir a partir de la fecha su expedición (art. 5º), se dictó en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Decreto 1661 de 1991 y su Decreto Reglamentario 2164 del mismo año; en cuanto a la prima técnica en la entidad. Establece que para el reconocimiento de la Prima Técnica a funcionarios administrativos del orden Nacional que laboran en Fondos Educativos Regionales, Oficinas Seccionales de Escalafón, Centros Experimentales Piloto, Centros Auxiliares de Servicios Docentes y Colegios Nacionales y Nacionalizados, se tendrá en cuenta las disposiciones contenidas en la Resolución 3528 de 1993 que reglamenta la asignación de la prima técnica para funcionarios de la Planta de Personal del Ministerio de Educación

Nacional (Art. 1º.), y la presentación y trámite de las solicitudes de asignación de la Prima (Arts. 2º. y 3º.)

En consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional, a través de Resolución 03528 de 1993, reglamentó la prima técnica para sus empleados, determinando que eran susceptible de dicho reconocimiento, los empleados en propiedad que ocuparan cargos directivos, ejecutivos, asesor y profesional, sin embargo en el párrafo tercero del numeral segundo estableció que podrá otorgarse prima técnica por evaluación de desempeño a funcionarios de niveles diferentes, teniendo en cuenta las necesidades del servicio y con sujeción a la disponibilidad presupuestal.

Teniendo en cuenta lo anterior, si el empleado no era de los niveles directivos, ejecutivos, asesor y profesional, tenía que acreditar para poder hacerse merecedor al estímulo, requisitos tanto en educación como en experiencia, una calificación igual o superior a 90% y experiencia en el área relacionada con la funciones del cargo, de dos años, tal como lo señala el literal A del artículo tercero de la Resolución Ministerial 03528 de 1993; es decir, que en la regulación que hizo el Ministerio de Educación para sus empleados, determinó que quien no estuviera ejerciendo un cargo para el cual está señalado el estímulo, deberá acreditar todos los requisitos.

El H. Consejo de Estado, ha hecho alusión a la facultad que tenía el Ministerio para expedir y determinar a qué empleados le sería otorgado el estímulo, así lo expresó:

*“Por ello si bien la creación del derecho objetivo de prima técnica fue un acto de competencia exclusiva del legislador, **la “asignación” o concesión a los empleados de una determinada entidad constituye una determinación exclusiva de ésta y concretamente del funcionario u organismo que haya sido investido de competencia por la ley para establecer las condiciones particulares y los porcentajes de asignación del derecho.***

Al respecto se observa que la resolución 03528 del 16 de julio de 1993 del Ministerio de Educación Nacional, fue expedida en ejercicio de la competencia que corresponde a dicha entidad para definir las condiciones particulares de asignación del derecho a prima técnica según su propios criterios para empleados vinculados con ella y que los efectos de la anterior resolución del Ministerio de Educación, fueron extendidos a

otras instituciones del sector educativo mediante la resolución 05737 de 12 de julio de 1994, por la cual "se establece la asignación de prima técnica a otros funcionarios del orden nacional, vinculados a la administración del servicio educativo en las entidades territoriales".

Esta última normatividad remite al régimen establecido de la resolución 3528 de julio de 1993, en lo relacionado con los criterios para asignar el derecho a prima técnica"² (negritas fuera de texto)

De la prima técnica por evaluación del desempeño baja el régimen del D. L. 1724 /97

En su art. 1º modifica el régimen de la prima técnica al señalar –al futuro- que ella sólo puede otorgarse por los dos criterios o modalidades existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente pero en cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público. Y en el art. 2º establece los requisitos administrativos de disponibilidad presupuestal y certificado de viabilidad presupuestal.

Con el propósito de respetar los derechos de quienes habían devengado la prima técnica antes de la expedición del Decreto 1724 de 1997 y no se encontraban comprendidos dentro de los empleos para los que esta disposición previó la prima técnica, la misma normativa estableció un régimen de transición en su artículo 4, cuyo tenor es el que sigue:

"Artículo 4. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento."

Según el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B"³, ha dicho en cuanto al reconocimiento de la prima técnica que, si es posible aplicar el régimen de transición del artículo 4º del Decreto 1724 de 1997 a quienes, sin ocupar cargos de los niveles directivo,

² Consejo de Estado, Sentencia del 19 de enero de 2006, expediente No (0476-05), Magistrada Ponente Ana Margarita Olaya Forero

³ Al respecto pueden verse las Sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", del 2 de noviembre de 2006 Consejo Ponente Dr Jesús María Lemos Bustamante, expediente No 953-05 y 8 de agosto de 2003, Consejero Ponente Dr Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente No 23001-23-31-000-2001-00008-01, referencia No 0426-03, actor Benjamín Antonio Vergara

asesor, ejecutivo o sus equivalentes bajo el nuevo régimen, cumplieran con los siguientes requisitos:

- (i) que tuvieran derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño bajo el régimen del artículo 3 del Decreto 1661 de 1991, esto es, que hubieran laborado para la respectiva entidad en la vigencia de la normativa mencionada y que, desde luego, cumplieran los requisitos legales exigidos por la misma;
- (ii) que hubieran reclamado la prima técnica antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997; y,
- (iii) que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa.

En síntesis esta tesis reconoce el derecho a la prima técnica a quienes lo perdieron por no pertenecer a los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes, restricción impuesta por el Decreto 1724 de 1997, siempre que hubieran cumplido con las condiciones señaladas en precedencia.

El propósito del régimen de transición fue mantener en vigencia del Decreto 1724 de 1997 la prima técnica a quienes la perdieron por efecto de tal disposición que, como se sabe, restringió el alcance del emolumento aludido."

En otro pronunciamiento al respecto del artículo 4 ibídem expresó:

"Desde un primer punto de vista, consagra **UN REGIMEN DE TRANSICIÓN**, frente a quienes se otorgó el derecho frente a la ley a la prima técnica por evaluación del desempeño antes de esta disposición pero los empleos que desempeñan no pertenecen a los niveles establecidos en el art. 1º del nuevo régimen.

Este régimen de transición tiene una característica diferencial de los ya conocidos, por cuanto aquí **no se pretende que se resuelva sobre la "adquisición" del derecho según determinados requisitos frente a un "régimen jurídico anterior", sino al "mantenimiento o conservación" potencial y al futuro (que, en principio, depende del cumplimiento de la calificación ponderada exigida) del derecho adquirido anteriormente a pesar del surgimiento de un nuevo régimen con otros requisitos** v. gr. por restricción de los niveles en que se puede tener derecho a la mencionada prima (art. 1º) y que prevé las causales de su pérdida.

Ello es explicable, porque se recuerda que, entratándose de la prima técnica por evaluación del desempeño, ésta se adquiere por anualidades, previo el cumplimiento de los requisitos en el año anterior, por lo que, si no se establecía esta NORMA (art. 4º), lógico era que a partir de la vigencia del art. 1º del D. L. 1724 /97 los empleados tenían que sujetarse al "nuevo régimen", por lo cual, si su empleo no pertenecía a los NUEVOS NIVELES SEÑALADOS ya no tendrían derecho a

reclamar esa clase de prima, aunque en el pasado la hubieran disfrutado.

Un segundo punto de vista, implicaría que el art. 4º del D. L. 1724 /97 comprende **UNA EXCEPCION al nuevo régimen consagrado en el art. 1º**, el cual a partir de la fecha de vigencia de la disposición establece unos "nuevos titulares" –en general- de la citada prima con restricción de los niveles en que puede obtenerse. La excepción consistiría en que, a pesar de LA RESTRICCIÓN de niveles de los cargos en los cuales se puede asignar la citada prima, en el futuro, empleados que no laboran en cargos de los niveles señalados pueden continuar disfrutándola si anteriormente adquirieron el derecho, no lo han perdido y siguen logrando las notas sobresalientes exigidas, aunque pueden perderla con ocasión de su retiro del organismo o cuando se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento. Pero, en la práctica **surgen algunos problemas** en la aplicación de esta normatividad, que deben ser analizados.

Un **primer problema jurídico** que se presenta es que el art. 4º del D. L. 1724 /97, para efectos del régimen de transición o de la excepción a la limitación prevista en el art. 1º, **establece el derecho a favor de "Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado la prima técnica, ... "**, lo cual en principio y taxativamente resolvería las situaciones si se hace una aplicación restrictiva del texto señalado.

Pero, se observa que **pueden existir casos de empleados que cumplieron los requisitos para la titularidad de la prima mencionada frente a la ley, que la solicitaron válida y oportunamente sin que la administración se haya pronunciado sobre ella o la haya denegado contra - legem**. En este evento, no es posible admitir que el derecho no existió –para los efectos del mantenimiento que establece el art. 4o- por la sola circunstancia que la administración haya obrado negligentemente o la haya denegado contra-*legem*.

Analógicamente se puede entender la situación en discusión: eso podría también ocurrir en caso de pensiones de jubilación cuando surge un nuevo régimen; si éste determinara que **solo se "mantienen" las pensiones de aquellas personas a quienes ya se les reconoció la prestación**, para someter a un nuevo régimen más riguroso a quienes aún no se les ha reconocido el derecho aunque hayan cumplido los requisitos sustanciales, ello implicaría el **desconocimiento del derecho de quienes frente a la ley lo "adquirieron" por cumplir sus exigencias, sólo porque no tienen el "reconocimiento" administrativo de su derecho que es un requisito para su efectividad**. Si se obra teniendo en cuenta el requisito último del "reconocimiento" administrativo, para quienes aún no lo tienen se les cercenaría el derecho adquirido realmente frente a la ley, sólo por esa circunstancia que tiene una relevancia distinta a la de la "titularidad".

Por esta razón, se impone una interpretación finalista del derecho en discusión, para concluir que **el "mantenimiento" de la prima técnica por evaluación del desempeño, al futuro y después de la expedición del art. 4º del D. L. 1724 de 1997, corresponde en verdad "a quienes tengan el derecho a la citada prima técnica", no sólo a quienes se les había**

oforgado como taxativamente se señaló. En esas condiciones, para efectos de la aplicación del art. 4º del D. L. 1724 /97, en caso de no existir reconocimiento administrativo de la prima técnica, se impone la necesidad de analizar cuidadosamente si el interesado cumplió o no los requisitos sustanciales del derecho y si, además, en tiempo y válidamente efectuó las peticiones del caso para provocar la decisión administrativa; si ella fue negativa de manera contraria a derecho, esta circunstancia no es óbice para que en la reclamación judicial ajustada a derecho se alcancen los efectos perseguidos y si la administración "omitió" la resolución de la petición pertinente cuando se cumplieron los requisitos y formalidades, desde que haya impugnación de la decisión en tiempo y válida ante la Jurisdicción, habrá de resolverse conforme a derecho.⁴ (negritas fuera de texto)

Del caso concreto.

En primer término se tiene que la actora demostró su vinculación a la entidad demandada, desde el 21 de diciembre de 1987, nombrada en provisionalidad mediante Decreto No. 21793 de diciembre 16 de 1987 en el cargo Auxiliar de Servicios Generales de la Institución Educativa Colegio Nacional Pinillos de Mompox, Código 6035, Grado 01 (fl. 264-265).

Posteriormente mediante Resolución No. 1606 de abril 20 de 1989 fue inscrita en el escalafón de la carrera administrativa (fl. 24), luego fue incorporada a la Planta de cargos de la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar mediante Decreto 214 de marzo 16 de 2004 en el cargo Auxiliar de Servicios Generales de la Institución Educativa Colegio Nacional Pinillos de Mompox, Código 605, Grado 7 (fl. 260) y finalmente homologada en propiedad mediante Decreto No. 895 de octubre 12 de 2010, en el cargo Auxiliar de Servicios Generales de la Institución Educativa Colegio Nacional Pinillos de Mompox, Código 470, Grado 10 (fl. 262).

La señora ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO obtuvo las siguientes calificaciones por evaluación de desempeño (Fls. 247 a 259).

9 de julio de 2007 a 31 de diciembre de 2007: 957 puntos.

2 de febrero de 2004 a 3 de marzo de 2005: 982 puntos.

3 de febrero de 2003 a 10 de marzo de 2004: 978 puntos.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Tarsicio Cáceres Toro, sentencia de fecha 2 de febrero de 2006, Proceso rad. 1999-1649-01

13 de febrero de 2002 a 28 de febrero de 2003: 978 puntos.
1 de marzo de 1999 a 29 de febrero de 2000: 977.70 puntos.
1 de marzo de 1998 a 28 de febrero de 1999: 902 puntos.
21 de febrero de 1997 a 21 de febrero de 1998: 972 puntos.
20 de febrero de 1996 a 20 de febrero de 1997: 972 puntos.
01 de marzo de 1995 a 28 de febrero de 1996: 642 puntos.
02 de mayo de 1994 a 02 de mayo de 1995: 630 puntos.

Atendiendo al cuadro de calificaciones que se consignó en precedencia, se observa por la Sala que la actora fue calificada en el período comprendido entre 1996 a 1998 por su desempeño, con un porcentaje superior al legalmente exigido para tener derecho al reconocimiento de la prima técnica. De esta manera resulta claro que, según el cargo ocupado y la evaluación de su desempeño, la actora cumple con los requisitos establecidos en los Decretos 1661 y 2164 de 1991 para tener derecho al beneficio solicitado.

El H. Consejo de Estado ha sostenido que el Decreto 1724 de 1997 puede ser aplicado a aquellos servidores que no se encuentren en los niveles a los que se refiere el citado decreto, a saber, directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, si el servidor público de que se trate tuvo derecho a la prima técnica bajo el régimen anterior, es decir, el contemplado en el Decreto 1661 de 1991 y tal derecho le fue negado contraviniendo esta última disposición.

Sobre el particular puede verse la sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", del 8 de agosto de 2003, Consejero Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, Actor Benjamín Antonio Vergara, en la que se expresó:

"Circunscriben su inconformidad a expresar que, como el Decreto 1724 de 1997 modificó el régimen de prima técnica, limitando su asignación a quines (sic) estén nombrados con carácter permanente en cargos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes y el art. 4. ibídem previó que, a quienes desempeñen cargos diferentes y se les haya otorgado, continuaran (sic) disfrutándola hasta el retiro del servicio o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida. En ese sentido, como al demandante no se le había reconocido, no obstante cumplir los requisitos en los términos ya descritos, no puede asignársele.

Para la Sala dicha argumentación no es de recibo, dado que es innegable que a la demandante le asistía el derecho a su reconocimiento, que en las oportunidades señaladas lo reclamo (sic) y

el Departamento demandado Injustificadamente guardó silencio, no resolvió las peticiones. En esas condiciones es inaceptable que amparado en su propia negligencia, pretenda ahora la negación de un derecho legítimamente adquirido. (...) (Destacado por la Sala)

En conclusión, servidores públicos de niveles distintos al directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, como es el caso de la actora que pertenece al nivel asistencial, tienen derecho al reconocimiento de la prima técnica, aún bajo la vigencia del Decreto 1724 de 1997, siempre que bajo las reglas establecidas por el régimen anterior, el del Decreto 1661 de 1991, hubieran tenido derecho al citado emolumento.

En caso parecido al que se estudia en esta oportunidad el H. Consejo de Estado consideró:

Como de las evaluaciones de desempeño aportadas se concluye que el actor pretende períodos de tiempo posteriores a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 4 de julio de 1997, que modificó el régimen de Prima Técnica, la Sala estima del caso indicar cuál es la incidencia de dicha norma sobre los derechos alegados.

De acuerdo con la tesis prevaleciente en esta Subsección⁵, que hoy constituye el parámetro para reconocer la Prima Técnica, es posible aplicar el régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1724 de 1997 a quienes, sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes bajo el nuevo régimen, cumplan con los siguientes requisitos:

(i) Que tuvieran derecho al reconocimiento de la Prima Técnica por evaluación de desempeño bajo el régimen del artículo 3 del Decreto 1661 de 1991, esto es, que hubieran laborado para la respectiva entidad en la vigencia de la norma mencionada y que, desde luego, cumplieran los requisitos legales exigidos por la misma;

(ii) Que hubieran reclamado la Prima Técnica antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997; y,

(iii) Que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa.

En síntesis, esta tesis reconoce el derecho a la Prima Técnica a quienes lo perdieron por no pertenecer a los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes, restricción impuesta por el Decreto 1724 de 1997, siempre que hubieran cumplido con las condiciones señaladas anteriormente.

⁵ Al respecto puede verse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", del 8 de agosto de 2003, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente No 23001-23-31-000-2001-00008-01, referencia No 0426-03, actor Benjamín Antonio Vergara

El cargo de Celador Código 6020 Grado 6° desempeñado por el libelista es de nivel asistencial y sus evaluaciones de desempeño para los periodos desde mayo de 1991 hasta abril de 1998 que obran de folio 24 a 31 del Cuaderno No. 2, tienen calificaciones inferiores al 90% requerido para acceder al reconocimiento de la prima técnica.”⁶

En el caso *sub examine*, teniendo en cuenta que la señora ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO adquirió el derecho a la prima técnica durante el período comprendido entre el 1 de junio de 1996 y el 31 de mayo de 1997 – tal y como lo señala el acto acusado– esto es, en vigencia del Decreto 1661 de 1991, tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición del Decreto 1724 de 1997 para los años ulteriores, pues solicitó el reconocimiento de la prima técnica por la segunda de las modalidades establecidas para ello, esto es, la evaluación de desempeño, que se otorga siempre que el resultado de la misma sea como mínimo de un 90%, de igual manera al reclamar su derecho después de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 y la entidad negó lo solicitado en forma injustificada, no queda duda para la Sala que la señora ENILDA MARIA ECHAVEZ NIETO cumple con los requisitos enlistados en la jurisprudencia para hacerse acreedora de la prima técnica, razón por la cual se confirmará el fallo apelado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

COSTAS

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, acorde con los parámetros contemplados en el artículo 171 del C.C.A., reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, del 8 de octubre de 2009, Consejera Ponente: Dr. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No 0303-08

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

~~LOS MAGISTRADOS~~


LILIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE E. CERF ANTINO GALLO


MARCELA LÓÑEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0019
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
DEMANDADO	: COOPERATIVA DE TRABAJO A SOCIADO "COOPROSPERAR"
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2010-00878-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Controversias Contractuales
Radicación : 13001-23-31-002-2010-00878-00
Demandante : Distrito de Cartagena
Demandado : Cooperativa del Trabajo Asociado - COOPROSPERAR

TEMA: Liquidación de contrato de suministro.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el Distrito de Cartagena contra la Cooperativa de Trabajo Asociado - COOPROSPERAR.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora, que mediante sentencia de primera instancia, se liquide judicialmente el contrato de fecha 3 de mayo de 2007 suscrito entre el Distrito de Cartagena y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPROSPERAR.

Que una vez liquidado, se definan las prestaciones a cargo de cada una de las partes.

Que se ordene a la demandada, al pago de costas, expensas, y agencias en derecho.

1.2. HECHOS

Relata el escrito introductor, que el Distrito de Cartagena, previo proceso licitatorio, mediante Resolución No. 0325 del 16 de abril de 2007, adjudicó a la Cooperativa de Trabajo Asociado – COOPROSPERAR, Contrato cuyo objeto era el suministro de raciones calientes en las modalidades de desayunos y almuerzos con destino a los comedores comunitarios, comedores escolares, comedores para deportistas, administración y operación de los mismos en ejecución del programa lucha contra el hambre en la ciudad de Cartagena.

Que el plazo del contrato se estipuló en días hábiles de lunes a viernes dentro del calendario escolar 2007 distribuidos así: a) 205 días contados a partir del acta de inicio para que el contratista ejecutara el objeto contratado en relación con el suministro, preparación y distribución de desayunos y almuerzos destinados a los comedores comunitarios y almuerzos para los deportistas; y b) 121 para el suministro, preparación y distribución de desayunos y almuerzos en los comedores escolares.

Señala el libelo que el valor del contrato se pactó en la suma de seis mil ciento setenta y seis millones trescientos cuarenta y cinco mil ochocientos pesos (\$6.166.345.800), cuya forma de pago se convino de la siguiente manera: *“(30%) del valor del contrato a título de anticipo, al cumplimiento de los requisitos para su ejecución; el valor a descontar del anticipo sería amortizado en cinco (5) cuotas equivalentes cada una al 20% del valor total del anticipo de los saldos a favor del contratista presentadas en las cuotas mensuales, previa aprobación de los formatos de asistencia diaria revisados por el equipo técnico del programa de lucha contra el hambre; es decir que solo se cancelarían las raciones servidas certificadas en el formato de asistencia. Para los comedores escolares, las raciones debían ser certificadas por los rectores de cada colegio.”*

Que el referido contrato se amparó en las respectivas disponibilidades presupuestales y registros presupuestales; y que en cumplimiento de los requisitos de ejecución el contratista presentó: a) póliza única de cumplimiento; b) póliza de responsabilidad civil extracontractual; c) constancia de pago por

publicación en la gaceta distrital; d) certificado de cumplimiento en el pago de aportes parafiscales donde consta el paz y salvo de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales; así como los del SENA, cajas de compensación familiar e ICBF de los 6 meses anteriores a la firma del contrato.

Que las funciones de interventoría se encomendaron al equipo técnico del Programa de Lucha contra el Hambre, quienes presentaban informes bimensuales, en cabeza de la coordinadora designada por el Alcalde Mayor de Cartagena, señora DAISY SALAS PARDO, conformado además por una nutricionista, trabajadores sociales e ingenieros de alimentos.

Cuenta que la Unidad de Contratación del Distrito de Cartagena, mediante informe rendido a la Oficina Asesora Jurídica, manifiesta que existe un inconveniente en la verificación de las raciones ejecutadas frente a lo efectivamente facturado, alegando las siguientes causas:

- Que los cuadros de raciones que le fueron entregadas en medio magnético se contradicen en múltiples puntos, lo cual no da certeza de las raciones que efectivamente fueron entregadas.
- Que existe inconsistencia en cuanto al inicio de la ejecución entre lo consignado en las actas de inicio y los informes de interventoría.
- Que no coincide la relación facturada y la efectivamente pagada.
- Que mediante Resolución No. 639 de 25 de octubre de 2007, se declaró la urgencia manifiesta en el Distrito de Cartagena con ocasión a la ola invernal que dejó a distintos sectores de la ciudad inundados y con problemas de deslizamiento, cuya consecuencia fue la constitución de albergues para los damnificados; por lo que el Alcalde Mayor de la época suscribió un acta de acuerdo con COOPROSPERAR, en la cual ésta última se comprometía a suministrar desayunos, almuerzos y cenas a los damnificados, lo cual se hizo con cargo al contrato de la referencia, sin que con posterioridad se legalizara dicho acuerdo con un nuevo contrato y con los traslados presupuestales del caso.

- Que cuando aún no se había vencido el plazo para la ejecución contractual, la interventora del contrato certificó que había un excedente de \$568.898.215, lo que equivale a 249.906 raciones, que debía suministrar el contratista. Que debido a lo anterior, la Jefe de la Oficina Jurídica Distrital de la época, solicitó a la Dra. Carmen Castellar la liberación de dichos recursos para su utilización *“en otras obras que son también interés de esta Administración”*, lo cual condujo a que se expidiera el Decreto 1411 del 18 de diciembre de 2007, mediante el cual se contracreditó la suma de \$569.000.000 de pesos correspondientes al saldo por ejecutar del contrato, desconociendo la estipulación que señalaba: *“si agotados los plazos estipulados para la ejecución del objeto contractual no se hubiere suministrado la totalidad de las raciones por grupo poblacional estipulado en el anexo No. 3 de los pliegos de condiciones se constituirá como causal de continuación en la siguiente vigencia hasta agotar el presupuesto, aceptando como aumento el IPC del año inmediatamente anterior, tomándose los excedentes de la anterior vigencia”*, es decir, que tales dineros tenían una destinación exigible y vigente.
- Que no existen documentos que soporten la ejecución contractual en los meses de mayo, noviembre y diciembre de 2007, lo cual dificulta el cotejo de la información entre lo reportado en medio magnético con los certificados de interventoría y su reporte en medio físico.

Finalmente se afirma, que el contratista ha recibido en pagos la suma de \$5.596.416.763.

2. LA DEFENSA

La parte demandada no contestó la demanda.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante (f. 407-410)

Señala que conforme a los elementos probatorios, en especial, con las actas de inicio,

el Distrito de Cartagena no debe reconocer suma alguna a la contratista, pues considera que su actividad probatoria fue nula y a que no justificó las sumas sobre las cuales se debe efectuar su liquidación.

Alega que si bien en la demanda se pidió la liquidación del contrato, concediéndole a cada parte lo que les corresponda, teniendo en cuenta que la accionada aspiraba a un monto de \$97.234.379, de acuerdo con la comunicación de fecha 23 de enero de 2008; lo cierto es que en este proceso no han justificado el pago de suma alguna, por lo que considera que la liquidación que se arroje en el presente asunto debe ser cero.

Finalmente, reitera los argumentos de la demanda, en especial los que tienen que ver con las supuestas inconsistencias en cuanto a la verificación de las raciones ejecutadas frente a las efectivamente facturadas.

3.2. Parte demandada.

Guardó silencio.

3.3. Ministerio Público.

No alegó.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 7 de febrero de 2011 se aprehendió el conocimiento del presente asunto y se admitió la demanda (folio 395-397).

Por auto de fecha 1° de diciembre de 2011 se abrió a pruebas el proceso (folio 404).

El 22 de marzo de 2012, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 406).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer del presente proceso en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 132 del Código

Contencioso Administrativo; ya que la cuantía de este asunto al momento de presentación de la demanda superaba los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Caducidad

La presente demanda fue presentada en tiempo, por las razones que a continuación se exponen:

El contrato cuya liquidación se pretende en este caso, finalizó el día 31 de diciembre de 2007, el tiempo convenido entre las partes para su liquidación fue de cuatro (4) meses que vencieron el 30 de abril de 2008; el plazo de dos (2) meses que establece la ley para la liquidación unilateral venció el 30 de junio de 2008, lo que indica que a partir del 1º de junio de 2008, se empezaban a contar los dos años que dispone el artículo 136 numeral 10º literal d) del Código Contencioso Administrativo¹.

Entonces, el día 28 de junio de 2010 se interrumpió el término de caducidad de la acción debido a que la entidad demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría; y en fecha 27 de septiembre de 2010, fue expedida la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad, por lo tanto el día 28 del mismo mes y año, se reanudaba el término de caducidad que se encontraba interrumpido, hasta la fecha de presentación, esto es -30 de septiembre de 2010-. En ese orden, no hay duda en cuanto a que la demanda se instauró dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si es procedente la liquidación judicial solicitada por la parte demandante, y en caso afirmativo, establecer las prestaciones que se encuentran a cargo de cada una de las partes.

4. Tesis de la Sala

¹Art. 136 " . 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento . d En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la Jurisdicción para obtener la liquidación, en sede judicial a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar "

La Sala liquidará el contrato suscrito entre las partes, por ser procedente, sin embargo, declarará que las partes se encuentran a paz y salvo de sus obligaciones contraídas en cumplimiento del objeto contratado, pues no acreditaron que existiera deuda o acreencia entre ellas.

5. Hechos probados

Encontró la Sala acreditados los siguientes elementos:

5.1. Que de acuerdo con el Estudio de Oportunidad y Conveniencia de enero de 2007², el Distrito de Cartagena, advirtió la necesidad de mejorar las condiciones de vida de la población que se halla en los barrios marginales de la ciudad, privilegiando especialmente la atención en la infancia, adolescencia y en la población desplazada, con el programa de “LUCHA CONTRA EL HAMBRE” cuyo propósito era *“garantizar el derecho a la vida y una sana alimentación de los niños en condiciones de vulnerabilidad de las instituciones educativas del distrito (sic), disminuir el índice de desnutrición de la población vulnerable, disminuir la deserción escolar, mejorar los hábitos alimentarios de la familia por medio de los procesos formativos, disminuir la morbi- mortalidad por desnutrición...”*

El referido estudio señaló que el programa se materializaría en el año 2007 a través de los siguientes frentes de atención:

1. Tres (3) comedores universitarios en la Universidad de Cartagena.
2. Entrega de raciones en el Asilo San Pedro Claver.
3. Comedores comunitarios en escenarios deportivos para la atención alimentaria de 350 deportistas.
4. Comedores escolares en instituciones educativas oficiales.
5. Seis (6) comedores comunitarios.

5.2. Que en fecha 22 de febrero de 2007 y a solicitud del Despacho del Alcalde Mayor³, se expidieron Certificados de Disponibilidad Presupuestal No. 344, 342, 343, 350, por valores de \$805.615.773.00, \$300.000.000.00, \$3.955.860.048.00, \$1.104.869.979.00, respectivamente⁴, por concepto de Sistema Distrital Nutrición – “LUCHA CONTRA EL

²Ver folios 56-59.

³Ver folios 69 – 73 Solicitudes del Alcalde Mayor

⁴Ver folios 64 a 68

HAMBRE”, cuyo objeto era la: *“PRESTACION (sic) DEL SERVICIO DE OPERACION (sic) Y ADMINISTRACION (sic) DE LOS COMEDORES COMUNITARIOS, COMEDORES ESCOLARES Y COMEDOR PARA DEPORTISTA EN EJECUCION (sic) DEL PROGRAMA LUCHA CONTRA EL HAMBRE EN LA CIUDAD DE CARTAGENA.”*

5.3. Que en fecha 7 de mayo de 2007 la Alcaldía de Cartagena expidió a favor de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO - COOPROSPERAR, los Certificados de Registro Presupuestal No. 928, 929, 930 y 931 por valores de \$300.000.000.00; \$3.955.860.048,00; \$805.615.773.00 y \$1.104.869.979,00, respectivamente, cuyo objeto era la: *“PRESTACION (sic) DEL SERVICIO DE OPERACION (sic) Y ADMINISTRACION (sic) DE LOS COMEDORES COMUNITARIOS, COMEDORES ESCOLARES Y COMEDOR PARA DEPORTISTA EN EJECUCION (sic) DEL PROGRAMA LUCHA CONTRA EL HAMBRE EN LA CIUDAD DE CARTAGENA.”*⁵

5.4. Que en marzo de 2007, la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias redactó el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. DA-001 DE 2007 cuyo objeto era: *“SUMINISTRO DE RACIONES CALIENTES EN LAS MODALIDADES DE DESAYUNOS Y ALMUERZOS CON DESTINO A LOS COMEDORES COMUNITARIOS, COMEDORES ESCOLARES, COMEDORES (sic) PARA DEPORTISTAS; ADMINISTRACION (sic) Y OPERACIÓN DE LOS MISMOS, EN EJECUCION (sic) DEL PROGRAMA LUCHA CONTRA EL HAMBRE EN LA CIUDAD DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C.”*⁶

5.5. Que mediante Resolución No. 0187 del 9 de marzo de 2007, el Alcalde Mayor de Cartagena ordena la apertura de la Licitación Pública No. DA-001 DE 2007.⁷

5.6. Que mediante Resolución No. 00325 del 16 de abril de 2007, se adjudica la Licitación Pública No. DA-001 DE 2007, a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO – COOPROSPERAR.⁸

5.7. Que en fecha 3 de mayo de 2007 las partes suscriben contrato cuyo objeto según se precisa en la cláusula primera fue: *“EL CONTRATISTA SE OBLIGA AL SUMINISTRO DE RACIONES CALIENTES EN LAS MODALIDADES DE DESAYUNOS Y ALMUERZOS CON DESTINO A LOS COMEDORES COMUNITARIOS,*

⁵Ver folio 60 – 63

⁶Ver folio 74-129.

⁷Ver folios 130-131

⁸Ver folios 132-145

COMEDORES ESCOLARES, COMEDORES PARA DEPORTISTAS; ADMINISTRACION (sic) Y OPERACION (sic) DE LOS MISMOS, EN EJECUCION (sic) DEL PROGRAMA LUCHA CONTRA EL HAMBRE EN LA CIUDAD DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C.⁹

Igualmente, la cláusula segunda se estipuló como valor del contrato, la suma de “SEIS MIL CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$ 6.166.345.800)”

También se destaca, la cláusula cuarta del contrato, referida al plazo de ejecución, consagrando lo siguiente:

“... El contratista deberá recibir las cancelaciones por lo menos con 48 horas de anticipación. Si agotados los plazos estipulados para la ejecución del objeto contractual no se hubiere suministrado la totalidad de las raciones por grupo poblacional estipulado en el anexo No. 3 de los pliegos de condiciones se constituirá como causal de continuación en la siguiente vigencia hasta agotar el presupuesto, aceptando como aumento el IPC del año inmediatamente anterior, tomándose los excedentes de la anterior vigencia.”

5.8. Que el referido contrato se ejecutó tal como se verificó con las actas de inicio que se suscribieron¹⁰, y como se advierte de las constancias expedidas por el contratista con el visto bueno de las directivas de las instituciones educativas.¹¹

5.9. Que el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena, designó a la señora DAISY SALAS PARDO como Coordinadora del Equipo Técnico del “Programa Lucha Contra el Hambre”, quien se encontraba facultada para representar al equipo de Interventoría ante el contratista, en lo concerniente a la apertura de la cuenta para manejar el anticipo, suscribir las actas que sean necesarias, aprobar las cuentas de cobro del contratista, y en general expedir las certificaciones relacionadas con el servicio prestado.¹²

5.10. Que mediante oficio recibido por la demandada en fecha 30 de noviembre de 2007, la interventora comunica que la proyección del contrato sería hasta 31 de diciembre de ese año.¹³

⁹Ver folios 146-148

¹⁰Ver folios 189 a 208

¹¹Ver folios 209 – 232

¹²Ver Oficio del 3 de mayo de 2007 (fol. 233).

¹³Ver folio 252.

5.11. Que de acuerdo con la Comunicación suscrita por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito de Cartagena, dirigida a la Directora de la Oficina de Presupuesto, recibida en fecha 14 de diciembre de 2007, se solicita la liberación de recursos así:

“... El Alcalde ha solicitado a la interventoría que realice una proyección con corte al 31 de diciembre de 2007, para que se reflejen los recursos que quedarían de ese rubro, con el fin de liberarlos y poderlos utilizar en otras obras que son también de interés de esta Administración; lo que a dicha solicitud se ha tenido como respuesta que efectivamente quedarían unos saldos estimados en la suma de \$588.000.000.00 Mcte.

Por lo que solicito liberar la suma anteriormente relacionada, y realizar los trámites administrativos y presupuestales correspondientes, a fin de obtener las autorizaciones respectivas y proceder de esta manera a utilizarlos en las obras que a bien tenga el señor Alcalde disponer.”¹⁴

5.12. Que mediante Resolución No. 1411 de 18 de diciembre de 2007 efectúa unos traslados en el presupuesto de inversión de la vigencia fiscal de 2007 y dispone contracreditar la suma de \$ 569.000.000.00 del Sistema Distrital Nutrición Lucha contra el hambre a otros gastos presupuestales como la ampliación y adecuación de unidades hospitalarias de baja complejidad (CAP), saneamiento ambiental, y otras obras de infraestructura en el distrito.¹⁵

5.13. Que mediante Comunicación remitida por la Coordinadora del Grupo de Interventoría, recibida en fecha 27 de diciembre de 2007, invitó al contratista a acercarse a las instalaciones de la Alcaldía de Cartagena, con el fin de suscribir el acta de liquidación bilateral anticipada.

5.14. Que la empresa contratista solicitó a la entidad contratante la continuidad de la prestación de los servicios.¹⁶

Que según proyecto de Acta de Liquidación¹⁷ suscrito por el Asesor Externo de la Unidad Asesora de Contratación del Distrito de Cartagena el contratista recibió los siguientes pagos:

¹⁴Ver folio 255.

¹⁵Ver folios 315-317

¹⁶Ver folio 318-336

¹⁷Ver folios 261-270

contratantes establecen las obligaciones cumplidas o no cumplidas, y expongan sus reclamaciones, el acta de liquidación expresa las respectivas declaraciones.¹⁸

Los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto. Si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, a fin de que dicha liquidación se efectúe.

Es así como el artículo 25 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, desarrollando el principio de economía, prevé que tratándose de contratos, los trámites se deben adelantar con austeridad de tiempo, medios y gastos.

Por otro lado, el artículo 60 del Estatuto General de la Contratación Estatal, dispone:

"Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia, o en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo."

También, el artículo 61 ibídem prevé:

"De la liquidación Unilateral. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición".

En el contrato que ha sido objeto de análisis, se observa que las partes contratantes no lo liquidaron de mutuo acuerdo, y la entidad contratante expuso sus razones para no hacerlo de forma unilateral; razón por la que solicitó que la misma se practicara judicialmente.

¹⁸ Respecto a la finalidad de la liquidación del contrato, el Consejo de Estado expresó. "La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento" (Sección Tercera Sentencia de abril 10 de 1997, Exp 10 608)

De acuerdo con lo anterior, debe la Sala precisar, que la liquidación del contrato estatal según lo establece la Ley 80 de 1993, puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso; y tal como ha sido expuesto por la jurisprudencia¹⁹, tiene por objeto establecer: *i)* el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; *ii)* los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; *iii)* las garantías inherentes al objeto contractual, así como, *iv)* los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Ejecutoriado el acto de liquidación cesa definitivamente la relación contractual, o sea se extingue el contrato.

En cuanto a la oportunidad en el tiempo dentro de la cual ha de cumplirse la liquidación, el artículo 136, numeral 10 y literal d del Código Contencioso Administrativo, dispone:

"CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento... d. En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la Jurisdicción para obtener la liquidación, en sede judicial a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar... "

El Consejo de Estado²⁰, sobre el plazo para la liquidación de los contratos estatales, se pronunció así:

"(¿) este término no es perentorio, vale decir, que pasados ahora 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las pretensiones a cargo de las partes. Debe advertir se, sin embargo, que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del artículo 136 del C.C.A. esa facultad subsiste solo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual (...)"
(Subrayas fuera del texto)

¹⁹ Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección "C". Sentencia de fecha 13 de abril de 2011. Ponencia Olga Melida Valle de la Hoz. Rad 1998-03040-01 (18878) Actor Constructora Camaran - Ddo Gobernación de Cundinamarca

²⁰ Sentencia de 16 de agosto de 2001, ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, Exp No 14384

En efecto, la norma que se refiere a la caducidad es clara en el sentido de precisar que si transcurrió el término de dos años y la liquidación del contrato no se ha efectuado ni bilateral ni unilateralmente, la administración pierde competencia; pero ante este hecho, la jurisprudencia²¹ ha señalado que surgen dos situaciones a tenerse en cuenta: *i)* Si a pesar de haber transcurrido los cuatro meses que otorga la ley o cualquier otro tiempo que haya sido estipulado por los contratantes más dos meses para la liquidación del contrato, y ésta no se ha efectuado ni de mutuo acuerdo ni por parte de la administración, siempre y cuando no se demande ante el juez competente y se notifique a la contraparte de tal actuación, la administración durante el tiempo de caducidad de la acción, es decir de los dos años, conserva competencia para liquidar. *ii)* Si la administración no liquida unilateral o bilateralmente, dentro del término legal o convencional, el contratista puede obtener la liquidación a través del juez competente, siempre y cuando así lo solicite dentro del término de dos años que es la caducidad de la acción y tan pronto a la administración se le notifique el auto admisorio de la demanda, ésta pierde competencia para proceder a la liquidación unilateral del contrato.

Tal como se anotó en la parte precedente de estas consideraciones, en el caso que se examina, sí es procedente la liquidación, pues la demanda se promovió durante los dos años siguientes a la finalización del contrato; razón suficiente para acceder a la pretensión de la entidad contratante, decretando la liquidación judicial del contrato de suministro celebrado entre el Distrito de Cartagena y la Cooperativa de Trabajo Asociado – COOPROSPERAR, en fecha 3 de mayo de 2007.

Sin embargo, precisa la Sala que la entidad contratante no reclama suma alguna de parte del contratista, ni tampoco éste último lo hace respecto de la demandante, pues no acudió al proceso a pesar de haberse notificado personalmente de la demanda²² y de quien se advierte el cumplimiento del objeto contractual a cabalidad, según se observa en las certificaciones expedidas por las instituciones a las que prestó sus servicios en cumplimiento del objeto contratado.

En esos términos, y ante la ausencia de pruebas que indiquen los parámetros sobre los cuales deba ser liquidado el contrato celebrado, el mismo se hará declarando a las partes a paz y salvo de las obligaciones contraídas en cumplimiento del objeto contratado.

²¹Consejo de Estado - Sentencia de fecha 13 de abril de 2011 Exp 18878

²²Ver folio 401 Acta de notificación personal

Por último, llama la atención, la actuación pasiva de la entidad contratante, siendo que en el libelo introductor destaca el informe rendido por la Unidad Asesora de Contratación, quien señala los inconvenientes advertidos para la liquidación del contrato, debido a la falta de coherencia entre lo efectivamente ejecutado y lo facturado; situación ésta que siendo irregular, ameritaba tomar los correctivos del caso, denunciando ante las entidades de control competentes y no lo hizo; en virtud de lo cual la Sala de oficio ordenará que se compulsen copias a las autoridades correspondientes, para que sean investigados tales hechos que se presentaron en la contratación realizada entre las partes, siempre que no haya operado el fenómeno de la caducidad.

6.2. Condena en costas

En relación con la solicitud de condena en costas, la Sala considera que en el presente asunto, no hay lugar a decretarlas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandado.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: ORDÉNASE la liquidación judicial del contrato de suministro celebrado entre el Distrito de Cartagena y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPROSPERAR, en fecha 3 de mayo de 2007.

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLÁRASE** a las partes a paz y salvo de las obligaciones contraídas en cumplimiento del objeto contratado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COMPULSAR copias a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se investiguen las irregularidades que se presentaron en la contratación realizada entre el Distrito de Cartagena y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPROSPERAR, las cuales impidieron que fuera liquidado el contrato en sede administrativa; siempre que no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, expídase por Secretaría primera copia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y devuélvase a la parte demandante el remanente que hubiese quedado de la suma consignada para cubrir gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere, previa liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas: sentencia, radicado No 13001-23-31-002-2010-00878-00.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0020
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: MIRYAM ISABEL ORTEGA GARAY
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2007-00212-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-23-31-002-2007-00212-00
Demandante : Myriam Isabel Ortega Garay
Demandado : ESE Hospital Universitario de Cartagena en liquidación y otros

TEMA: Ineptitud sustantiva de la demanda por no demandar el acto administrativo que contiene la decisión tachada de ilegal.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la señora Myriam Isabel Ortega Garay contra la ESE Hospital Universitario de Cartagena en liquidación, el Departamento de Bolívar y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora, que mediante sentencia de primera Instancia se declare lo siguiente:

- Que se declare la nulidad del Oficio de fecha 30 de noviembre de 2006, proferido por el Asesor Jurídico de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago a favor de

328/
332

1C

la demandante, de los intereses de mora o sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y el Decreto 1572 de 1998 y la indexación monetaria.

- Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada y a las demás entidades que suscribieron el Convenio de Concurrencia No. 001 de 2005, a reconocer y pagar a la demandada los intereses de mora o sanción moratoria, (un día de salario por cada día de retardo, hasta que se produzca el pago efectivo, y a partir de la fecha de terminación de la relación laboral, como consecuencia de no efectuar la reliquidación de la cesantía definitiva y demás prestaciones laborales.
- Que se condene a las entidades que suscribieron el referido convenio, a pagar la indexación monetaria del valor de \$3.011.947, reconocido a favor de la demandante mediante la Resolución No. 090 de julio 19 de 2006, por concepto de reajuste de salarios, cesantías, primas, vacaciones e indemnizaciones, a partir de la fecha de la sentencia C-1433 hasta cuando efectivamente se produzca el pago.
- Que se pague la condena a favor de la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., con base en el IPC certificado por el DANE.

1.2. HECHOS

Refiere el libelo, que la demandante laboró con la entidad en liquidación desde el 1º de mayo de 1976 hasta el 3 de febrero de 2000, en el cargo de Almacenista, siendo su último salario básico, el de \$591.501.

Que la Sentencia C-1433 del 20 de octubre de 2000 proferida por la Corte Constitucional, declaró inexecutable el artículo 2 de la Ley 547 de 2000, mediante la cual se establece un incremento salarial del 9.23% para los empleados públicos; y con fundamento en dicha providencia, el Coordinador Nacional de los Servicios de Salud – Ministerio de Salud, solicitó al Gerente de la demandada para que procediera a generar la reserva presupuestal para que se realizaran los respectivos reajustes, y que aun así no se hizo.

Que mediante Resolución No. 090 de julio 19 de 2006, se ordenó el reconocimiento y pago de tales prestaciones sociales, pero sin pronunciarse sobre los intereses de mora o la sanción moratoria, ni acerca de la indexación monetaria.

Afirma haber solicitado a la entidad pronunciarse sobre lo anterior, sin embargo se negó a lo relacionado con la sanción moratoria y la indexación monetaria.

Señala que entre la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Bolívar, el Distrito de Cartagena y el Hospital Universitario de Cartagena en liquidación, se celebró Contrato de Concurrencia No. 001 de 2005, con el objeto de establecer el valor, los términos y mecanismos de pago de la concurrencia a cargo de dichas entidades.

Cuenta que la entidad en virtud de un proceso de reestructuración de su Planta de Personal, dio por terminado unilateralmente la relación laboral que tenía con la demandante, y en consecuencia ordenó liquidar su cesantía, indemnizaciones y demás prestaciones sociales con base en el salario básico y promedio mensual del año 1999.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante citó como violadas las siguientes disposiciones:

- Artículos 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 38, 58, 300, 334 y 366 de la Constitución Política.
- Artículo 3, 6, 9, 43 y ss, 48, 77, 82 del C.C.A.
- Ley 244 de 1995 y Decreto 1572 de 1998.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales, Políticos y Culturales.

Alega que la entidad demandada con la expedición del acto acusado, ha vulnerado los derechos a la actora de la vida, honra, pues ha atentado con su salario, cesantía definitiva y demás prestaciones sociales, que al no reconocérselos en forma oportuna, ello le ha causado una merma en sus ingresos.

También considera que se vulnera el artículo 1º de la Ley 244 de 1995, y lo dispuesto en el Decreto 1572 de 1998, ya que ha tardado en el reconocimiento de la cesantía definitiva, por lo que además deberá reconocerle intereses por mora.

Finalmente considera que también es procedente la indexación, debido a que tales dineros debieron haber sido recibidos con anticipación, y por tal razón ha perdido poder adquisitivo.

2. LA DEFENSA

2.1. ESE Hospital Universitario de Cartagena en liquidación

Se opuso a las pretensiones de la demanda, y señala que en este caso se trataba de una empresa social del estado del orden departamental, que no tenía ánimo de lucro, que perseguía la prestación de servicios con destino al sector de la salud.

Que la demandada reconoció y pagó a la demandante mediante Resolución No. 090 de julio 19 de 2006, la suma de \$3.011.947 por concepto de lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia C-1433 de octubre 23 de 2000, es decir, el incremento del 9.23% para la vigencia del año 2000.

Excepciones:

- Pago. Afirma haber reconocido a la actora la suma de \$3.011.947, según lo dispuesto en Resolución No. 090 de julio 19 de 2006.
- Compensación. Señala que en caso de ser condenada, se compensen las sumas señaladas en la condena con los pagos efectuados por la ESE Hospital Universitario de Cartagena, liquidando a favor de la demandada los intereses moratorios o indexaciones que fueren procedentes.
- Inexistencia del demandado. Alega que el día 3 de abril de 2006 el Departamento de Bolívar y la ESE Hospital Universitario de Cartagena en liquidación, suscribieron un acta de compromiso con el cual se viabilizaba la culminación del proceso liquidatorio, y que mediante Resolución No. 135 de agosto 15 de 2006, se declaró terminada la existencia legal de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en liquidación; y en fecha 30 de noviembre de 2006 se firmó el acta de cierre definitivo por parte del liquidador y del equipo de colaboradores.
- Prescripción. Considera que se encuentran prescritos los derechos laborales que se solicitan por haber transcurrido un término superior a 3 años.
- Cobro de lo no debido. Alegan que las pretensiones de la parte demandante carecen de fundamentos legales y fácticos para acceder a las pretensiones.

2.2. Departamento de Bolívar

Guardó silencio.

2.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que únicamente tiene obligaciones de carácter laboral con los funcionarios de su planta de personal, de la cual no ha formado parte la actora; además de afirmar, que no ha habido vínculo contractual con la demandante.

Excepciones:

Formula las siguientes:

- Caducidad de la acción. Alega que mediante Resolución No. 090 del 19 de julio de 2006 se reconocieron unas prestaciones a favor de la actora, y que respecto de dicha decisión se debió agotar vía gubernativa, y si no frente a la petición del 24 de julio de 2006, cuando ya existía un pronunciamiento. En esos términos, considera que en el presente caso se configura la caducidad de la acción, pues con la actuación de la demandante se pretende revivir términos procesales.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva. Considera que el Ministerio no puede ser legalmente sujeto pasivo de la presente acción, toda vez que su competencia funcional en la administración pública se refiere a funciones y actividades sustancialmente diferentes; además de señalar que no hacía parte de la relación jurídica material entre la demandante y la ESE Hospital Universitario de Cartagena.
- Falta de reclamación administrativa y por consiguiente, de agotamiento de la vía gubernativa. Alega que el Ministerio no ha proferido el acto administrativo que se demanda en esta oportunidad.
- Inexistencia de solidaridad o de vínculo entre la ESE Hospital Universitario de Cartagena y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Reitera los argumentos expuestos en la excepción anterior, en lo que tiene que ver con lo no expedición del acto administrativo que ahora se demanda.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 9 de abril de 2008 se admitió la demanda (f. 62), y por auto de fecha 19 de febrero de 2009 se admite la solicitud de corrección de la misma (f. 165-167)

El 30 de junio de 2011, se abrió a pruebas el proceso (f. 279-281)

Con auto de fecha 24 de septiembre de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 317).

Al respecto, únicamente alegó de conclusión el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien reiteró los argumentos de su defensa.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Es competente esta Corporación, para resolver en primera instancia el presente asunto, toda vez que la parte actora estimó la cuantía en \$68.113.466,00, monto que excede los 100 salarios mínimos para la fecha de presentación de la demanda¹, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Deberá determinar la Sala si es posible decidir de fondo la presente controversia, teniendo en cuenta la forma como se plantearon las pretensiones de nulidad de las decisiones administrativas cuestionadas en la demanda; pues solo se demandó la nulidad del Oficio de fecha 30 de noviembre de 2006, por medio de la cual se resolvió de forma negativa la solicitud de la actora, relativa al reconocimiento de los intereses, sanción moratoria (Ley 244 de 1995), y la indexación monetaria.

¹ La demanda fue promovida en fecha 28 de marzo de 2007, tal como se advierte a folio 6

3. Tesis de la Sala

La Sala se inhibirá de emitir pronunciamiento de fondo dentro de este asunto, toda vez que como se precisó en el problema jurídico, la parte demandante omitió demandar el acto administrativo que en principio contiene la decisión tachada de ilegal en el *sub examine* por ser el acto definitivo, esto es la **Resolución 090 del 19 de julio de 2006**.

4. Análisis del caso

En relación con la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el Código Contencioso Administrativo exige como un requisito de la misma, la correcta individualización de las pretensiones, al establecer en el artículo 138 que:

“Art. 138.- Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 24. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren. (Subrayas fuera del texto).

Lo anterior, implica necesariamente que se demanden la totalidad de actos que hayan conformado el agotamiento de la vía gubernativa, salvo aquellos casos en los que el acto definitivo es revocado, evento en el que tan sólo procede demandar la última decisión.

Así las cosas, es claro que en todo caso debe demandarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la Administración frente a una situación jurídica particular, junto con aquellas decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone la órbita de decisión del Juez frente a una pretensión anulatoria; precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos, sin que pueda dividirse bajo tales condiciones el análisis de su legalidad.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado² ha dicho:

“La inobservancia de lo expuesto vicia sustancialmente el contenido de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del Juez frente al litigio propuesto, tomando procedente la declaración inhibitoria al respecto.

A nivel del petitum la situación en mención se suscita en dos casos de ocurrencia alternativa o sumada a saber: i) Cuando el acto acusado toma lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi, o ii) Cuando el acto demandado no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible emitir una decisión de fondo para el Juez.”

En el sub examine, la actuación adelantada por la demandante en procura de la definición de su derecho al incremento salarial dejado de pagar correspondiente a la vigencia del año 2000 -de acuerdo con lo dispuesto por la Sentencia C-1433 del 23 de octubre de 2000-, implicó en principio un acto de reconocimiento expedido por el Agente Liquidador de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA mediante **Resolución No. 090 del 19 de julio de 2006**; y que a juicio de la actora, dejó de resolver la totalidad de las peticiones formuladas en relación con los intereses de cesantías, la indexación monetaria de los conceptos reliquidados y reconocidos; y lo relativo a la sanción moratoria o intereses moratorios.

El referido acto dispuso en el artículo séptimo de la parte resolutive de la misma lo siguiente:

“ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la presente Resolución procede recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Agente Liquidador, con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 52 del C.C.A., dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución, acreditando la calidad en que se actúa y aportando las pruebas que se quieran hacer valer.”

Advierte la Sala, que no encontrándose conforme con el contenido de la aludida resolución, la parte actora presentó solicitud en fecha 24 de julio de 2006 (f. 17-18), por

² Consejo de Estado, sentencia de fecha 18 de mayo de 2011 C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN - Exp 1282-10.

considerar que no se habían satisfecho la totalidad de las peticiones realizadas, en relación con los intereses de cesantías, la indexación monetaria de los conceptos reconocidos mediante Resolución No. 090 del 19 de julio de 2006, y la sanción moratoria; solicitud que motivó la expedición del Oficio de fecha 30 de noviembre de 2006, en el que se negaron los conceptos pretendidos.

Así, de conformidad con lo expuesto en párrafos precedentes, se tiene que la parte actora debió demandar en el *sub examine* la Resolución No. 090 del 19 de julio de 2006, pues ésta principalmente, al igual que el acto acusado, contienen la manifestación de voluntad de la Administración que se pretende atacar; es decir, la decisión de no inclusión de los conceptos reclamados por la demandante, relacionados con los intereses de cesantías, la indexación monetaria, y la sanción moratoria, y que en últimas son el objeto de la acción impetrada.

Por lo anterior, no es posible en este caso adelantar análisis de legalidad y decisión anulatoria únicamente frente al Oficio censurado, pues éste de una u otra forma confirmó la decisión de no incluir los conceptos reclamados y que a juicio del libelista no se tuvieron en cuenta en la Resolución No. 090 del 19 de julio de 2006; de manera que el contenido de ésta última, y sus efectos jurídicos, ameritaban necesariamente su cuestionamiento judicial en razón de la unidad jurídica que guarda con el acto posteriormente expedido.

Como quiera que la parte demandante omitió cuestionar el acto administrativo que en principio y sustancialmente contiene la decisión tachada de ilegalidad en el *sub examine* **-Resolución 090 del 19 de julio de 2006-**, no podrá la Sala válidamente emitir juicio alguno, razón por la que se concluye la ineptitud sustantiva de la demanda y la decisión inhibitoria al respecto, en ausencia de la proposición jurídica necesaria para definir de manera adecuada la pretensión de la actora, tal como lo ha definido la jurisprudencia.

Por último, debe precisarse que la decisión inhibitoria no es la manera normal y adecuada de concluir un pleito, sin embargo, en casos como éste, no puede simplemente superarse el asunto habilitando el análisis de legalidad escasamente propuesto pues ante una eventual decisión anulatoria y restablecimiento del derecho, las consecuencias del acto no cuestionado se mantendrían incólumes en contravía de la normatividad aplicable y en detrimento de los recursos públicos.

5. Cuestión accesoria

A folio 323 se observa poder presentado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que se reconocerá personería al nuevo apoderado, en los términos y para los efectos del mandato conferido.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE INHIBIDA la Sala para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, y si no es apelada ARCHÍVESE el expediente previa devolución del remanente, si lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

(Hoja de firmas: expediente radicado con el No. 13001-23-31-002-2007-00212-00.)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0021
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN-
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2009-00238-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-33-31-007-2009-00238-01
Demandante : Corporación Colombiana de Logística S.A.
Demandado : U.A.E. DIAN

TEMA: Tránsito Aduanero–Paro Nacional de Transportadores.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2013 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

- Que se declare la nulidad del Requerimiento Sancionatorio Aduanero No. 000280 del 28 de octubre de 2008; y de las Resoluciones Nos. 000017 del 7 de enero de 2009 y 000628 del 6 de abril de 2009; por medio de las cuales la entidad demandada impuso sanción económica a título de multa en cuantía de \$13.845.000.00 MCTE, a la sociedad actora.

- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la accionada desistir de toda acción sancionatoria contra la sociedad demandante como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

1.2. HECHOS

Se resumen:

Se narra en el libelo, que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena con fecha de 14 de agosto de 2008 aceptó y autorizó a la sociedad actoral Continúa de Viaje No. 0600409M010870 – Aceptación No. 0608815515 cuyo destinatario era DEPOSITO ALMASEAIR – ZONA FRANCA BOGOTÁ, sobre mercancías consistentes en 1470 piezas embaladas en la Unidad de Carga TTNU152963-5 conteniendo productos alimenticios y muestras gratuitas procedentes de Salerno (Italia) debidamente sellado y precintado; y traído al puerto de Cartagena por la naviera COMPAÑÍA SURAMERICANA DE VALORES.

Que dicho régimen tenía fecha límite de la operación el día 20 de agosto de 2008, sin embargo éste concluyó un día después (21 de agosto de 2008), por causa del Paro Nacional de Transportadores de Carga.

Que mediante Oficio 03-068-199-845 de septiembre 16 de 2008, la División Servicio al Comercio Exterior de la Administración de Bogotá reporta la finalización extemporánea del tránsito.

Alega que la DIAN Seccional Cartagena omitió formularle a la demandante Requerimiento Ordinario de Información, sino que en su lugar profirió el Requerimiento Sancionatorio No. 000280 de octubre 28 de 2008, proponiendo que se le impusiera sanción equivalente a \$13.845.000.00.

Que con posterioridad expide la Resolución No. 000017 del 7 de enero de 2009, imponiéndole a la demandante la sanción pecuniaria en cuantía de \$13.845.000.00., y la Resolución No. 000628 del 6 de abril de 2009 mediante la cual resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior, confirmándola.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

- Art. 6, 29 y 83 de la Carta Política.
- Art. 84 del Código Contencioso Administrativo.
- Art. 1º de la Ley 95 de 1980.
- Art. 369 del Decreto 2685 de 1999.
- Concepto Jurídico No. 104 de 1998.
- Decisión No. 393 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena Art. 6º que substituyó el Art. 11 de la Decisión 331 del mismo organismo.

Sustenta su concepto de violación en los siguientes cargos:

1. Violación al debido proceso, falta de competencia, expedición irregular de los actos administrativos.

Señala la parte actora que la actuación que se demanda es nula ya que los funcionarios de la Dirección Seccional de la DIAN – Cartagena son incompetentes para adelantarla, toda vez que de conformidad con la Resolución No. 7 de 4 de noviembre de 2008 publicada en el Diario Oficial No. 47163 de esa misma fecha; la competencia para adelantar los procesos administrativos para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones aduaneras corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas con competencia en el domicilio del presunto infractor o usuario, y la demandante tiene su domicilio en la Ciudad de Bogotá según el RUT y los registros de la DIAN.

2. Violación al debido proceso, por falta de aplicación del Concepto 104 XII-29-1998 de la DIAN y de la sentencia de la Corte Constitucional C-05 de 1998 M.P. Jorge Arango Mejía, sentencia T-359. Arts. 28 y 35 del Código Contencioso Administrativo. Art. 2 del Decreto 2685 de 1999.

Que igualmente es violación al debido proceso, el hecho de que la DIAN no hizo un requerimiento ordinario de información, antes de formular el requerimiento sancionatorio realizado en los actos demandados, a fin de permitirle al demandante conocer los hechos constitutivos de la presunta infracción para allegar las explicaciones y los

medios de prueba pertinentes conforme lo ordena el Concepto 104 XII-29-1998 de la DIAN.

3. Violación del Art. 1º de la Ley 95 de 1890, del Art. 369 del Decreto 2685 de 1999; del Concepto Jurídico No. 104/98; del Art. 992 del Código de Comercio. Falta de aplicación de la normatividad aduanera (Memorando 00449 de la Sub-Dirección de Comercio Exterior – DIAN); violación de la Resolución No. 1923 de 8 de agosto de 2008 (DIAN de Buenaventura). Falsa Motivación.

Señala que los actos demandados incurren en falsa motivación, ya que en la Resolución No. 000017 de 1 de julio de 2009, la DIAN reconoce las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito originadas por el Paro Nacional de Transportadores, haciendo el vicio más evidente, toda vez que no es verdad como allí se afirma, que la huelga nacional de los transportadores de carga se hubiese desarrollado en una fecha anterior a la de la Autorización de Tránsito Aduanero No. 0600408M10870.

Que el tránsito es de fecha 14 de agosto de 2008 con una duración hasta el 20 de agosto de 2008 (6 días) y la huelga se ejecutó desde el 29 de julio de 2008 hasta el día 20 de agosto de 2008, luego ésta última no fue anterior a la aprobación y ejecución del citado régimen como se afirma en la Resolución censurada, sino concomitante o simultánea con el paro.

Que lo anterior se evidencia cuando en la Resolución No. 1923 del 19 de agosto de 2008 sobre suspensión de términos, la DIAN dispuso suspender a partir del día 4 de agosto de 2008 el término de duración para las operaciones de tránsito aduanero hasta tanto se restableciera el servicio de transporte de mercancías sin nacionalizar.

Que también se advierte la falsa motivación de los actos acusados, cuando en la Resolución No. 000628 de 4 de junio de 2009, se invoca como circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito no la huelga o paro nacional, que es la alegada por la actora, sino el hurto de la mercancía objeto de transporte.

Que se desconoció el Art. 6º de la Decisión 393 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que sustituyó el Art. 11 de la Decisión 331 del mismo organismo, sobre Operación de Transporte Multimodal que dispone perentoriamente que dicho operador no es responsable por el retraso en la entrega de las mercancías transportadas cuando se presentan circunstancias de huelga, lock-out, o paros.

Finalmente, alega que a pesar de ser un hecho notorio el Paro Nacional de Transportadores efectuado en el país entre los días 29 de julio a 20 de agosto de 2008, (lo cual era conocido por la DIAN), la entidad se negó a aplicar la norma comunitaria y sancionó a la sociedad actora.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Alega que con relación a la violación al debido proceso por ausencia de requerimiento ordinario previo, los artículos 507, 509 y 510 del Decreto 2695 de 1999, imponen a la administración la obligación de emitir el Requerimiento Especial Aduanero tan pronto se tenga conocimiento del acaecimiento de la infracción.

Que en el tránsito de una mercancía, se configura una obligación legal de resultado, que consistía en finalizar el régimen dentro del término legal autorizado por la Aduana de Cartagena, lo cual pone sobre la parte actora la carga de probar la existencia de una causa extraña.

Considera la demandada que el hecho alegado como fuerza mayor no cumple con el requisito de ser imprevisible, pues al momento de autorizarse la operación de transporte multimodal el 14 de agosto de 2008, el Paro Nacional de Transportadores ya había empezado; y que si bien es cierto que existe el Memorando 00449 del 6 de agosto de 2008 facultando a los Directores Seccionales de Aduana, en aplicación del Art. 321 de la Resolución 4240 de 2000, no es menos cierto que la Dirección de Aduanas de Cartagena, no profirió acto administrativo alguno en tal sentido; y el transportador ante la imposibilidad de entregar la mercancía a la aduana de destino, debía solicitar prórroga del mismo.

Que en lo que tiene que ver con la violación de las normas supranacionales, manifiesta que no existe incompatibilidad entre la Decisión 321 modificada por la 393 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, y el Decreto 2685 de 1999; que en el presente caso no se cumplen los presupuestos para que la operación de tránsito aduanero objeto de este proceso, sea cobijada por las anteriores decisiones, ya que no nos encontramos ante un Contrato Andino de Transporte Multimodal Internacional, y por ello la operación está regida por la normatividad interna de cada país.

Finalmente, en cuanto a la alegada falta de competencia de los funcionarios que expidieron los actos, indica que el numeral 7.1 del Art. 1º de la Resolución No. 7 de noviembre 4 de 2008, consagra la excepción a la regla general, para los eventos en que como en el presente asunto, la investigación administrativa fue advertida en desarrollo de control simultáneo de la operación de comercio exterior, asignando la competencia para adelantar la investigación, en cabeza de la Administración de Aduanas en la que se presentó la Declaración de Importación, Exportación, o Tránsito.

Excepciones:

- Inepta demanda por el planteamiento de hechos nuevos no discutidos en vía gubernativa
- No se acompañó la prueba de agotamiento de la Conciliación Prejudicial.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia de primera instancia, negando las pretensiones de la demanda, al concluir lo siguiente:

Que en relación al cargo de falta de competencia del funcionario que expidió el acto sancionador, señaló que la aduana competente para efectuar la investigación y posterior declaración del incumplimiento del Régimen de Tránsito Aduanero, es la aduana de partida, que en este caso era la de Cartagena.

Que en el presente asunto la norma no exige que frente al tema del procedimiento administrativo sancionatorio para infracciones aduaneras, la previa formulación de un requerimiento ordinario, conforme lo disponen los Arts. 507 a 510 del Decreto 2685 de 1999.

Que es evidente que la huelga comenzó con anterioridad a la autorización de tránsito, y siendo el paro de transportadores un hecho notorio, de público conocimiento por ser difundido en los medios informativos con anterioridad a la autorización del tránsito; no es posible predicar de dicho hecho la imprevisibilidad que se invoca.

Que habiendo conocido el transportador las circunstancias que acaecerían, debió buscar mecanismos alternos para poder cumplir con el régimen al que estaba sometido, en especial, solicitar oportunamente la prórroga del término ante la aduana de partida.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el que básicamente expuso lo siguiente:

Alega que el fallo de primera instancia está viciado de nulidad absoluta por violación al Art. 84 del Código Contencioso Administrativo por falsa motivación.

Señala que no es cierto que la huelga nacional de los transportadores de carga se hubiere desarrollado en una fecha anterior a la de la autorización del Tránsito Aduanero No. 0600408M010870, ya que el mismo fue aprobado y debía ejecutarse en condiciones normales entre los días 14 y 20 de agosto de 2008; y la huelga nacional se desarrolló desde el 29 de julio de 2008 hasta el 20 de agosto de 2008. Por consiguiente, indica que no es verdad como se afirma en los actos acusados, y en el fallo apelado, que el paro hubiese sido anterior a la fecha de ejecución del citado régimen de continuación de viaje; sino todo lo contrario, concomitante, o simultáneamente.

Que no fueron apreciadas las pruebas relativas a la Resolución No. 1923 del 19 de agosto de 2008, expedida por la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura, que ordena suspender a partir del 4 de agosto de 2008 el término de duración para las operaciones de tránsito aduanero autorizadas hasta tanto se restableciera el servicio de transporte. En igual sentido, el Memorando 00449 de agosto 6 de 2008, emanado de la Subdirección de Comercio Exterior de la DIAN, sobre la normatividad aduanera dirigido a los administradores locales, delegados y jefes de divisiones de servicios de aduanas de la DIAN, en los que se les solicita dar aplicación a la normatividad aduanera vigente.

Que nada resolvió el fallo de primera instancia, sobre el cargo relacionado con la falsa motivación, atendiendo a que jamás se han invocado circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito para exonerarse de responsabilidad por la finalización extemporánea del régimen, con base en un supuesto asalto a mano armada sobre el vehículo que transportaba las mercancías como lo indica erradamente el texto de la Resolución No. 00628 de abril 6 de 2009.

Que tampoco se pronunció la juez a quo, respecto al cargo de violación del Concepto 104 de la Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la U.A.E. DIAN, en concordancia con el artículo 20 del Decreto 2295 de 1996 y lo transcribe en los siguientes términos:

“...5. Cuando la empresa transportador (sic) no entregue la mercancía al depósito habilitado al cual viene consignada o al usuario operador de la Zona Franca Industrial de bienes y servicios dentro del término autorizado por la Aduana de Partida. Si la mercancía es entregada dentro de los cinco día (sic) calendario (sic) siguientes a la fecha en que venció el plazo autorizado, la garantía se hará efectiva por diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 26 de julio de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (f. 257)

El 28 de agosto de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 259).

Al respecto, las partes demandante y demandada, reiteraron los argumentos de la demanda, de la defensa y del recurso de apelación.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena en primera instancia, por medio de la cual se niegan las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

3. La caducidad

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 6 de agosto de 2009¹, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136

¹ Ver folio 1

del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa (Resolución No. 000628 del 6 de abril de 2009) fue notificado en fecha 8 de abril de 2009².

4. Los actos acusados

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 000280 expedida el 28 de octubre de 2008**, proferida por la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas, mediante la cual se Formula Requerimiento Especial Aduanero en contra de la parte actora.
- **Resolución No. 000017 del 7 de enero de 2009**, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se impone una sanción a la parte actora.
- **Resolución No. 000628 del 6 de abril de 2009**, proferida por la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración contra la anterior, confirmándola.

5. Problema jurídico

El asunto planteado en el escrito de apelación, y sobre el cual versa el debate de la segunda instancia, se contrae a determinar si la parte actora es responsable por el incumplimiento en su obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero, en la aduana de destino dentro del término que le fue concedido.

Teniendo en cuenta que para la época en que ocurrieron los hechos se desarrollaba en el país un paro de camioneros que mantenían algunas vías bloqueadas e impedían el paso de vehículos: ¿Constituye tal situación un caso de fuerza mayor o caso fortuito que le exima de las consecuencias que se derivan del incumplimiento del régimen en cuestión?

Para resolver el presente asunto, deberá la Sala realizar un análisis probatorio, de acuerdo con los argumentos del recurso de apelación, en relación con Resolución No.

² Ver folio 68.

1923 del 19 de agosto de 2008, expedida por la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura, y el Memorando 00449 de agosto 6 de 2008, emanado de la Subdirección de Comercio Exterior de la DIAN.

En igual sentido, deberá la Sala establecer si existe violación al Concepto 104 de la Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la U.A.E. DIAN.

6. Análisis del caso

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayas fuera del texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en

el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía..." (Subrayas fuera del texto)

A su vez, el artículo 356 ibidem, acerca de las responsabilidades originadas en el régimen de tránsito aduanero preceptúa:

"Artículo 356.- Responsabilidades.

(...)

La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero." (Destacado fuera del texto)

Así mismo, el literal b) del artículo 357 del mismo estatuto, acerca de la constitución de las garantías que amparan las obligaciones de las empresas transportadoras, derivadas del adelantamiento del régimen de tránsito aduanero, dispone:

"Artículo 357.- Garantías. Toda operación de tránsito aduanero deberá estar amparada con las garantías que a continuación se señalan:

(...)

b) Garantía por la finalización de la modalidad, a cargo del transportador, para respaldar las obligaciones de finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero..." (Subrayado fuera de texto)

Finalmente, resulta pertinente traer a colación la disposición referente a la finalización del régimen de tránsito aduanero, la cual establece:

"Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza con:

(...)

Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan

posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero.

(...)

d) Cuando por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, la Aduana autorice la finalización de la modalidad de conformidad con el reglamento que para el efecto expida la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”

De lo descrito, encuentra la Sala, que la responsabilidad de las empresas transportadoras en el régimen de tránsito aduanero es muy específica, la cual es, entregar la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

De igual manera, se tiene, que este régimen especial culmina, entre otras situaciones, por la entrega de la mercancía por fuera de los términos autorizados por la aduana de partida, es decir, con el incumplimiento del transportador.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta Corporación revisar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si realmente la parte demandante incumplió el régimen de tránsito aduanero objeto de análisis.

Lo probado:

Examinado el cuaderno de pruebas anexo, se observa que en fecha 11 de agosto de 2008, la DIAN autorizó a la sociedad actora la Continuación de Viaje No. 0609M010870, con No. De Aceptación 0608015515, para el transporte de productos alimenticios y muestras gratuitas provenientes de Salerno (Italia) como puerto de embarque, hacia Cartagena puerto de desembarque), cuyo destino era Bogotá. Dicha autorización estaba prevista entre el día 14 de agosto de 2008 hasta el día 20 del mismo mes y año. (F. 37)

Que según Acta de Inventario e Inconsistencias No. 20089115 suscrita el 26 de agosto de 2008, la aludida mercancía ingresó a Zona Franca Bogotá el día **21 de agosto de 2008**. (F. 45)

Según Registro de Finalización de Cabotaje con No de Autorización 0600408M010870 se consigna lo siguiente acerca del tránsito realizado por la actora (f. 46):

Fecha de autorización: 14 de agosto de 2008.

Fecha de inicio: 14 de agosto de 2008.

Fecha de finalización real: 22 de agosto de 2008.

Que de acuerdo con el **Auto No. 1923 del 8 de agosto de 2008** (f. 8-9), se suspende a partir del día 14 de agosto de 2008 el término de duración para las operaciones de Tránsito Aduanero, Continuaciones de Viaje que estén aceptadas y/o autorizadas, hasta tanto se restablezca el servicio de transportes de mercancías sin nacionalizar. Término que debía reanudarse a partir de la fecha en que se restableciera el transporte de mercancías. Del texto de dicho acto se destaca lo siguiente:

“...Que el día 4 de agosto de 2008, en la vía Buenaventura – Cali, como es de conocimiento público, se inició un paro de Transportadores, circunstancia que impide el transporte de mercancías sin nacionalizar con destino a Zonas Francas y Depósitos autorizados entre otros.

Que el hecho descrito impide la continuación de la modalidad de tránsito (sic) aduanero.

Que mediante Memorando 00449 de 6 de agosto de 2008, la Subdirección de Comercio Exterior Imparte Instrucciones a las Administraciones de Aduanas del país, en relación con la afectación del transporte de carga en las operaciones de comercio exterior, ocasionadas por el paro de transportadores.”

Que el **Memorando No. 00449 del 6 de agosto de 2008**³ citado en la resolución antes transcrita, estaba dirigido a los Administradores Especiales de Aduana, Locales de Impuestos y Aduanas Nacionales, Delegados de Aduana, Jefes de Divisiones de

³ Folio 38 cuaderno principal

Servicio al Comercio Exterior; y fue aportado por la sociedad demandante en copia auténtica. Del mismo se destacan los siguientes apartes:

“Considerando las actuales circunstancias que afectan el transporte de carga dentro del territorio aduanero nacional, ocasionadas por el paro de transportadores, me permito solicitarles dar aplicación a la normatividad aduanera vigente, así:

- *Artículo 321 de la Resolución 4240 de 2000, referido a la Prórroga de Plazos. La suspensión del término de duración de la ejecución del tránsito aduanero, es facultad del Administrador, con sujeción a los términos para solicitar el régimen de tránsito contemplados del artículo 113 del Decreto 2685/99.*
- *Artículo 79 de Resolución 4240 de 2000, La autorización de prórroga del término de permanencia de la mercancía en depósito establecida en la Resolución No. 15719 de Diciembre 19 de 2007, vigente hasta Diciembre 31 de 2008 según Resolución No.6920 de Julio 31 de 2008, siempre y cuando la solicitud se presente antes del vencimiento del término de almacenamiento del artículo 155 del Decreto 2685 de 1999.”*

De acuerdo con lo anterior, es preciso anotar que para la Sala no cabe duda que para la época en que sucedieron los hechos que dieron origen al presente litigio, se desarrollaba en el país un paro de transportadores que trajo como consecuencia el bloqueo de varias vías principales, situación que implicó que la mercancía transportada por la sociedad actora y que era objeto de esta modalidad aduanera, fuese descargada en el depósito de destino un día después de vencido el plazo límite para la culminación de la operación. La anterior situación de irregularidad en las vías nacionales, conllevó a que la DIAN incluso, suspendiera el término de duración de tránsitos aduaneros y continuaciones de viaje que se encontraban autorizadas.

En virtud de lo anterior, el recurrente alega, que en su caso se configuró una fuerza mayor o caso fortuito, los cuales le impidieron finalizar oportunamente el régimen al que se encontraba obligado; y en esa medida le operaba la suspensión de términos prevista por el **Auto No. 1923 del 8 de agosto de 2008**. Sin embargo, el texto de aquel acto es expreso, al referirse únicamente al paro que se encontraba en la vía Buenaventura – Cali, tramo por el que la parte actora no debía circular, como quiera que su autorización

estaba prevista para la vía Cartagena – Bogotá, y por consiguiente, no le era aplicable el auto de suspensión de términos.

En ese orden, en cuanto al argumento del recurrente, de encontrarse cobijado por el Auto No. 1923 del 8 de agosto de 2008 que previó la suspensión de los términos con ocasión del paro de transportadores, no prospera, por las razones expuestas.

Resta por analizar, otro de los argumentos planteados en el recurso de apelación, y que tiene que ver con el cargo alegado en la demanda de violación del Concepto 104 de 1998 expedido por la Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la U.A.E. DIAN, se precisa lo siguiente:

El aludido concepto dispone, en la parte pertinente lo siguiente:

“¿Es posible finalizar el régimen de tránsito aduanero una vez vencido el plazo otorgado por la Aduana de Partida?”

TESIS JURÍDICA

*SI es posible finalizar el régimen de tránsito aduanero una vez vencido el plazo otorgado por la Aduana de Partida, siempre y cuando la mercancía sea entregada en el Depósito habilitado o a la Zona Franca a donde venía destinada la misma, y los documentos de viaje y demás documentos pertinentes sean entregados a la Aduana de Destino, **dentro de los cinco (5) días siguientes al término de vencimiento del plazo otorgado por la Aduana de Partida, pero sin perjuicio de que se haga efectiva la garantía por el monto correspondiente.**” (Destacado fuera del texto).*

Del concepto transcrito, se desprende entonces que contrario a lo indicado en los actos que se acusan, la parte actora sí puede finalizar el régimen de tránsito aduanero al que se había obligado aun cuando fuese de forma extemporánea, pero dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo otorgado.

Más adelante, el referido concepto señala que la anterior circunstancia de finalización extemporánea del régimen de tránsito aduanero, no exime la efectividad de la garantía, cuyo monto deberá reducirse a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Observa la Sala, que el concepto al cual se refiere el apelante en su recurso, fue aportado por la compañía Corporación Colombiana de Logística S.A. con el libelo inicial en copia auténtica⁴; también se advierte que la entidad demandada no se refirió a él dentro del término de contestación de la demanda; por lo que bien puede inferirse que el mismo se encuentra vigente y puede ser aplicado al caso *sub examine*, siempre que se configuren los supuestos de hecho allí descritos.

Al respecto, el párrafo del artículo 11 del Decreto 1265 de 1999 prescribe lo siguiente:

"...los conceptos emitidos por esta oficina sobre la interpretación y aplicación de las leyes tributarias o de la legislación aduanera o en materia cambiaria en asuntos de competencia de la entidad, que sean publicados, constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria."

Por su parte, el Consejo de Estado, señaló en sentencia de diciembre 5 de 1.997 que *"los conceptos constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la DIAN, son obligatorios en cuanto con ellos no se desconozca el ordenamiento jurídico superior, pero mediante ellos no se puede legislar"*.

Por consiguiente, estudiará la Sala si resulta procedente la aplicación del Concepto 104 de 1998 en el caso que nos ocupa:

Destaca la Sala, que la **Resolución No. 000017 del 7 de enero de 2009**⁵ dispuso declarar el incumplimiento de la obligación, por finalizar el régimen de forma extemporánea y ordenó hacer efectiva la Póliza Global de Cumplimiento No. 8001002781 de disposiciones legales de la compañía SEGUROS COLPATRIA SA. Dispuso el acto acusado que el monto sobre el cual procedía hacerse efectiva la póliza era de 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes así:

*"S.M.L.V año 2008..... \$461.500
Tarifa Sanción 30 Salarios Mínimos.
Valor Total Sanción..... \$13.845.000"*

⁴ Ver folios 100 a 122 cuaderno principal

⁵ Acto acusado que impone la sanción. Fol.104-109 cuaderno anexo

Por otro lado, como se destacó en los hechos que resultaron probados, la operación de tránsito aduanero a que se encontraba obligada la compañía actora, fue autorizada desde el día 14 de agosto de 2008 hasta el 20 de agosto de 2008; y la entrega final se dio el día 22 del mismo mes y año; fecha ésta última que si bien fue extemporánea se encontraba dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al plazo de vencimiento para finalización de la operación; por lo tanto, le asistía el derecho a la demandante de finalizar el régimen sin perjuicio de que se hiciera efectiva la garantía pero no por el monto de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sino solo por diez (10), conforme lo prevé el Concepto 104 de 1998.

Las anteriores consideraciones determinan que proceden el cargo planteado por la parte recurrente de violación del Concepto 104 de 1998, pero solo en lo que tiene que ver con el monto sobre el cual se hizo efectiva la garantía; por lo que se revocará la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad parcial del acto acusado, y ordenando a la entidad demandada que a título de restablecimiento del derecho, reajuste el valor sobre el cual debía hacerse efectiva la póliza; es decir, por el monto de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por otro lado, se declarará inhibida la Sala frente a la pretensión de nulidad del Requerimiento Especial Aduanero contenido en la Resolución No. 000280 del 28 de octubre de 2008, debido a que es un acto de trámite a partir del cual se traba la controversia entre la Administración y el administrado, a fin de determinar posibles irregularidades relacionadas con la importación, exportación o tránsito de mercancía.

Al respecto, el Consejo de Estado respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, ha expuesto lo siguiente⁶:

“(…) es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera. A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal, surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera

⁶ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez- veintiocho (28) de junio del dos mil diez (2010)-radicación número: 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326)-Actor: F. M. LOGISTICA LTDA SIA - Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público – DIAN.

individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban defenderse, pues sólo el requerimiento especial aduanero concreta el error o la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma (...).⁷

Entonces, es claro para la Sala que el Requerimiento Especial Aduanero, no puede ser considerado ni constituir un acto definitivo de los definidos por el Art. 50 del Código Contencioso Administrativo, esto es, el que pone fin a la actuación administrativa, que decide directamente o indirectamente el fondo del asunto; toda vez que es un acto de trámite, con el que se inicia la actuación administrativa aduanera, dirigida entre otros fines, a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **REVOCAR** la sentencia de 21 de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena Descongestión de Cartagena y en su lugar se dispone:

***“PRIMERO: INHIBIRSE** de emitir un pronunciamiento de fondo respecto del Requerimiento Especial Aduanero, contenido en la Resolución No. 000280 del 28 de octubre de 2008.*

***SEGUNDO: DECLÁRASE** la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 000017 del 7 de enero de 2009 y 000628 del 6 de abril de 2009, solo en lo que tiene que ver con el monto sobre el cual se hizo efectiva la Póliza Global de Cumplimiento No. 8001002781 de disposiciones legales expedida por la compañía SEGUROS COLPATRIA SA..”*

***TERCERO: ORDÉNASE** a la entidad demandada, que a título de restablecimiento del derecho, se reajuste el valor sobre el cual debía*

⁷ Subrayas fuera del texto.

hacerse efectiva la póliza; en el entendido que solo será, por el monto de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

CUARTO: *En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previa devolución del remanente de los gastos del proceso, en el evento en que sean reclamados oportunamente.**

2. Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0022
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: OMAR ARNULFO DELGADO GUEVARA
DEMANDADO	: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA-
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2011-00255-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-33-31-004-2011-00255-01
Demandante : Omar Arnulfo Delgado Guevara
Demandado : Universidad de Cartagena

TEMA:Contrato realidad – configuración de los elementos.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio de fecha 19 de septiembre de 2011 proferido por el Rector de la Universidad de Cartagena, por medio del cual se niega el reconocimiento de la relación laboral que tuvo ocurrencia desde

septiembre de 2002 hasta diciembre de 2008; cuando el actor se desempeñaba como Jefe de Seguridad de la Universidad de Cartagena.

Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada, a reconocer la existencia de la relación laboral que tuvo con el actor desde septiembre de 2002 hasta diciembre de 2008, cuando se desempeñó como Jefe de Seguridad de la Universidad de Cartagena.

Además de lo anterior, se le condene a cancelarle al actor una indemnización por despido injusto, cesantías definitivas, primas de vacaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, salarios, indemnización moratoria, dotación y todos los demás conceptos laborales de carácter prestacional debidamente indexados, y que fueron generados.

1.2. HECHOS

Se resumen así:

Se narra en el libelo, que el señor Omar Arnulfo Delgado Guevara prestó sus servicios personales bajo la continuada subordinación o dependencia de la entidad demandada desde el mes de septiembre del año 2002, hasta el mes de diciembre del año 2008, en el cargo de Jefe de Seguridad.

Alega que su vinculación se dio mediante Contratos de Prestación de Servicios mediante los cuales, la Universidad de Cartagena pretendía ocultar la verdadera relación laboral existente.

Que en virtud de la relación laboral, tenía el demandante que cumplir un horario riguroso comprendido entre las 7:00 a.m. y las 10:00 p.m., de lunes a viernes, y los sábados de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., sin que se le cancelaran las prestaciones a que tenía derecho, y acatando las órdenes impartidas por su jefe inmediato que fueron en principio, el señor Bernardo Herrera, y posteriormente el señor Edwin Gordon.

Cuenta que en varias oportunidades, por órdenes del rector de la universidad, tuvo que asistir a algunas capacitaciones, así como también debía presenciar actividades culturales, deportivas y recreacionales de carácter obligatorio. Que igualmente, le fue expedido el carnet que lo identificaba como empleado de la Universidad de Cartagena,

entidad que le suministraba además todos los equipos, materiales y distintivos que lo identificaban, con el fin de desarrollar sus labores.

Que el Representante Legal de la entidad demandada, dio por terminado de forma unilateral y sin justa causa, el contrato de trabajo existente; sin que se cancelaran las prestaciones sociales a que tenía derecho.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante cita como violadas, las siguientes disposiciones:

- Arts. 53 y 125 de la Constitución Política.
- Art. 84 y 85 del C.C.A.
- Decreto Ley 2400 de 1968.
- Decreto 1040 y 1042 de 1968.
- Ley 50 de 1990.
- Ley 244 de 1995.

Reitera la parte actora los hechos narrados en la demanda, y para sustentar la violación de normas, cita sentencias como la del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B” de fecha 5 de mayo de 2005, Exp. 2002-0071-01 (3731-03); Sentencia de fecha 17 de abril de 2008, Exp. (2776-05).

2. LA DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que a la parte actora no le asiste derecho alguno para solicitar pagos e indemnización con ocasión de los hechos que pretende atribuirle a la Universidad de Cartagena.

Indica que la vinculación del demandante los años 2007 y 2008, fue mediante contrato de trabajo a término definido, cuya terminación fue comunicada con previo aviso.

Que en relación con las obligaciones contraídas por el actor, fueron cumplidas con aquel sin estar sujeto a un horario pre-establecido ni bajo subordinación.

Alega que el demandante no recibía órdenes, sino que simplemente eran directrices para desarrollar el objeto contractual a él encomendado, y que no tenía jefe inmediato,

sino un supervisor; por lo que en razón a la naturaleza de la vinculación, no tenía derecho a prestaciones.

Afirma que le fueron cancelados al actor todos los salarios y prestaciones,¹ y que en ningún momento ha existido terminación del contrato de forma unilateral y sin justa causa, ya que alega que la desvinculación se dio por vencimiento del término contractual.

Finalmente, señala la ausencia del elemento de subordinación en relación con los contratos laborales celebrados y suscritos hasta el año 2006, ya que por su condición de contratista solo generaba el pago de honorarios.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia concediendo las pretensiones de la demanda, condenando a la Universidad de Cartagena a título de reparación del daño, a reconocer, liquidar y pagar a favor del actor, el valor equivalente a cesantías definitivas, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones que perciba un Jefe de Seguridad y/o su equivalente, tomando como base para la liquidación, el valor pactado por concepto de honorarios en los contratos de prestación de servicios celebrados entre el 11 de septiembre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2006.

Que en relación con el período comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2008, señala que fue celebrado entre las partes contrato laboral a término definido; por lo que consideró que el objeto de la litis debía circunscribirse a determinar si se configuró o no la relación laboral entre las partes durante el período comprendido entre el año 2002 y el año 2006.

Señaló que las labores de supervisión de personal de vigilancia, y de coordinación de la seguridad de la planta física en una Institución Educativa Universitaria, tienen una connotación de confianza y manejo que es propia de un cargo perteneciente a la planta de personal.

Consideró que a pesar de que las declaraciones recibidas en el proceso eran de personas que se encontraban en la misma situación del actor, al haber sido vinculados mediante contratos de prestación de servicios e iniciado las acciones contenciosas

pertinentes; sus testimonios fueron unánimes, claros y responsivos, por lo que ofrecieron credibilidad, lo cual es otro hecho indicador de que no se trataba de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional, sino de una verdadera relación de trabajo, en la cual se requirió de la continuidad por más de 4 años; lo cual desdibujaba los elementos de la transitoriedad y temporalidad característicos de los contratos de prestación de servicios.

Que no podría sostenerse que existió una relación de coordinación cuando la actividad del actor se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas de la Universidad de Cartagena, prestando sus servicios de forma subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno.

Desvirtuadas la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral, concluyó la jueza de primera instancia que la administración utilizó equivocadamente la figura del contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en la Constitución Política Arts. 13 y 53; ya que el demandante prestó sus servicios en la entidad demandada de manera subordinada y en las mismas condiciones de los demás empleados públicos.

En lo que tiene que ver con la pretensión de la parte actora, de dotación de vestido y calzado de labor, señaló la juez a quo que su entrega no constituía salario ni se computaría como factor del mismo en ningún caso; ya que no se demostró ser beneficiario de dicha prestación.

En cuanto a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, señaló la juez de primera instancia que teniendo en cuenta que tal concepto, junto con el de la indemnización moratoria, son propios del contrato de trabajo regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, y no de una relación legal y reglamentaria; respecto de ellos no era posible emitir un pronunciamiento.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso los siguientes argumentos:

En primer lugar, alega que el fallo de primera instancia no resolvió la excepción de Cláusula Compromisoria que fue propuesta en la contestación de la demanda, por lo que se estaría violando el principio de congruencia de la sentencia.

Además de ello, considera que en el presente asunto no se encuentra acreditado el elemento de la subordinación, ya que en este caso no se presentaron las características del contrato de trabajo, sino que el contratista disfrutaba de la autonomía propia para el cumplimiento de los contratos celebrados y suscritos por las partes en los años 2002 a 2006, los cuales fueron en la modalidad de prestación de servicios, los cuales no generan ninguna clase de relación laboral. Por consiguiente, alega que no hay lugar al pago de prestaciones sociales, pues su reglamentación es la civil.

Señala que tampoco se demostró que el actor estuviera sujeto a horario de trabajo, o recibiera órdenes por parte de la entidad demandada.

A juicio del recurrente, las declaraciones de los señores Edwin Gordon y Jairo Guzmán, no ofrecen credibilidad, ya que estos manifiestan en sus relatos no tener certeza de que el actor recibiera órdenes o estuviera sujeto a horarios de trabajo, mientras estuvo vinculado a la Universidad.

Que la única modalidad de vinculación del demandante era a través de un contrato de prestación de servicios, debido a que no puede haber ningún tipo de relación con el actor, debido a que éste es pensionado de una entidad pública, y en esa medida, es prohibido que los pensionados puedan reintegrarse al servicio público de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto 1848 de 1969.

Que otro elemento para que exista una relación laboral es que la prestación del servicio sea continua, y en el presente caso, hubo solución de continuidad en el servicio prestado por el demandante.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante.

Guardó silencio.

Parte demandada.

Reiteró los argumentos del recurso de apelación (f. 313 ss)

Ministerio Público.

La Delegada del Ministerio Público rindió concepto solicitando se confirme el fallo de primera instancia, argumentando que al examinar el acervo probatorio, encontró viables las pretensiones de la demanda, pues están ampliamente desvirtuadas las características del contrato de prestación de servicios, y plenamente probadas las de una relación de trabajo; ya que el demandante cumplió una labor permanente, propia de los empleados de la planta de personal, sujeto a la subordinación y dependencia; atendiendo las instrucciones y tareas impartidas, a un horario de trabajo y percibiendo una remuneración; por lo que consideró que se configuraban los elementos propios de una relación laboral y no los de un contrato de prestación de servicio. (f. 449-453).

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 18 de abril de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 310).

El 10 de mayo de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 312).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión preliminar

Antes de entrar a estudiar el presente asunto, la Magistrada LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO, quien integra esta Sala de Decisión, manifiesta su impedimento para pronunciarse dentro de este asunto, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, ya que su cónyuge funge como apoderado de la parte actora. Por consiguiente, se le aceptará el impedimento para pronunciarse en esta oportunidad, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

2. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accede a las pretensiones de la

demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

3. La caducidad

La demanda de la referencia fue el día 1º de diciembre de 2011¹, y como quiera que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa es de fecha 19 de septiembre de 2011; encuentra la Sala que la misma fue presentada oportunamente y dentro de los cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

4. Los actos acusados

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad del Oficio de fecha 19 de septiembre de 2011 proferido por el Rector de la Universidad de Cartagena, mediante el cual niega al demandante el reconocimiento de una relación laboral desde el año 2002 hasta el 2008, cuando se desempeñó como Jefe de Seguridad de la entidad demandada.

6. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el problema jurídico que se debe resolver en este caso, consiste en establecer en primer lugar, si se debe declarar probada la excepción de “Cláusula compromisoria” que fue propuesta en la contestación de la demanda y que no fue resuelta por la juez de primera instancia. En caso de no encontrarse probada la excepción formulada, deberá la Sala precisar si entre la Universidad de Cartagena y el demandante, existió una relación laboral por encontrarse configurado el elemento de la subordinación y como consecuencia de ello; si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de dicho vínculo.

Finalmente, deberá determinar la Sala, si el actor siendo pensionado de una entidad pública, le puede ser reconocida la relación laboral existente con la entidad demandada, en caso de que aquella resulte configurada.

¹Ver folio 12.

7. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión adicionará la sentencia de primera instancia con un nuevo numeral en el que se dispondrá declarar no probada la excepción de cláusula compromisoria formulada por la entidad demandada; debido a que la cláusula compromisoria pactada por las partes en los contratos de prestación de servicios suscritos, no impide que se declare la existencia de la relación laboral, atendiendo a que la finalidad de la misma, resulta totalmente ajena a los derechos prestacionales que se reclaman en esta oportunidad, por lo que acogiendo el criterio del Consejo de Estado, la Sala concluye que sí es posible que ante esta jurisdicción se defina la situación particular del actor.

En todo lo demás, será confirmada la providencia apelada, pues considera la Sala que dicho fallo fue acertado al considerar que entre las partes, existió una relación de tipo laboral en la que se configuraron todos sus elementos.

La anterior tesis se fundamenta, en los argumentos que a continuación se exponen.

8. Análisis del caso.

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, es el marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia, procede la Sala al estudio del problema jurídico en el siguiente orden: i) La excepción de cláusula compromisoria propuesta por la entidad demandada; ii) Declaración de la relación laboral; iii) Prohibición del reintegro de pensionados al servicio público.

8.1. La excepción de cláusula compromisoria propuesta.

Señala la parte recurrente, que debe declararse probada la excepción de cláusula compromisoria formulada en la contestación de la demanda, la cual no fue resuelta en la providencia apelada.

En efecto, advierte la Sala que en los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor y la Universidad de Cartagena desde el 11 de septiembre de 2002, y los que en lo sucesivo celebraron, aparece inserta una cláusula denominada “*COMPROMISO*”, en los siguientes términos:

“COMPROMISO: Las partes acuerdan que toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución, liquidación e interpretación, se resolverá por el Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento interno del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por un número impar de árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cartagena. B) El Tribunal decidirá en derecho.”

Al respecto, la jurisprudencia reciente de la Sección Segunda del Consejo de Estado², en un caso similar al que ahora nos ocupa dispuso:

“Así las cosas, está cláusula obliga a los suscriptores del contrato, es decir al PNUD y al señor Fula Rojas, pero no resulta aplicable ni exigible de cumplir frente a los derechos que se reclaman a la UAEAC.

Además, debe tenerse en cuenta que no se debate en este proceso la validez del contrato celebrado entre el PNUD y el demandante en desarrollo del Convenio de Cooperación Internacional, sino la existencia de los derechos laborales del actor frente a la Aeronáutica Civil, los cuales no están cobijados por las cláusulas referidas.

De otra parte, se resalta que las cláusulas en comento no impide que se declare la existencia de una verdadera relación laboral, al considerarse por el contratista que tiene derechos laborales, lo cual le permite acudir a que se defina su situación en la jurisdicción competente, en este caso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dada la naturaleza de la entidad demandada.”³

Al respecto, se destaca que la Cláusula Compromisoria pactada en los contratos suscritos por las partes, tenía como finalidad que se llevara a Tribunales de Arbitramento, las controversias relativas a la ejecución, liquidación e interpretación de los contratos, y en nada se refiere a las reclamaciones de tipo laboral que en ejecución del contrato puedan surgir; por lo que considera la Sala la misma no es aplicable al asunto que hoy nos ocupa.

² Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “B” 15 de junio de 2011 C.P Gerardo Arenas Monsalve Exp 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)

³ Destacado fuera del texto.

En efecto, la Sala acoge el anterior criterio jurisprudencial citado, bajo el entendido que la cláusula pactada por las partes en el caso que nos ocupa, no impide que se declare la existencia de la relación laboral; atendiendo al propósito para el cual fue concebida dicha estipulación, el cual deviene totalmente ajeno a las pretensiones que se discuten en esta controversia, por tratarse de un tema prestacional de tipo laboral, por lo que se concluye que no aplica en este caso la subrogación de competencia que impone este tipo de acuerdos, reiterándose que operaría sólo frente a controversias relativas a la ejecución, interpretación y validez de los contratos de prestación de servicios.

Por consiguiente, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de incluir un nuevo numeral en el que se disponga declarar no probada la excepción de cláusula compromisoria formulada por la entidad demandada.

8.2. La declaración del contrato realidad.

Por otro lado, deberá esta Corporación, dilucidar el segundo problema jurídico planteado, en el sentido de precisarse entre la Universidad de Cartagena y el demandante, existió un vínculo laboral por encontrarse configurado el elemento de la subordinación, y como consecuencia de ello; si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de dicho vínculo.

Pues bien, sea lo primero advertir, que la jurisprudencia⁴ ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es posible acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P., que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Sobre el tema de la prestación de servicios, la Corte Constitucional en sentencia C - 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios:

⁴Consejo de Estado, sentencia del 16 de julio de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve Exp (1258-07)

“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”.

Lo anterior, significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución.

En el contrato de prestación de servicios, se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral como la mencionada, no implica conferir al demandante la condición de empleado público; pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”⁵

⁵Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

Sin embargo, en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios por cuanto se logra demostrar la existencia de un contrato laboral, la persona que fue vinculada como contratista, tiene derecho a recibir a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales dejadas de pagar. Así lo ha dicho el Consejo de Estado⁶:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente” (Destacado fuera del texto).

Así las cosas, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública, y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda

⁶Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No 3074-2005, Magistrada Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez

relación de trabajo; esto es, **subordinación, prestación personal y remuneración**, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación laboral, que el interesado acredite en forma irrefutable la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas; de tal forma que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro empleado de la planta. Siempre que las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no resulte que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁷, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "*coordinación*". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "*subordinación*", aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado de forma inequívoca, a fin de esclarecer la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrarla **permanencia**, es decir que la labor sea inherente a la entidad y *la equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios y establecidos por la jurisprudencia⁸, para desvirtuar del aparente contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Revisado el presente asunto, comparte la Sala el criterio de la jueza de primera instancia, al rechazar la configuración de la relación laboral para el período comprendido entre el año 2006 y el año 2008, atendiendo que para dichas fechas el demandante se encontró vinculado mediante contratos de trabajo a término definido,

⁷Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M P · Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante María Zulay Ramírez Orozco.

⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro 02990-05, actor. Mónica María Herrera Vega, demandado Municipio de Floridablanca, C P Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

regulaciones éstas que son de naturaleza laboral y que como lo dijo la juez a-quo se escapan de la competencia sobre la cual puede pronunciarse el juez contencioso administrativo.

También está claro, y no existe discusión acerca de la configuración de elementos relacionados con la prestación personal del servicio y la remuneración; pues conforme al soporte probatorio que fue valorado y relacionado en la sentencia de primera instancia, queda suficientemente acreditado que el actor prestaba los servicios por los que fue contratado de manera personal y que como contraprestación a ello, obtenía una remuneración denominada “honorarios”.

Sin embargo, es el elemento de la “subordinación”, el que discute en su recurso la entidad pública demandada, quien para sustentarlo alega precisamente que dicho elemento no se encuentra demostrado de forma inequívoca; pues considera que los actos propios de un empleador como parte del contrato de trabajo, no quedaron demostrados dentro del proceso. Afirma a su vez, que no se acreditó que el actor recibiera órdenes de un superior, o que estuviera sujeto a horario de trabajo mientras estuvo vinculado a la entidad demandada, pues ello no se advierte de forma contundente en las declaraciones recibidas de los señores EDWIN GORDON y JAIRO GUZMÁN⁹.

Al respecto, destaca la Sala que ambas declaraciones, junto con la que fue recepcionada de parte del señor FRANCISCO JESÚS DEL RISCO DUARTE¹⁰, fueron coincidentes en afirmar que el demandante se desempeñaba como Jefe de Seguridad de la Universidad de Cartagena, y que se encontraba encargado de coordinar de forma conjunta con la vigilancia privada, la seguridad de la planta física y los muebles y equipos de institución educativa; así como también le correspondía lo relacionado con la coordinación de los eventos culturales, académicos, y cualquier otro tipo de actividad.

También precisaron los testigos, que en los horarios en los cuales éstos se encontraban desempeñando sus labores (de 8:00 a.m. a 12:00 m., y de 1:00 p.m. a 5:00 ó incluso 6:00 p.m.), siempre estaba el demandante en ejecución de las actividades a él encomendadas; situación indiciaria de que éste también se

⁹Ver folios 148-151, declaración del señor EDWIN GORDON, y a folios 145-147, se observa declaración del señor JAIRO GUZMAN.

¹⁰Ver folios 152-156.

encontrabasometido a un horario de trabajo, pues todos coincidieron en afirmar que tales horarios eran muy estrictos y de obligatorio cumplimiento.

Además de lo anterior, coinciden todos en afirmar que el actor no actuaba de manera autónoma sino que éste recibía órdenes de un superior sin precisar exactamente de quien se trataba; sin embargo, el señor EDWIN GORDON GONZALEZ señala en su relato, que el demandante actuaba bajo las instrucciones de la administración, esto es, del Rector y Vicerrector (f. 150).

Tales testigos fueron tachados de sospechosos por el apoderado de la entidad demandada, pues todos aseguraron haber presentado reclamaciones y demandas ante la entidad accionada; sin embargo, la juez de primera instancia consideró que aquellas declaraciones no podían ser rechazadas de plano, sino que por el contrario, debían ser evaluadas en conjunto con los demás elementos probatorios que fueron traídos al proceso y según las reglas de la sana crítica.

Al respecto, comparte la Sala el criterio de la juez de primera instancia, y adicionalmente, debe decirse que las declaraciones son coherentes y concuerdan con la situación fáctica que fue probada dentro del plenario, pues los testigos conocieron de primera mano la situación particular del demandante; ya que éstos desarrollaron sus labores en la época en que el actor se encontraba al servicio de la demandada.

Por otro lado, si bien es cierto que los declarantes aceptan en sus relatos, haber presentado reclamaciones, incluso tener demandas instauradas, la entidad demandada no acreditó dentro de este asunto, que se tratara de hechos similares, los cuales determinen que por ese simple hecho su relato sea falso; pues como se dijo, es preciso analizar tales declaraciones de manera conjunta con los demás elementos de prueba que reposan en el plenario.

Respecto de la contratación realizada por las partes dentro de este asunto, se advierte que los contratos de prestación de servicio cuya naturaleza se pretende desvirtuar en esta ocasión, fueron suscritos en el lapso comprendido entre el 11 de septiembre de 2002 y el 31 de diciembre de 2006¹¹; y conforme se precisa de los relatos de los testigos, y de los demás elementos, la actividad que desarrollaba el actor en cumplimiento de dicha labor, se ceñía a asuntos netamente de coordinación en materia de seguridad tanto de las áreas donde se encontraba el inmueble, como de los

¹¹Ver folios 206 a 216

elementos que eran de propiedad de la institución; así como también debía prestar sus servicios en las diferentes actividades desarrolladas como eventos sociales, culturales, etc.

Tan permanente y necesaria se hizo la labor desplegada por el actor, que con posterioridad, su vinculación se realizó mediante contratos a término definido¹², en los que básicamente los servicios prestados eran básicamente de coordinación en el área de seguridad; es decir, casi las mismas desplegadas en ejecución de los contratos de prestación de servicio.

Teniendo en cuenta que el accionante, en efecto prestó de manera directa un servicio, - como Jefe de Seguridad de la Universidad de Cartagena-; que para la ejecución de dicho servicio, debía cumplir un estricto horario de trabajo; que las funciones que le fueron asignadas se dio a través del contrato de prestación de servicios, y que a cambio de dichos servicios percibía una remuneración mensual; puede concluir la Sala, que los requisitos de la relación laboral están dados, razón suficiente para confirmar el fallo apelado; y por consiguiente, debe atenderse lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, cuando se advierta la existencia de un contrato realidad.

De acuerdo con las anteriores conclusiones, esta Corporación concluye que el actor sí tiene derecho a que se le reconozcan y paguen sus prestaciones sociales pero a título de reparación del daño integral¹³, como bien lo dispuso el fallo de primera instancia, con base en el monto de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

En efecto, y reiterando la jurisprudencia citada, es claro que cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración; surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, las que sin embargo, deben pagarse a título de reparación del daño integral porque no se puede adquirir la condición de empleado público si no se accede al cargo en los términos de ley.

¹²Ver folios 217 – 220.

¹³Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, sentencia del 15 de marzo de 2012, Rad 1395-11, C P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“(...) Con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas (...)”

Por último, debe la Sala referirse al argumento final del recurrente, que tiene que ver con la imposibilidad de reconocer el carácter de relación laboral que se dio entre las partes con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos, debido a la condición de pensionado que tenía el actor, situación que impide que se reintegre al servicio público de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto 1848 de 1969¹⁴.

Al respecto, deberá la Sala decir, que si bien se encuentra probado que el señor Delgado Guevara se encontraba pensionado para la fecha en que prestó sus servicios a la entidad demandada¹⁵, lo cierto es que tal vinculación en principio se dio en los términos de la Ley 80 de 1993, no como empleado público y con posterioridad fue desdibujada la existencia de una verdadera relación laboral, bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicio; situaciones que no pueden ser atribuidas al actor, quien se encontraba en cumplimiento de la labor contratada y bajo la subordinación de la entidad demandada. Por consiguiente, tampoco son admisibles estos argumentos del recurrente, motivo más para que sea confirmado el fallo apelado.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Aceptar el impedimento de la doctora LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO para integrar la presente Sala de Decisión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴ **ARTICULO 78. PROHIBICIÓN AL JUBILADO DE REINTEGRARSE AL SERVICIO OFICIAL.** <Ver Notas del Editor> Regla general y excepciones. La persona retirada con derecho y en goce de pensión de jubilación, no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, conforme a la prohibición establecida en el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año citado

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: Presidente de la República, Ministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente, Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de Misiones Diplomáticas no comprendidos en la respectiva Carrera y Secretarios Privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el Gobierno Nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, citado antes "

¹⁵ Según Certificación expedida por la Policía Metropolitana de Cartagena, el actor es pensionado y ha recibido asignación de pensión desde el año 2002. (Ver folio 195)

SEGUNDO:ADICIÓNASE la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, con un nuevo numeral así:

"SÉPTIMO: DECLÁRASE no probada la excepción de cláusula compromisoria formulada por la entidad demandada."

TERCERO:CONFÍRMASE en todo lo demás, la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

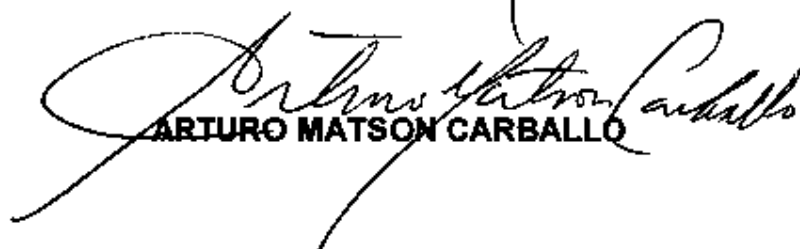
CUARTO:Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO
Impedida

(Hoja de firmas, sentencia de segunda instancia expediente No. 13001-33-31-004-2011-00255-01.)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0023
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: DANERYS BLANCO VARGAS
DEMANDADO	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
RADICADO J. XXI ACUMULADOS	: 13-001-23-31-002-2004-00469-00-002-2004-00636-00-
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SALA DE DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Cartagena de Indias D.T. y C., seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPARACIÓN DIRECTA
Radicación : 13-001-33-31-002-2004-00469-00(ACUMULADO 002-2004-00636-00)
Demandante : DANERYS BLANCO VARGAS
Demandado : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
Tema : Sentencia anticipada por cosa juzgada

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la señora Danerys Blanco Vargas contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora, que mediante sentencia de primera instancia se declare lo siguiente:

- Que el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bolívar, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales, y de la pérdida de relación de vida por falla o falta en sus servicios médicos.
- Que como consecuencia, se ordene pagar a la demandante por el daño ocasionado los perjuicios de orden material, cinco millones de pesos (\$5.000.000, 00), en gastos de medicamentos, tratamientos y transporte cuarenta mil pesos (\$40.000) semanales desde hace treinta meses, y por último la suma de doscientos treinta y cinco millones doscientos mil

pesos (\$235.2000.000,00), como consecuencia de los años de producción que le quedaban a la actora.

- Que se condene al Instituto de Seguros Sociales los perjuicios por la pérdida de la vida en relación, estimados en dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Que se condene al Instituto de Seguros Sociales los perjuicios morales, estimados en dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Que se condene al Instituto de Seguros Sociales los perjuicios fisiológicos, estimados en dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Que se ordene el ajuste al valor previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.
- Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia, según los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.2. HECHOS

Manifiesta la parte actora que el día 13 de enero de 2001, siendo las dos (2:00) P.M, la señora Concepción Vargas de Blanco, hospitalizó a su hija Danerys Blanco Vargas, quien presentaba fuertes dolores abdominales en la clínica del Instituto del Seguro Social " Enrique de la Vega", hoy E.P.S Prudencio Padilla, quien solo fue atendida a las seis (6:00 P.M).

Señala que el médico de turno después de realizar varios exámenes le diagnosticó apendicitis y de inmediato se programó para su intervención quirúrgica, posterior a ello el Dr. Amando Corena, hizo una serie de observaciones en lo que concierne al estado de ayuna para realizar el procedimiento, lo que impidió ejecutar la operación para la hora programada.

Aduce que sólo hasta las 3:30 A.M se practicó la operación, media hora después de la operación la madre de la actora se asomó a la puerta y escuchó unos gritos del doctor, quien gritaba a sus auxiliares que la paciente se estaba muriendo; a las 5: 00 AM, los médicos llamaron al esposo de la demandante y le explicaron que se le había bajado la presión porque había cogido rabia antes de la operación y que por lo tanto iba a ser trasladada a cuidados intensivos.

Agrega que la señora Danerys Blanco permaneció en estado de coma 4 días y en total duró 10 en la unidad de cuidados intensivos, de allí paso a cuidados intermedios durante 15 días más.

Declara que transcurrido aquellos nefastos y angustiosos días, la paciente fue trasladada a una habitación de la Clínica del Seguro Social, fue en ese momento donde la madre se percató del estado real y deplorable en que quedó su hija después de una sencilla operación de extirpación de apéndice, sobre lo cual los médicos ocultaron la verdad de lo que sucedía.

Indica que después se le practicó un TAC abdominal, y precisamente en ese momento una hermana de la paciente se da cuenta que la historia médica estaba incompleta, fue entonces cuando se solicitó por escrito, petición esta que fue negada, esgrimiendo la demandada que la historia solo sería entregada al marido de la paciente. Hasta la fecha nunca han entregado copia de la historia médica de la joven Danerys Blanco.

Afirma que hoy por hoy, la actora se encuentra en su casa discapacitada, mermadas todas sus capacidades mentales, físicas e incluso sociales; quedado con secuelas de P.O.P, con daño neurológico, daños en los aparatos deglutorios, fonológicos (voz) y fallas severas de memoria.

Apunta que todo lo anterior es por falla del servicio o de administración, ya que el médico anestesiólogo la pasó de anestesia y después de esto el I.S.S nunca más se interesó por la salud de la demandante, la cual quedó severamente discapacitada por lesión cerebral global de necefalopatía hipoxia y todo por la incuria e irresponsabilidad de los doctores que atendieron e intervinieron en la operación.

Registra que como consecuencia de su incapacidad la accionante no podrá jamás volver a continuar sus estudios profesionales.

Se anota que hoy varios meses después de la tragedia de la joven, ha perdido todo, incluso perdió su familia, su entorno social y académico; daños estos que jamás podrán resarcirse en sí mismos y en consecuencia deben hacerlo en forma económica a través de indemnizaciones.

Escribe que estas circunstancias fueron objeto de investigación por parte de la Fiscalía Local No. 31 de la ciudad de Cartagena; que la paciente al momento de los hechos tenía 24 años de edad, estudiaba y hacia vida marital en unión libre con el Sr. Fidel Fuentes.

Subraya que solo hasta el 5 de abril de 2002, el ISS después de buscarle una recuperación a la paciente por medio de exámenes y terapias, reconoció que la joven Danerys Blanco había quedado incapacitada.

2. LA DEFENSA

La entidad demanda contestó la demanda¹, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Como razones de defensa, manifestó que no hay nexo causal entre el actuar diligente de los médicos de la institución y el daño presuntamente causado.

Igualmente propuso las excepciones de caducidad en la acción, inexistencia de perjuicios materiales y ausencia de culpa.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 24 de septiembre de 2004 se admitió la demanda (f. 79).

El 11 de junio de 2009, se abre a pruebas el proceso (f. 99-100) .Por auto de fecha 24 de junio de 2011, se ordenó la acumulación de los procesos radicados bajo los Nos.13-001-33-31-002-2004-00469-00 y 13-001-33-31-002-2004-00636-00 instaurados por Danerys Blanco Vargas contra el Instituto de Seguros Sociales.

Vencido el periodo probatorio y revisado el sistema de consulta de procesos siglo XXI, se observó una acción de reparación directa bajo el radicado: 13-001-23-000-2002-00050-00, que cursaba en el Juzgado Noveno Administrativo, razón por la cual este Despacho mediante auto de fecha 13 de agosto de 2013(f. 152), procedió a oficiar al juzgado en mención, a fin de certificar las partes del proceso, estado actual del mismo, copia de la demanda y de la sentencia si eran del caso.

Pues bien, el Juzgado Noveno Administrativo en su respuesta certificó que la acción de reparación directa promovida por los señores Simón Blanco Álvarez, Danerys Blanco Vargas, Arli Blanco Vargas, Concepción Vargas de Blanco y Fidel Fuentes Prieto contra el Instituto de los Seguros Sociales, fue objeto de sentencia el día 30 de mayo de 2012, notificada por edicto No. 0069 fijado el día siete (7) de junio de dos mil doce (2012) y desfijado el día 12 del mismo mes y año.

En sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de fecha treinta (30) de mayo de dos mil doce (2012), se decidió:

"PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales- Clínica Henrique De La Vega por los daños antijurídicos sufridos por los

¹ Folio 84 a 87

demandantes, como consecuencia de la intervención quirúrgica a que fue sometida la señora Dannerys Blanco Vargas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de este fallo **RECONOCER** a los demandantes, a título de indemnización, las siguientes sumas de dinero:

2.1 Daño moral:

Nombre	Condición	Valor
Dannerys Blanco Vargas	Victima	50 s.m.l.m.v
Concepción Vargas de Blanco	Madre	25 s.m.l.m.v
Simón Blanco Álvarez	Padre	25 s.m.l.m.v
Fidel Fuentes Prieto	Compañero permanente	25 s.m.l.m.v
Ari Blanco Vargas	Hermana	10 s.m.l.m.v

2.2 Daño a la vida de relación:

Nombre	Condición	Valor
Dannerys Blanco Vargas	Victima	50 s.m.l.m.v
Concepción Vargas de Blanco	Madre	25 s.m.l.m.v
Simón Blanco Álvarez	Padre	25 s.m.l.m.v
Fidel Fuentes Prieto	Compañero permanente	25 s.m.l.m.v

1.3 (sic) Lucro cesante:

A la señora Dannerys Blanco Vargas la suma de doscientos quince millones doscientos cincuenta y nueve mil seiscientos noventa y cuatro pesos con setecientos veintiséis centavos (\$215'259.694,726).

La anterior condena será pagada con cargo al patrimonio autónomo que al efecto haya sido conformado por el liquidador de la entidad demandada. Si por cualquier circunstancia, la obligación no pudiese pagarse con dichos recursos, tal pasivo debe ser asumido por la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos de la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuesta en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: De nos apelada, **SÚRTASE** el grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 184 C.C.A.

QUINTO: **DÉSE** cumplimiento a la sentencia en la forma prevista por los artículos 176 y siguientes C.C.A.

SEXTO: En firme esta providencia, EXPÍDASE primera copia autentica a la parte interesada en los términos del artículo 115 C.P.C. ARCHÍVESE el expediente”.

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver en primera instancia el presente asunto, toda vez que la parte actora estimó la cuantía en \$235.200.000,00, monto que excede los 300 salarios mínimos para la fecha de presentación de la demanda (10 de mayo de 2004), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURIDICO

Antes de entrar a estudiar si se configura o no el fenómeno jurídico de la cosa juzgada en el presente proceso, es necesario establecer ¿si de conformidad a las reglas procesales especiales que rigen la jurisdicción contenciosa administrativa es procedente la terminación anticipada de un proceso por encontrarse probada de oficio alguna de las excepciones previas contempladas en el Código de Procedimiento Civil o, cualquier otra que permita establecer la inutilidad del mismo? O si por el contrario es necesario llevar el proceso a su culminación a través de una sentencia.

3. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

Al respecto tenemos que el ordenamiento jurídico procesal, dota a las partes procesales de herramientas esenciales para la defensa de sus intereses, por ello, además de la oposición que se le hace en la contestación de la demanda, acerca de los hechos y pretensiones, la contraparte cuenta con la formulación de excepciones² dirigidas básicamente a desconocer las pretensiones del demandante, por inexistente o inoportunas.

El artículo 6º de la Ley 1395 del 2010, por el cual se adoptaron medidas de descongestión judicial, reformó el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente manera:

² Teniendo en cuenta la finalidad que cada excepción persigue estas se clasifican en perentorias, previas y mixtas; las primeras desvirtúan las pretensiones elevadas por el demandante, bien sea por inexistencia del derecho alegado, ocurrencia de su extinción o por que el mismo no es exigible aun, las segundas no van dirigidas atacar directamente a las pretensiones de la demanda si no a sanear los vicios que el procedimiento presente, y finalmente las ultimas van encaminados directamente a desvirtuar las pretensiones del demandante, con la salvedad de poder ser resueltas de una manera previa con el fin de evitar el adelantamiento de procesos inútiles, gracias a sus cualidades probatorias, que desde en un principio son aportarles dentro del proceso.

*“También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. **Cuando el juez encuentre probada cualquiera de estas excepciones, lo declarará mediante sentencia anticipada.**”* (Negritas fuera de texto)

Recuerda la Sala que estas excepciones corresponden a las consideradas como mixtas, las cuales a primera vista no tienen posibilidad de decidirse en una etapa procesal previa a la sentencia, en razón a la derogatoria del artículo 163 del Código Contencioso Administrativo, con el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989. Significa lo anterior que todas las excepciones en esta jurisdicción se tramitan como de fondo y se deciden en la sentencia, al no existir una etapa incidental para resolverlas como si se realiza en materia procesal civil, según el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

Empero lo anterior, cabe precisar que si bien la excepción de cosa juzgada puede ser propuesta en dos momentos procesales, tales como la contestación de la demanda (artículo 164 del Código Contencioso Administrativo) y con motivo del recurso interpuesto en contra de la providencia que admite la demanda (artículo 143 del ibídem, modificado por el artículo 45 de la Ley 446 de 1998), también lo es que al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1395 de 2010, modificadorio del 164 del estatuto procesal administrativo, los jueces administrativos tienen la posibilidad de decretar la terminación anticipada del proceso mediante auto interlocutorio (con fuerza de sentencia), en aquellos eventos que encuentren probadas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa; máxime si en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad el legislador ha buscado evitar un desgaste innecesario de esta jurisdicción, consistente en sustanciar un proceso que antes de dictar sentencia ya se encuentra probada su inutilidad.

Tal situación, encuentra su fundamento en la exposición de motivos del proyecto de Ley 197 de 2008³ Senado, por el cual se adoptan las medidas en materia de descongestión, en el cual se expresó:

“Sin desconocer las particularidades de la justicia contencioso administrativa, los problemas que la quejan no son diferentes, en lo sustancial, de los que se

³ Proyecto convertido en Ley 1395 de 2010.

encuentran en otras jurisdicciones. También en ella la congestión y el atraso son males endémicos y las soluciones que se proponen para remediarlos encajan dentro del mismo marco conceptual que puede considerarse vigente para toda la administración de justicia”

En desarrollo del principio de economía procesal se pretende lograr que las actuaciones judiciales se tramiten en forma rápida y económica, tal como lo pregona el artículo 7º de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de Administración de Justicia⁴, de tal suerte que la Sala considera procedente decretar la terminación anticipada de un proceso⁵, siempre y cuando se encuentre probada a petición de parte o de oficio alguna de las excepciones contenidas en el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior nos permite cuestionarnos acerca de la utilidad de llevar un proceso hasta la etapa de dictar sentencia, cuando previamente se tiene conocimiento que las declaraciones y supuestos de hechos que aquí se discuten fueron debatidos y definidos por esta jurisdicción en control de validez, de tal forma que se pueda evitar seguir sustanciando un proceso que no posee ninguna utilidad, y por cuanto de todas maneras en el fallo definitivo se va declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada, ahorrándose tiempo y evitando un desgaste innecesario en la administración de justicia, conforme a una interpretación sistemática – finalística. Esto es, interpretar la norma legal como parte integrante de todo un sistema jurídico y de acuerdo con un criterio finalista, tomando en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Ley 1395 que pretende descongestionar a esta jurisdicción.

Así las cosas, en la interpretación de las normas se debe no sólo tener en cuenta a ella, sino que además deberá hacerse alusión a los principios fundamentales de todo el andamiaje jurídico que estructura el sistema normativo en respeto al bloque de legalidad y buscar allí el fin último de la norma que, en todo caso, debe ser concordante con los postulados del que se derivan en este caso concreto, para solución rápida y sencilla de este conflicto.

¿Se configura en el presente caso la excepción de cosa juzgada?

Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que el demandante formuló tres (3) acciones de reparación directa en contra del Instituto de Seguros Sociales.

⁴ López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo 1, Dupre Editores, Bogotá D.C. 2009, Pagina 103.

⁵ Auto Interlocutorio con fuerza de sentencia.

En el caso *sub examine* el Juzgado Noveno Administrativo en sentencia de 30 de mayo de 2012 condenó al Instituto de Seguros Sociales, con ocasión de los daños sufridos por la demandante Danerys Blanco Vargas.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha señalado en su jurisprudencia los requisitos para la configuración de la cosa juzgada, en los siguientes términos:

“A partir de estas normas, - art 175 del CCA, y art. 332 del CPC. y para efectos del presente proceso, hay que destacar que los requisitos establecidos en ambos códigos, para que se configure la cosa juzgada, son tres (3), cuya presencia debe ser concurrente: que los procesos versen sobre el mismo objeto, que tengan la misma causa y que exista identidad jurídica de partes. Con lo que ha denominado la doctrina, la trilogía de identidades. Sobre la identidad jurídica de partes, es claro que si se trata exactamente de las mismas partes que actuaron en el proceso anterior y que actúan en el nuevo, entonces sin duda se cumple este requisito, pese a que la norma lo que exige es la “identidad jurídica de partes”, lo que denota que físicamente no tienen que ser necesariamente las mismas personas. No se trata, pues, de una identidad física, sino jurídica. Para la Sala el objeto del proceso radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el petitum de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial. En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso. La identidad de causa se refiere a que las razones fácticas por las cuales se demanda sean las mismas. De manera que cuando la causa de la demanda es la misma, se configura este tercer supuesto de la cosa juzgada. De no ser exactamente así, el proceso es diferente y no se configura esta institución procesal.”⁶

Como se observa, para que se configure la cosa juzgada es necesario que concurren tres requisitos: i) que los procesos versen sobre el mismo objeto, ii) se funden en la misma causa, y iii) que entre los dos procesos haya identidad jurídica de partes.

Además, respecto de los artículos 175 del Código Contencioso Administrativo y 332 del Código de Procedimiento Civil, ha explicado el Consejo de Estado que contienen elementos formales y materiales, así:

“A la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem”, y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, plena eficacia jurídica, es por ello que la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado. Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada en los

⁶ Sentencia proferida por el Consejo de Estado el 10 de noviembre de 2005. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08296-01(14109). Actor: SOCIEDAD INGESUELOS. Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA AERONAUTICA CIVIL.

artículos 332 del C.P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se contienen los elementos formales y materiales para su configuración. El formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi y fundamentos jurídicos, lo anterior, para garantizar la estabilidad y la seguridad propia de la esencia del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.”⁷

Así las cosas, observa esta Sala que el sub judice, si se presentan los tres elementos concurrentes que deben darse para la configuración de la cosa juzgada:

- i) Los procesos versan sobre el mismo objeto. La acción de reparación directa presentada ante el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, tiene por demandantes a Danerys Blanco Vargas, Simón Blanco Álvarez, Arli Blanco Vargas, Concepción Vargas de Blanco y Fidel Fuentes Prieto, y sus pretensiones se fundamentan en la indemnización por daños materiales, perjuicios morales, daños fisiológicos y a la vida en relación; con ocasión de los daños sufridos por la mala intervención quirúrgica causada a la señora Danerys Blanco por parte del Instituto de Seguros Sociales. En las acciones de reparación directa acumuladas ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, la demandante Danerys Blanco persigue la indemnización por los daños materiales, perjuicios morales, daños fisiológicos y a la vida en relación, con ocasión de los daños sufridos por la mala intervención quirúrgica causada a la señora Danerys Blanco por parte del Instituto de Seguros Sociales.

Con fundamento en lo anterior ha de determinarse que el fin perseguido con las dos acciones es el mismo.

- ii) Los dos procesos tienen la misma causa, teniendo en cuenta que las razones fácticas por las cuales se demanda son las mismas. Al respecto, de la lectura de los expedientes, se concluye que los hechos analizados en los procesos son los mismos.

- iii) Identidad jurídica de partes. Se observa que las demandas presentadas por Danerys Blanco, de reparación directa se dirigieron contra la Instituto de Seguros Sociales.

El anterior análisis demuestra que existe igualdad de causa e igualdad de objeto en las reparaciones directas instauradas por Danerys Blanco Vargas. En consecuencia, en el

⁷ Sentencia del 19 de octubre de 2007. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)A. Actor: ROBERTO ZULETA ARANGO Y OTROS. Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL.

presente proceso hay cosa juzgada, por lo cual se decidirá ponerle fin a la acción de reparación directa que nos ocupa.

Ahora bien, como quiera que ya en la primera acción fue indemnizado el daño, no podría condenarse al Estado al resarcimiento de unos perjuicios que fueron reconocidos en la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

En consecuencia, considera esta Corporación que en el caso bajo estudio concurren los tres elementos exigidos para la configuración de la cosa juzgada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Descongestión No. 002, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere recurrida, ARCHIVAR la actuación.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0024
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION	POPULAR
MAGISTRADA PONENTE-DRA: MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ		
DEMANDANTE	: YASMINE MARTINEZ GARCES	
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS Y EL E-P-A	
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2012-00171-01	
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013		

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Proceso : Acción Popular
Referencia : 13-001-33-31-004-2012-00171-01
Accionante : YASMINE MARTÍNEZ GARCÉS
Accionado : DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- EPA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas contra la sentencia de fecha 15 de julio de 2013 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que decidió conceder el amparo del derecho colectivo a la seguridad pública incoado en la acción popular.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora YASMINE MARTÍNEZ GARCÉS, instauró Acción Popular, contra el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL - EPA, con el fin de proteger los derechos constitucionales colectivos al goce de la seguridad , salubridad pública y a un ambiente sano.

2. PRETENSIONES

El accionante a través de la presente acción constitucional pretende lo siguiente:

1. *“Que permanezca limpia la canalización y sus alrededores para que deje de producir animales peligrosos que podrían causar daño principalmente en los niños que reciben educación en el colegio Ciudadela 2000.*
2. *Establecer medidas para evitar que la gente deposite en ese lugar basuras en especial animales muertos que causan los malos olores”.*

3. HECHOS

Manifiesta el accionante lo siguiente:

1. *“Las entidades demandadas son personas jurídicas de derecho público y privado. Cuyo domicilio principal se encuentra en la ciudad de Cartagena.*
2. *La calle de la algodонера es un bien de uso público, utilizado por caminantes, niños que estudian en el colegio ciudadela 2000 principalmente, y demás habitantes que por ahí transitan.*
3. *Por el lado derecho de la mencionada calle atraviesa una canalización, la cual permanece llena de basuras; de la cual emana olores nauseabundos, ya que alrededor de la mencionada canalización permanece llena de hierbas altas de las cuales salen serpientes que en ocasiones pasean por los pasillos de la mencionada institución, así mismo se convierte en un criadero de ratas”.*

II. CONTESTACIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

DISTRITO DE CARTAGENA

El Distrito de Cartagena de Indias no contestó la demanda.

ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL DE CARTAGENA – EPA¹

La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló la excepción de inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos y la falta de legitimación pasiva, aseverando que las obras y medidas que pretende la accionada, no se enmarcan dentro de las funciones legales del Establecimiento Público Ambiental EPA, sino dentro de las funciones de los entes territoriales, y considera por lo tanto que es el Distrito de Cartagena a través de su plan maestro de drenajes

¹ Folio 47 a 53

pluviales quien debe solucionar de manera definitiva los inconvenientes que presentan los canales de aguas pluviales en la ciudad de Cartagena.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena en primera instancia mediante Sentencia adiada 15 de julio de 2013², decidió amparar los derechos colectivos al goce de un medio ambiente sano, así como la amenaza a la salubridad pública, en los siguientes términos:

“(…)

“Considera esta judicatura que está demostrada dentro del sub-lite, la amenaza y el peligro latente en el que se encuentra el derecho colectivo a la salubridad pública de la comunidad residente en el sector de influencia del Canal aledaño a la calle de la algodонера y de las personas que lo frecuentan, por parte del Establecimiento Público Ambiental de Cartagena (EPA- Cartagena) por no adoptar las medidas de limpieza y mantenimiento integral periódico del Canal que se encuentra a su cargo, por estar ubicado dentro del perímetro urbano del Distrito de Cartagena de Indias, según lo ordena la Ley 99 de 1993 en su artículo 31, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 66 de la misma ley y el artículo 13 de la Ley 768 del 2002; y por otra parte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (Bolívar) por no cumplir con la adopción de las medidas tendiente a procurar el saneamiento básico que se encuentren a su cargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 de la C.P. y 3º de la Ley 136 de 1994; y por incumplir con el ejercicio cabal de sus atribuciones en materia ambiental estatuidas por el artículo 65 de la Ley 99 de 1993, en especial las consagradas en los numerales 6 y 9 relacionadas con el control y vigilancia del medio ambiente, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano; y de ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimiento del municipio, así como programas de control a las emisiones contaminantes del aire.

² Folio 152 a 172

En efecto si bien es cierto de conformidad con lo establecido en el numeral 10 del artículo 3º del Acuerdo 003 de 10 de febrero de 2003 expedida por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena E.P.A. es el organismo del orden distrital competente para realizar el mantenimiento y las “obras de infraestructura conducentes a racionalizar el manejo adecuado y sostenible de las aguas lluvias y/o alcantarillado pluvial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias”, no lo es menos, que tal como se constató a través de los diversos medios probatorios recaudados en el proceso, la causa de la problemática en cuestión no obedece en forma exclusiva a la falta de mantenimiento periódico al canal de aguas pluviales, sino también el de residuos sólidos insalubres que son arrojados dentro del canal sumado ello a la mora en la realización de obras de saneamiento básico en el canal y sus alrededores.

En conclusión, se encuentra que la apreciación conjunta del acervo probatorio obrante en el expediente fuerza concluir a esta judicatura, que las anomalías que se presentan en el sector, como la ausencia de mantenimiento periódico al canal de drenajes pluviales, y basuras arrojadas al canal repercuten en forma negativa en las condiciones de higiene y salubridad de los residentes de la zona. Tales circunstancias evidencian la omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones y a juicio del Despacho configuran la violación a los derechos colectivos, al goce de un medio ambiente sano, y constituyen una amenaza a la salubridad pública (...)

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Las partes accionadas DISTRITO DE CARTAGENA y el EPA recurren la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 15 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

Establecimiento Público Ambiental³

Señala que la competencia le corresponde al Distrito de Cartagena de Indias, dado que el EPA como autoridad ambiental tiene unas funciones y competencias

³ Folio 174 a 179

definidas diferentes al responsable ambiental, dentro de las cuales no están incluidas las limpiezas de canales.

Afirma que existen pruebas que muestran la voluntad del Distrito de solucionar los hechos presentados en la acción interpuesta, lo que identifica el desarrollo de obras dentro de la presente vigencia, de esta forma la dependencia competente para plantear las soluciones y las actividades manifestó las acciones tendiente a resolver el tema, entonces se puede evidenciar dentro del plenario a folio 128 que se encuentra suscrito por la doctora CLARA CALDERON, Directora del Departamento de Bolívar Administrativo Valorización Distrital, oficio con radicado AMC-OFI 00207602013, de fecha 17 de abril de la presente anualidad, con ocasión a oficio No. 0156 de fecha 18 de febrero de 2013, suscrito por el doctor ISIDORO ORTIZ, secretario del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

Distrito de Cartagena de Indias⁴

Manifiesta que el Distrito de Cartagena, no pretende alejarse de responsabilidades que le asisten, en cabeza de su representante y dependencias que desarrollan las políticas de gobierno, en este caso saneamiento ambiental, exactamente la limpieza canal calle de la algodонера, colegio ciudadela 2000, no es como lo afirma el Despacho que no representa una solución para la comunidad, y que no se encuentra demostrado cuando se ejecutaran las obras del plan Maestro de Drenajes Pluviales.

Afirma que existen pruebas que muestran la voluntad del Distrito de solucionar los hechos presentados en la acción interpuesta, lo que identifica el desarrollo de obras dentro de la presente vigencia, de esta forma la dependencia competente para plantear las soluciones y las actividades manifestó las acciones tendiente a resolver el tema, entonces se puede evidenciar dentro del plenario a folio 128 que se encuentra suscrito por la doctora CLARA CALDERON, Directora del Departamento de Bolívar Administrativo Valorización Distrital, oficio con radicado AMC-OFI 00207602013, de fecha 17 de abril de la presente anualidad, con ocasión del oficio No. 0156 de fecha 18 de febrero de 2013, suscrito por el doctor ISIDORO ORTIZ, secretario del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

⁴ Folio 180 a 182

Mediante auto de 18 de septiembre de 2013 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por el Distrito de Cartagena y el EPA (folio 191).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 29 de octubre de 2013 (folio 192).

VI. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 472 de 1998, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia del 15 de julio de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

PROBLEMA JURÍDICO

Visto que el A quo encontró vulnerados los derechos colectivos señalados por el actor popular y, que dicho asunto no es objeto de discusión en esta instancia, el problema jurídico en el sub lite, se contrae a determinar la responsabilidad del Distrito de Cartagena y del Establecimiento Público Ambiental- EPA Cartagena, por la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y salubridad públicas, de los habitantes de la calle la algodónera y del colegio Ciudadela 2000 de la ciudad de Cartagena de Indias.

GENERALIDADES DE LA ACCIÓN POPULAR

La acción popular tiene una naturaleza preventiva, tal como lo indica el inciso 2 del artículo 2 de la ley 472 de 1998 cuando dice: “... se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los

derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Por regla general, esta acción no persigue la reparación de perjuicios, pues para ello existen las acciones contenciosas e incluso la acción de grupo, sin embargo excepcionalmente es viable el reconocimiento de los mismos, en los casos previstos en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Los derechos colectivos invocados

Conviene precisar los alcances conceptuales de los derechos colectivos invocados por el accionante, esto es, el medio ambiente sano y la salubridad pública, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración, o sustitución; y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, el goce del espacio público.

La alteración del equilibrio ecológico, afecta también el medio ambiente, el cual está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables (artículo 2 ley 23 de 1973). **El goce de un ambiente sano**, es un derecho colectivo de rango constitucional, así está contemplado en el artículo 79 de la Carta política, el cual expresamente dice: *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano...”*; y su protección es además de orden legal, tal como lo contempla el artículo 7 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (ley 23 de diciembre 12 de 1973).

A su turno, el artículo 3 ibídem, establece que se consideran bienes contaminables el aire, el agua y el suelo.

El artículo 4 de la precitada ley indica: *“Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares.*

Finalmente el artículo 5 de la norma en cita dice: *“Se entiende por contaminante*

cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica”.

En cuanto a este derecho, ha manifestado la Corte Constitucional: “La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”⁵.

El medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural.

Este derecho se vulnera o amenaza, cuando se realizan conductas que afectan algunos de esos aspectos que hacen parte o involucran el concepto de medio ambiente, y que por ende le impiden a la comunidad disfrutar de unas condiciones ambientales ajenas a todo de tipo de factores contaminantes o generadores de algún tipo de patologías, que puedan incluso afectar la calidad de vida de los individuos.

Respecto a la **salubridad pública**, se puede afirmar que es uno de los componentes del concepto de orden público, se refiere a la conservación de las condiciones de higiene mínimas necesarias, que garanticen la ausencia de patologías, epidemias o endemias que pongan en peligro la vida, salud e integridad física de los ciudadanos.

En este punto a dicho la Corte Constitucional: “...Respecto de la salubridad pública, cabe que este concepto se concreta en la salud de cada uno de los asociados. Se trata del paso de aquello que es formal —la salud— a lo que es

⁵ Sentencia C- 431 de 2000

real: vivir en condiciones saludables. Puede decirse, entonces, que salubridad significa el acto de ser de la salud, es decir, el acto por medio del cual el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. No se trata, pues, de una manifestación potencial, sino de una actual.

Ahora bien, al ser la salubridad pública una noción que implica la realización total de la salud, supone la presencia previa de la salud individual. En consecuencia, resulta aplicable el principio de que la lesión de la parte afecta la del todo; así mismo, la lesión del todo (salubridad) es necesariamente la lesión de la parte (salud individual). Si hay una vulneración grave e inminente de la salubridad pública, puede suponerse que la parte tenga un interés legítimo en restablecer un derecho que, si bien es cierto es colectivo, también la afecta como singularidad, única e irrepetible...” (Corte Constitucional sentencia T-366 de septiembre 3 de 1993 . M.P. Dr. Vladimiro Naranjo).

CASO CONCRETO

Para el caso en estudio, se debe determinar la responsabilidad del Distrito de Cartagena y del Establecimiento Público Ambiental- EPA Cartagena, por la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y salubridad públicas, de los habitantes de la calle la algodónera y del colegio Ciudadela 2000 de la ciudad de Cartagena de Indias.

En aras de resolver el problema jurídico antes planteado, es pertinente realizar el siguiente recuento normativo:

Se encuentra que, el artículo 311 de la Constitución Política señala:

“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”.

Conforme al artículo antes citado y en concordancia con el artículo 79 de la misma Constitución, se tiene que son funciones inherentes de los municipios como entes primarios, velar por la efectiva prestación de los servicios públicos, la construcción de obras tendientes al mejoramiento del territorio y las demás funciones que les asigne la ley, dentro de las cuales se encuentra las funciones tendientes a la protección del ambiente sano, de la seguridad y salubridad pública, como se observa a continuación.

La Ley 99 de 1993 *“por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”*, respecto a la función que en materia ambiental tiene los municipios y distritos, señala que:

ARTÍCULO 65. FUNCIONES DE LOS MUNICIPIOS, DE LOS DISTRITOS Y DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA. **Corresponde en materia ambiental a los municipios, y a los distritos con régimen constitucional especial**, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:

1) Promover y ejecutar programas y políticas nacionales, regionales y sectoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables; elaborar los planes programas y proyectos ambientales municipales articulados a los planes, programas y proyectos regionales, departamentales y nacionales.

...6) Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en Coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental **y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano;**

...9) Ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos del municipio, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos y de control a las emisiones contaminantes del aire.

...Por su parte, la Ley 136 de 1994 *"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"*, dispone:

ARTÍCULO 3o. FUNCIONES. Corresponde al municipio.

...

5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, **saneamiento ambiental**, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley.

6. Velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y **del medio ambiente**, de conformidad con la ley.

ARTÍCULO 194. DISTRITOS. En cuanto no pugne con las leyes especiales, la presente Ley se aplicará a los distritos.

A su vez, la Ley 715 de 2001⁶ referente a la materia ambiental señala:

ARTÍCULO 75. COMPETENCIAS DE LOS DISTRITOS. **Los distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos**, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación con los municipios y la Nación.

ARTÍCULO 76. COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES. Además de las establecidas en la Constitución y en otras

⁶ la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros

disposiciones, **corresponde a los Municipios, directa o indirectamente,** con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

...

76.5. En materia ambiental

76.5.1. Tomar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente en el municipio, en coordinación con las corporaciones autónomas regionales.

76.5.2. Promover, participar y ejecutar programas y políticas para mantener el ambiente sano.

76.5.3. Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales, que se realicen en el territorio del municipio.

La Ley 768 de 2002 *"Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"* señala:

DEL MANEJO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.

ARTÍCULO 13. COMPETENCIA AMBIENTAL. Los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla ejercerán, dentro del perímetro urbano de la cabecera distrital, las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano, en los mismos términos del artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

Para tal fin, los respectivos Concejos Distritales, a iniciativa del Alcalde, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 313 de la Constitución Política crearán un Establecimiento Público, que

desempeñará las funciones de autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, el cual contará con un Consejo Directivo.

De las disposiciones antes transcritas se tiene que, conforme a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, corresponde a los municipios promover, ejecutar programas y políticas en relación con el medio ambiente; así como adoptar las medidas necesarias para el control, preservación y defensa del medio ambiente urbano. Funciones estas que, tal y como lo dispone el artículo 13 de la ley 768 de 2002, son las atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, las cuales se encuentran contenidas en la Ley 99 de 1993. Ahora bien, tratándose de los Distritos se dispone por mandato constitucional que, son entidades territoriales sujetas a un régimen especial, respecto de las cuales son aplicables las normas previstas para los municipios, siempre que no resulten contrarias o no existan normas especiales.

Es decir que, corresponde directamente al Distrito de Cartagena la protección del derecho al goce de un ambiente sano y de la seguridad y salubridad pública, en razón a que, constitucionalmente como ente fundamental de la división político administrativa del Estado, es el obligado a la prestación de todos los servicios que impliquen la satisfacción de las necesidades de sus habitantes, incluidas en ellas las funciones de manejo y control ambiental, que le permitan a los ciudadanos hacer efectivo su derecho a gozar de un ambiente sano contenido el artículo 79 de la Carta Política; derivándose de ello, la obligación de garantizar la seguridad y salubridad pública que resulten afectadas por las políticas y obras ambientales que se ejecuten en dicho ente territorial.

Al respecto, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2010⁷, al referirse a la responsabilidad de los municipios respecto de la protección al derecho al goce de un ambiente sano y a la salubridad pública señaló:

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 311, ibídem, al municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado le

⁷ Ver Consejo de Estado- Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010, CP Marco Antonio Velilla Moreno, radicación No. 25000-23-25-000-2004-01513-01

corresponde prestar los servicios públicos que determina la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, entre otras funciones; lo cual reitera el artículo 5° de la Ley 142 de 1994⁸ al disponer que al municipio de corresponde la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía pública conmutada.

.... Por último, el Estado tiene dentro de sus obligaciones la de asegurar la salubridad pública, es decir, procurar las condiciones mínimas para el cabal desarrollo de la vida en comunidad, garantizando la salud de las personas que la conforman. Este derecho colectivo está ligado al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de un determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y tranquilidad de la colectividad y, en general, que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria.

De toda la normativa antes citada se tiene que al Municipio de Soacha le cabe responsabilidad en los hechos originarios de la presente acción popular, y en la amenaza de los derechos colectivos antes especificados, pues dentro de sus competencia está la de asegurar la prestación a sus habitantes del servicio público de aseo y la de ejercer funciones de control y vigilancia para la cabal prestación del mismo, en caso de que su prestación sea por parte de un tercero o por comunidades organizadas, funciones que en modo alguno cumple a cabalidad ante la acreditada deficiencia en el manejo de basuras, desechos y escombros en el sector comprendido entre las calles 24 a la 26 con carrera 1ª.

Aplicando la jurisprudencia al caso concreto se tiene que, al estar asignada al Distrito de Cartagena la función de, adoptar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente, es dicho ente quien directamente debe desarrollar a cabalidad las obras tendientes a garantizar el goce del ambiente sano, o en su defecto, si dichas obras son encargadas a un

⁸ Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

tercero o entidad distinta del mismo, debe garantizar dicha prestación a través de la vigilancia permanente que realice, respecto de la entidad creada para el cumplimiento y desarrollo de dicha función.

Ahora bien, las normas citadas en apartes anteriores, en lo concerniente al cumplimiento de las funciones relacionadas con el medio ambiente urbano señalan que, los Concejos Distritales a iniciativa del Alcalde *“crearán un Establecimiento Público, que desempeñará las funciones de autoridad ambiental en el área de su jurisdicción.”* En el caso concreto, el Concejo Distrital mediante Acuerdo 029 de diciembre de 2002 creó el Establecimiento Público Ambiental-EPA- CARTAGENA, cuya naturaleza es de un *“organismo descentralizado del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de ejercer las funciones de autoridad ambiental, en los términos del artículo 66 de la ley 99 de 1993, dentro del perímetro urbano de la cabecera del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y las funciones del Alcalde Mayor en materia ambiental dentro del área de la jurisdicción de Distrito.”*

A su vez, en el Acuerdo No. 001 del 13 de marzo de 2003 expedido por el Consejo Directivo del EPA, a través del cual se adoptan los estatutos de dicho establecimiento, se señaló que:

Artículo 5. JURISDICCION. El Establecimiento Público Ambiental de Cartagena de Indias EPA-CARTAGENA, ejercerá las mismas funciones de la Corporación Autónoma Regional dentro del perímetro urbano de la cabecera distrital, y de acuerdo con el artículo 65 de la Ley 99 de 1993, las funciones del Alcalde Mayor en materia ambiental en el área rural y urbana, sin detrimento de las funciones que ejerce la corporación en el área rural.”

Y en el artículo 8° ibídem, se señalan entre otras funciones a cargo del EPA, las siguientes:

“ARTICULO 8 FUNCIONES. Son funciones del Establecimiento, las siguientes:

b) *En cumplimiento a lo establecido en los artículos 13 de la ley 768 de 2002:*

... 25. Dirigir, coordinar y controlar la gestión ambiental del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, según las normas nacionales, regionales y locales y de acuerdo con los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario.

...C) Otras funciones:

... 10. Promover, diseñar, construir, mantener, administrar, operar y desarrollar las obras de infraestructura conducentes a racionalizar el manejo adecuado y sostenible de las aguas lluvias y/o alcantarillado pluvial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias."

De lo anterior se desprende que, el EPA fue creado con el objeto de que administrara todo lo relacionado con el medio ambiente y los recursos naturales, dentro del área urbana del Distrito de Cartagena, razón por la cual, en el sub lite, es evidente que al tratarse de derechos colectivos vulnerados por el no mantenimiento del canal ubicado en la calle de algodónera y el colegio Ciudadela 2000 de Cartagena, parte de la responsabilidad recae sobre dicha entidad.

Conforme a lo anterior, es claro que la responsabilidad en el presente asunto, recae tanto en el Distrito de Cartagena de Indias como en el Establecimiento Público Ambiental, tal y como lo concluyó la Juez de Primera instancia, al ser dichas entidades quienes constitucional y legalmente están obligadas a realizar el mantenimiento del sistema de canales del Distrito de Cartagena, en cumplimiento del deber de velar por el goce de un ambiente sano y en consecuencia de la seguridad y salubridad públicas. Es de precisar que, el Distrito de Cartagena, como entidad distrital debe asegurarles a sus habitantes, de una forma eficiente sus derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la salubridad y seguridad públicas y, que si bien al crearse el Establecimiento Público Ambiental –EPA-, dicha obligación no la asume directamente toda vez que se creó con la función de garantizar el goce de un ambiente sano, ello no exime de responsabilidad al ente distrital en relación con las condiciones en que se cumpla o no con el cometido estatal, pues en principio, éste es de cargo suyo, y lo que se ha dado en este caso es un mero proceso de descentralización administrativa municipal por servicios, de

suerte que a la administración central le corresponde ejercer el control de tutela sobre el respectivo ente descentralizado.

Consecuente con lo anterior, para la Sala en el sub lite se configura una responsabilidad solidaria del Distrito de Cartagena y del Establecimiento Público Ambiental –EPA Cartagena, como entidades encargadas directamente de garantizar el goce efectivo de los derechos colectivos invocados, razón por la cual, comparte la decisión adoptada por el A quo, en el sentido de responsables al Distrito de Cartagena y al Establecimiento Público Ambiental EPA, conforme a lo anotado en párrafos anteriores.

Analizado lo anterior, resulta pertinente traer a colación que en sentencia de fecha 14 de julio de 2008 este Tribunal, al resolver una acción popular donde se pretendía la protección de los derechos colectivos por la falta de ampliación y cementación del caño ubicado en el barrio Santa Clara de Cartagena, se consideró que tanto el Distrito de Cartagena como el EPA eran responsables de la vulneración de los derechos colectivos que se discutían, precisando respecto del Establecimiento Público Ambiental lo siguiente:

“La Ley 768 de 2002, por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, se establece claramente el origen, naturaleza y responsabilidad de los EPA en cuanto a la preservación del medio ambiente urbano del distrito. En desarrollo de la mencionada ley el Concejo Distrital de Cartagena mediante los Acuerdos 029 de 2002 y 003 de 2003, crea un establecimiento público del orden distrital con independiente jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, con las funciones precisas de administrar y orientar el manejo de ambiente urbano de Cartagena, propiciando su conservación, restauración y desarrollo sostenible y dirigida a mitigar los riesgos asociados a inundaciones, estancamientos de aguas negras, malos olores y vectores de enfermedades, entre otras funciones. En estas circunstancias, no hay lugar dudas que está legitimado por pasiva tanto procesal como materialmente para responder por derechos colectivos ambientales que le reclaman de esta demanda, y como su actividad en el proceso se limitó a un escueto oficio de respuesta, en el que manifiesta que “solicitaremos al Alcalde Mayor la transferencia de recursos para la realización de

obras de esta naturaleza, que el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena, EPA, no cuenta con los recursos suficientes para realizarlas... Por lo anterior, se tiene por cierta su omisión en el cumplimiento de sus deberes ambientales en el caso planteado y por tanto las declaraciones y condenas le incumben en la misma proporción que al Distrito de Cartagena.⁹

En los términos anteriores, encuentra la Sala precedente confirmar la sentencia de fecha 15 de julio de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena en cuanto declaró al Distrito de Cartagena como responsable en igual proporción que al Establecimiento Público Ambiental –EPA Cartagena-, por la vulneración de los derechos colectivos discutidos en el sub lite.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha quince (15) de julio de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuesta anteriormente.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


ARTURO MATSON CARBALLO

⁹ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sentencia- Acción Popular- del 14 de julio de 2008, Magistrada Ponente Dra CARMEN AMPARO PONCE DELGADO, Radicado 003-2006-00023-01





**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0025
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: EMILIA STELLA RAMOS DE MARTINEZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL- CAJA GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2011-00049-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, QUINCE (15) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, DIECISIETE (17) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DECISIÓN No. 2

Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Clase de Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicación : 13-001-33-31-002-2011-00049-01
Demandante : EMILIA STELLA RAMOS DE MARTÍNEZ
Demandado : NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -
POLICÍA NACIONAL - CAJA GENERAL DE LA
POLICÍA NACIONAL
Tema : REAJUSTE DE I.P.C

Procede la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante Acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la parte demandada a través de apoderado, contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

"Primera: Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 12119 ARPRES-GRUTE del 08 de junio de 2010, emanada del área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional / Grupo Pensionados, por la cual la entidad niega como parte integral de la pensión de mi poderdante, se le reconozca y pague el reajuste que resulta de aplicar Índice de Precios al Consumidor (IPC), establecido para los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010.

Segundo: Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación Colombiana - Policía Nacional – Unidad de pensionados al reajuste anual de las mesadas de la pensión que percibe el actor con la inclusión de los porcentajes del Índice de Precios al Consumidor decretado por el D.A.N.E, correspondiente a los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2008, 2009 y 2010, y a la fecha que ponga fin a esta demanda y en adelante, deberá aplicar este índice cuando sea mayor a la escala gradual porcentual y al método de la oscilación.

Tercero: Que se condene a la demanda (sic) al reconocimiento y pago de las sumas de dinero que resulten de la diferencia entre el reajuste anual aplicando el I.P.C, a las mesadas de pensión y lo pagado como aumento anual de las mismas mesadas con la escala gradual porcentual y el método de la oscilación.

Cuarto: Todos los pagos adeudados deben hacerse con el correspondiente ajuste de valor, según el Índice de Precios al Consumidor para cada año. Artículo 178 C.C.A.

Quinto: Las cantidades adecuadas devengarán intereses comerciales a partir de su acusación y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, Artículo 177 C.C.A.

Sexto: La sentencia debe cumplirse en los términos del artículo 176 del C.C.A.

(...)"

1.2. HECHOS

"(...)

1. Mediante petición del 01 de junio de 2010, radicada en la entidad bajo No. 094302, la demandante solicitó reconocimiento, liquidación y pago del reajuste conforme al I.P.C, en su pensión de sobreviviente, en virtud de que los aumentos decretados por el Gobierno Nacional, no habían realizado.

2. Con el acto administrativo de consecutivo No. 12119 del 08 de junio de 2010, emanado de Secretaria General por el Grupo de Pensionados de la Policía Nacional niega el reajuste y reconocimiento al mi (sic) pago la sustitución pensional manifestando que: "El reconocimiento y pago de la pensión de invalidez o de sobrevivencia se hizo con base en lo señalado en el Decreto 609/1977 estatuto de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional" la citada norma no contempla el reajuste de las pensiones o asignaciones de retiro teniendo en cuenta el IPC o salario mínimo legal, condiciona el reajuste al porcentaje que el gobierno (sic) Nacional asigne mediante Decreto al personal de la Fuerza Pública en actividad en cada grado.

3. Que la ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y dispuso para los incrementos pensionales de la Fuerza Pública que las excepciones consagradas en el referido artículo 279 no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993 para los pensionados de los sectores allí contemplados.

4. Con la negativa del acto acusado por parte de la Caja General de la Policía Nacional-Grupo Prestaciones Sociales Unidad pensionados, al considerar que las normas especiales prevalecen sobre las de carácter general, está violando la prevalencia de las normas Constitucionales y de fallos de la Corte Constitucional como la sentencia C-815/99 la cual dispone que “que el Gobierno decreta nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira, pues está obligado a velar porque el salario mantenga su poder adquisitivo, se tal forma que garantice el mínimo vital de los trabajadores y a quienes de ellos dependen”, porque de contrario se estaría vulnerando el artículo 53 de la Carta Política.

5. La demandante como se puede probar en el acervo probatorio es pensionada de la Caja General de la Policía Nacional (Entidad responsable de la (sic) pensiones por invalidez y sobreviviente), razón por la cual le asiste el derecho al pago e incremento de su pensión de conformidad como se solicita dentro de las pretensiones de presente demanda.

6. Se adelantó trámite de conciliación prejudicial ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – PROCURADURÍA 130 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA DE BOLÍVAR – con el fin de cumplir con lo dispuesto en la ley 1285 del 22 de enero de 2009, artículo 13 el cual aprueba el ARTICULO 42 A de la ley 270 de 1996.
(..)”

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante considera como violadas las siguientes disposiciones normativas

- Constitución Nacional: en sus artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48 y 53
- Código Sustantivo del Trabajo: en su artículo 21
- Ley 100 de 1993: parágrafo 4 en su artículo 279 y artículo 14
- Decreto 4433 de 2004: en su artículo 42 inciso 2

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante formuló los siguientes cargos de infracción:

“(..)”

El acto administrativo acusado, vulnera las normas precitadas, en el entendido que no dan aplicación a estas, y basa sus razones para el trámite de la asignación de retiro del

demandante con base en el Decreto 1211 de 1990, y 4433 de 2004, las cuales contemplan el principio de oscilación para las asignaciones de retiro, desconociendo por ende el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, que habla sobre la aplicación de la situación más favorable de las fuentes formales del derecho.

La Resolución demandada vulnera la aplicación de la norma más favorable, citada en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y además vulnera lo dicho en la sentencia del 17 de mayo de 2007, dentro del expediente 8464-05, del Consejo de Estado, actor JOSÉ JAIME TIRADO CASTAÑEDA, en la que se debatía la aplicación de la Ley 238 de 1995, en las mismas circunstancias que aquí se ventilan, salvo que se trataba de un oficial de grado coronel de la Policía Nacional, y que constituye fuente formal y material de derecho, desconocida abiertamente en el acto acusado.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 excluyó de su aplicación a los miembros de las FF.MM, sin embargo, este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995, lo que significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, si tienen derecho a que se le reajusten sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC), como lo dispuso el artículo 14 de la última, y la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.

La tesis planteada en esta demanda ya fue objeto de análisis por parte del Consejo de Estado y la acogió en el sentido que aquí se argumenta y pretende. Decisión que proviene del máximo ente jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, que aunque surte efectos inter-partes, su ratio decidendi es vinculante en el caso en igualdad de condiciones.

El acto administrativo acusado incurre en falsa motivación, pues no se puede fundamentar la respuesta un ciudadano en el hecho de ignorar la ley al establecer que dicha norma no es aplicable en razón a que los regímenes exceptuados como los de la Fuerza Pública se rigen por las normas que en tal sentido expida el Gobierno Nacional, sin que pueda apelarse a derechos consagrados en el régimen general.

(...)

2. LA DEFENSA

El apoderado judicial de la entidad demandada contestó la demanda manifestando las siguientes razones:

(...)

Excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa:

Contra dicho acto administrativo cabían los recursos de reposición ante el mismo funcionario, y el de apelación ante el Director General de la Policía Nacional, por ser superior jerárquico, de modo que la parte interesada debió interponer dicho recurso y esperar que este le fuera resuelto, antes de demandar dicho acto ante esta jurisdicción.

(...)

Manifiesta más adelante que en la demanda no se demostró que contra el acto demandado se agotó previamente la vía gubernativa, teniendo en cuenta que el recurso de apelación es obligatorio para agotar la misma.

Seguidamente la entidad demandada plantea lo siguiente:

“(...)

Razones de la defensa

En el sub lite hay que destacar que el acto administrativo impugnado, fue expedido de conformidad con lo reglado a la normatividad vigente sobre la materia, luego el acto administrativo hoy enjuiciado fue expedido por funcionario competente, con plena observancia de las formalidades legales sin desviación de las facultades propias, gozando por tanto plenamente del atributo de presunción de legalidad, que es inherente a los actos de esa naturaleza.

Precisamente para que se destruya la mencionada presunción de legalidad del acto demandado, se requiere que en la expresión de las disposiciones violadas y el concepto de violación, además de citar normas sustanciales de ley, se compare esas normas con la operación administrativa impugnada para colegir la contradicción de las mismas con el acto administrativo tachado de nulidad. Es por ello que, es esta parte de la demanda, que requiere de mayor esmero en su elaboración no solo por su significación sustantiva, si no por las consecuencias que para las prosperidad de las pretensiones tiene, ya que en la demanda contencioso administrativa se exige una mayor técnica, porque fuera de que se deben determinar las normas violadas por la actividad de la administración, se tiene que explicar el sentido de la infracción.

(...)

Finalmente la entidad demandada manifiesta lo siguiente:

“(...)

Siendo así las cosas, no es cierto que a la actora se la haya violado algún derecho o se le haya negado el pago de dinero por reajuste de pensiones o asignaciones de retiro, por cuanto las liquidaciones hechas a este personal de la institución y cobijados con la normatividad para cada caso; y en el presente se aplicó el Decreto 609 de 1977, que era la normatividad que se encontraba para el personal de agentes al momento de

pensionarse la demandante, ya que para estos de la institución Policial, su reajuste se condiciona al porcentaje que el Gobierno Nacional asigne mediante Decreto; de igual forma la norma expresa que el personal de agentes o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales a miembros de otros sectores de la administración a menos que la administración pública a menos que la misma norma así lo disponga y por tanto la norma citada hasta la presente para este caso no ha sido derogada.

(...)

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó sentencia de fecha 27 de julio de 2012, concediendo las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión adoptada, el A Quo adujo:

“(...)

Del cálculo se evidencia que durante los años 1997, 1999, 2002, y 2004, el incremento que resulta de la aplicación del índice de precios al consumidor fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, existiendo una diferencia desventajosa para la actora, entre la pensión de sobreviviente percibida y la reajustada con base en el IPC.

De acuerdo con el precedente jurisprudencial, en el presente caso se dan los supuestos necesarios para que proceda la aplicación del reajuste de la pensión de sobreviviente de la actora con fundamento en las variaciones del índice de precios al consumidor, advirtiéndose por tanto la ilegalidad del acto acusado por medio del cual la demandada negó su reconocimiento, por lo cual resulta procedente declarar la nulidad.

En relación con la pretensión de reajuste de los años 2005 a 2010, no se accederá al mismo, atendiendo a que la vigencia del reajuste por el índice de precios al consumidor solo se extendió hasta el año 2004, cuando por la expedición del decreto 4433, reglamentario de la ley 923 de 2004, se reimplanto el sistema de oscilación para efectos del reajuste de las pensiones de que gozan el personal de la Fuerza Pública.

Establecido lo anterior, corresponde al Despacho adoptar las medidas necesarias para lograr el restablecimiento del derecho de la demandante, las cuales se traducen en el reconocimiento de las diferencias resultantes entre la mesada pensional percibida por esta y determinada acorde con las variaciones del IPC.

Aunado a ello, el incremento de la pensión en virtud del reajuste conforme al IPC, debe tomarse como base para la liquidación de las mesadas futuras, así, lo ha puntualizado el Consejo de Estado.

Aplicando este criterio al caso concreto, se hace necesario ordenar, que tomando como base la reliquidación acorde con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se reajuste la base pensional de la actora.

Por otro lado, advierte el Despacho que debe darse aplicación al termino de prescripción cuatrienal previsto en la norma especial, artículo 113 del Decreto 1213 de 1990. La prescripción se contara a partir de que el derecho se hizo exigible, recalando que el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción por un tiempo igual.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la reclamación encaminada al reconocimiento del reajuste acorde con el IPC fue formulada el 1 de junio de 2010 – según consta a folios 61-63, de oficio habrá de declararse probada la prescripción frente a las diferencias causadas con anterioridad al 1 junio de 2006, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 1213 1990.

Por tanto, solo habrá lugar al pago de las diferencias resultantes, respecto de las asignaciones causadas a partir de esa fecha.

En cuanto a los intereses comerciales y moratorios solicitados por la actora, solo se reconocerán los últimos, los cuales se causaran sobre las sumas liquidadas determinadas en esta sentencia, según los términos del artículo 177 del C.C.A, disposición a la cual se sujetara el cumplimiento de la sentencia.

(...)

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante y la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando lo siguiente respectivamente:

4.1. Parte demandante:

“(...)

Existe principio universal de derecho según el cual lo accesorio siempre sigue la suerte de lo principal, y por mandatos derivados del artículo 230 de la Constitución Nacional, las mesadas pensionales son lo accesorio de la pensión que garantiza entro otros el artículo 2 y 53 estatuto supremo.

De otra parte la prescripción de derechos laborales y las acciones no prescriben porque son considerados derechos humanos esenciales, y en Colombia bajo el tratamiento igualitario que se desprende del artículo 13 de la Constitución Nacional; y los artículos 14, 16, 340 y 342 Código Sustantivo del Trabajo armonizados con los artículos 2, 25 y 53 de la carta fundamental, las prestaciones sociales son irrenunciables, lo que equivale

a decir que son imprescriptibles por regla general, ya que los casos de excepcionalidad se encuentran taxativamente señalados en los artículos 342 del Código Sustantivo del Trabajo, y la pensión bajo cualquier forma es prestaciones social con directrices inminentemente sociales y en caso de la pensión de sobreviviente inminentemente proteccionista del núcleo fundamental de la sociedad que a la luz del artículo 42 de la carta magna constituye la familia, y de igual manera a la mujer madre cabeza de familia cuya protección especial y la de sus hijos surgen de manera incuestionables en los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional y demás aplicaciones.

(...)

4.2. Parte demandada:

(...)

En primer término la sentencia impugnada desconoció que por mandato de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, que la Fuerza Pública goza de un régimen especial, tanto para el reajuste de los sueldos básicos, para el personal en actividad, como para el reajuste de las asignaciones de retiro (pensiones), al personal con este derecho, garantizando el poder adquisitivo (art 48 inc. 6 de la C.P).

La señora Emilia Stela Ramos, en su calidad de beneficiaria de pensión de sobreviviente del agente fallecido Sofanor Martínez González, debe tener en cuenta el principio de inescindibilidad normativa, el cual establece que no es procedente la aplicación de fragmentos de normas que se excluyen entre sí, por cuanto regulan dos regímenes de prestación diferentes que se excluyen uno del otro, vale decir, la Ley 100 de 1993, (norma de carácter general que regula las prestaciones de personal no uniformado) y los Decretos 1212, 1213 de 1990 y 1091 de 1995, (normas de carácter especial, que regula la carrera de oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la policía nacional); siendo ilegal pretender, que se apliquen dos normas que se incluyen entre sí, por cuanto una regula el sistema general de pensiones y las otras (Decretos 1212, 1213 de 1990 y 1991 de 1995) que regulan las prestaciones del personal de la Policía Nacional.

En segundo término, no se está de acuerdo con la sentencia apelada, por considerar que aun en la eventualidad que se considere que la actora tiene derecho a la reliquidación de su pensión por aplicación de la diferencia del aumento del I.P.C de los años donde el incremento del Índice de Precios al Consumidor fue mayor que el decretado por el Gobierno y frente a los cuales ordenó la reliquidación la Juez Piloto de Descongestión se encuentran prescritos, porque el termino prescriptivo que se aplica al caso concreto, es el de 3 años establecido en la legislación laboral para los derechos laborales y prestacionales, y no el consagrado en el artículo 113 del Decreto 113 (sic) del Decreto 1213 de 1990, porque precisamente se está aplicando el régimen general de la Ley 100 de 1993, y no el régimen especial.

Los derechos laborales están sujetos a prescripción, por tanto, si no se hacen efectivos dentro de la oportunidad legal, se piden, no obstante, esa prescripción se puede interrumpir dando más tiempo al trabajador para hacer efectivos sus derechos.

*La prescripción de los derechos laborales sucede según el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, a los tres años contados desde la fecha en que los derechos en cuestión se hicieron exigibles, y dado que el reclamo a la entidad demandada se presentó en el año 2010, la actora eventualmente solo tendría derecho a reclamar la reliquidación de su mesada pensional hasta el año 2007, y dado que tal y como se establece en la sentencia impugnada la vigencia del reajuste por índice de precios al consumidor solo se extendió hasta el 2004, cuando por la expedición del Decreto 4433 de ese mismo año, reimplantó el sistema de oscilación para efectos del reajuste de las pensiones de que gozan el personal de la Fuerza Pública.
(...)"*

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Alegatos de la parte demandante:

En mencionado escrito la demandante pretende que se modifiquen los puntos 4, 7 y 10 de la sentencia de primera instancia, en razón a que principalmente manifiesta el actor que las mesadas pensionales no prescriben teniendo en cuenta los artículos 13 de la Constitución Nacional, artículos 14, 15,16 del Código Sustantivo del Trabajo y atendiendo a que las mesadas son accesorias a la pensión y por esto jamás podrán prescribir.

5.2. Alegatos de la parte demandada:

La parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión ratificando lo manifestado en el recurso de apelación.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público emitió concepto haciendo referencia a todo el marco legal del presente tema y analizando el mismo, concluye que la actora si tiene derecho al reajuste del IPC que se pretende en la demanda, pero resaltando que este tiene algunas limitaciones relacionadas con la prescripción, manifestando que las pensiones y asignaciones son imprescriptibles pero no las mesadas pensionales, a las cuales se les aplica la prescripción cuatrienal acogiendo el criterio del Consejo de Estado. En consecuencia el Ministerio Público considera que es procedente que la sentencia impugnada sea confirmada.

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 19 de febrero de 2013 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la parte demandada respectivamente (fl 120)

Por auto del 22 de marzo de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl.264)

El proceso ingresó al Despacho el 18 de noviembre de 2013 (fl 146)

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de julio de 2012 proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena.

2. ACTO ACUSADO

Acto administrativo No. 12119 APRE-GRUTE del 08 de junio de 2010, emanado del área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional / Grupo Pensionados, por el cual la entidad demandada niega el reconocimiento y pago que resulta de aplicar el Índice de Precios al Consumidor (IPC) en los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010. (Fls.13).

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el caso concreto se deben resolver tres problemas jurídicos relacionados con el tema del reajuste de la asignación de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública; el primero, consistente en establecer si resulta procedente reajustar la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y/o sus beneficiarios conforme al I.P.C.; el segundo consiste en determinar cuál es el límite del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC, y el tercero, referido al tema de la prescripción del reajuste, en aras de determinar si el fenómeno de la prescripción afecta el derecho a la reliquidación de la asignación de retiro o solamente las mesadas pensionales; y a partir de qué momento se debe comenzar a contar la prescripción.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- Primer problema jurídico

¿Resulta procedente reajustar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y/o de sus beneficiarios conforme al I.P.C?

La Sala tendrá en cuenta que en reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del H. Consejo de Estado se ha venido afirmando que el sistema de oscilación para el reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública, en algunos casos, fue inferior al Índice de Precios al Consumidor lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993², pues a pesar de que en su artículo 279 ibídem excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995 que adiciona el 279 de la misma disposición normativa elimina dicha exclusión.

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de Junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ precisó que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en el reajuste de las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no el principio de oscilación del régimen especial. Apoyó su decisión en sentencia de esa misma Corporación con ponencia del Consejero JAIME MORENO GARCÍA de fecha 17 de mayo de 2007, en la que se resaltó en lo relevante:

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

² Artículo 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno”.

(...) el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.

En conclusión sí es procedente reajustar la asignación de retiro de la actora conforme al I.P.C, con fundamento en el principio de favorabilidad.

- **Segundo problema jurídico.**

¿Cuál es el límite del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC?

Al respecto, se tendrá en cuenta que no obstante que la aplicación del I.P.C. está previsto legalmente hasta la anualidad de 2004, no obsta para que con fundamento en ello, el monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

Así lo precisó la Sección Segunda, Subsección A, de 27 de enero de 2011, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno N 1479 -09, actor Javier Medina Baena, en la que estableció:

“Entonces, dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades³ las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores”.

La Sala, también tendrá en cuenta el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección “B” de la Sección Segunda, en sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,⁴ aclarando que esa

³ Sentencia N 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucía Sánchez de Manríque, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

⁴ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp. 8464-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C. P. Jaime Moreno García.

forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004. Sostuvo en lo relevante:

“El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995. A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

El ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año.

En decisión más reciente, contenida en sentencia de tutela de fecha 23 de febrero de 2012⁵, el H. Consejo de Estado fue enfático en el criterio jurisprudencial reiterado que deben respetar las autoridades judiciales sobre la aplicación de la Ley 238 de 1995 cuando resulte más favorable la aplicación del IPC que el principio de oscilación para incrementar las asignaciones de retiro; así como el límite de la aplicación del IPC y la prescripción de mesadas. Al respecto precisó:

“... a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 las personas pertenecientes a los regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, podrían acceder a estos específicos beneficios...

(...) Al respecto, aunque dentro de los asuntos encontrados sobre el tópico relacionado con el derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC no se han discutido asuntos en los cuales, como el presente, en aplicación del fenómeno extintivo cuatrienal (por norma especial) no se dejen vigentes

⁵ Actor JUAN ALFONSO FIERRO MANRIQUE, contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N. 3 y el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, C.P VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

mesadas anteriores al 31 de diciembre de 2004 (fecha hasta la cual en reiterada jurisprudencia se (sic) considerado opera la viabilidad de actualizar las asignaciones de retiro con base en el IPC y no con el principio de oscilación), lo cierto es que en varias de ellas se ha considerado que la modificación que genera el reajuste en los años anteriores al 2004 sobre la base de la asignación puede tener incidencia en las mesadas futuras...

(...) En este orden de ideas debe indicarse que al accionante le asistía el derecho al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC desde el año 1997, tal y como lo sostuvieron las Autoridades Judiciales accionadas, sin perjuicio de que se declarara la prescripción cuatrienal sobre los reajustes prestacionales no reclamados en tiempo, pues, como se indicó anteriormente, el fenómeno de la prescripción opera sobre las mesadas y no sobre el reajuste como tal, y en ese sentido, si bien no se puede cancelar la diferencia de las mesadas prestacionales, dichos conceptos si deben ser utilizados como base para la liquidación de las mesadas posteriores, en la medida en que podrían afectar la asignación de retiro a partir del 2005, tal y como lo manifestó esta Corporación en la jurisprudencia antes referida..

(...) Por observarse entonces que las Autoridades Judiciales accionadas no hicieron el análisis de dicha situación, se reitera, la incidencia que un reajuste del IPC hasta el año 2004 puede tener en la base de la asignación a partir del año 2005 de cara no solamente a lo sostenido por esta Corporación sino al caso concreto del accionante con miras a concluir si efectivamente en su situación ello no tenía relevancia a partir del año 2005, es viable acceder a las pretensiones, con el objeto de que el Tribunal, quien profirió la Sentencia que puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, analizando dichas circunstancias, clarifique las razones por las cuales hay o no lugar a acceder a las pretensiones del accionante.

Dado que el presente litigio supera los requisitos de procedibilidad enunciados con anterioridad y se observa la configuración de un defecto de fondo, como lo es el desconocimiento del precedente judicial y violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, la Sala concederá el amparo constitucional invocado, a fin de dejar sin efectos la Sentencia de 26 de agosto de 2011 (...) por cuanto no tuvo en cuenta los parámetros jurisprudenciales aquí referidos ni se analizó el caso concreto del accionante para concluir que en

su caso el reajuste del IPC hasta el 2004, al que tenía derecho, no incidía en sus mesadas futuras.

En conclusión, resulta procedente incrementar la base de liquidación de la mesada pensional con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor hasta el 31 de diciembre de 2004, resultando claro que por ese hecho el monto se va incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

- **Tercer problema jurídico.**

¿El fenómeno de la prescripción afecta el derecho a la reliquidación de la asignación de retiro o solamente las mesadas pensionales; y a partir de qué momento se debe comenzar a contar la prescripción?

Ha sido criterio reiterado que las asignaciones de retiro son prestaciones imprescriptibles, por ello su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, pero no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no están amparadas por esta excepción y por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales.

Sobre el término a partir del cual se cuenta el fenómeno prescriptivo, el H. Consejo de Estado ha venido cambiando de criterio, pues en algunos casos plantea que opera la prescripción de mesadas aplicando la norma vigente para el momento en que se elevó la solicitud en vía gubernativa, de tal manera que en vigencia del Decreto 4433 de 2004 aplica el término de prescripción trienal y con antelación la norma cuatrienal del régimen especial, los cuales se cuentan a partir de haberse elevado la petición en vía gubernativa. En los últimos pronunciamientos, dentro de los cuales vale la pena citar el consignado en la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, C.P Luis Rafael Vergara Quintero de fecha 4 de marzo de 2010, el H. Consejo de Estado recalcó:

“...Frente al tema de la prescripción, esto es, si se debe ordenar la trienal prevista en el decreto 4433 de 2004 o a la cuatrienal establecida en el decreto ley 1211 de 1990, la Sala en sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente No. 628-2008, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P. Dr. Gustavo

Eduardo Gómez Aranguren, precisó: (...) Respecto del poder reglamentario esta Corporación en anteriores oportunidades ha sostenido que: "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el presidente de la república pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al presidente de la república la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la Ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150..." Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional" (Subrayas y negrillas fuera del texto). Con el aparte transcrito se despeja cualquier duda relacionada con la normativa aplicable. Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del decreto 1211 de 1990 los derechos prestacionales consagrados a favor de los miembros de las Fuerzas Militares oficiales prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles.

Con fundamento en lo anterior, la Sala precisa que se aplicará el término de prescripción cuatrienal previsto en la norma especial. La prescripción se contará a partir de que el derecho se hizo exigible – esto es, con la expedición de la Ley 238 de 1995-, recalcando que el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción por un tiempo igual.

6. DEL MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Observa la Sala de decisión que en el presente caso se encuentran en el expediente las siguientes pruebas, que permitirán resolver de fondo la cuestión litigiosa:

1. Copia simple del derecho de petición interpuesto ante la entidad demandada. (fl. 10).
2. Copia simple del oficio 12119 APRE – GRUTE RAD No. E 2010-094302 respuesta dada por el Jefe de Grupo de Pensionados de la Policía Nacional (fl. 13).
3. Copia de la Resolución 5730 del 27 de octubre de 1983, que concedió la pensión de sobreviviente a la demandante (fl. 14 y 15).
4. Copia de hoja de servicios del señor Sofanor Martínez González. (fl. 16 y 17).
5. Copia de la Resolución de retiro No. 6974 del 10 de diciembre de 1982 (fl. 18 al 20).
6. Citación de audiencia de conciliación radicada ante la procuraduría delegada para asuntos administrativos del 07 de diciembre de 2009 (fl. 21).
7. Diligencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 130 Judicial II Administrativa de Bolívar del 15 de marzo de 2011(fl. 22 y 23).

7. ANÁLISIS DEL CASO

De los hechos que resultaron probados en el expediente y de la lectura del acto acusado, se puede inferir que a la demandante le fueron aplicados los Decretos 1211 de 1990 y 4433 de 2004, para reajustar su pensión de sobreviviente y no el IPC, y en tal virtud su prestación se ha visto menguada al no haberse incrementado en el porcentaje que correspondía.

En efecto, la decisión de la entidad accionada desconoció que frente a su prestación periódica, la demandante tenía derecho a que se le reajustara con base en el IPC en los años que le resultara más favorable frente al principio de oscilación que contempla el régimen especial, pues según los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos, en estos casos prima el principio de favorabilidad, el cual resulta aplicable tanto a las asignaciones de retiro, como a la pensión de sobreviviente que de este caso se trata.

En efecto, como se explicó en el marco jurídico de esta sentencia, si bien los miembros de la Fuerza Pública se encuentran excluidos de la aplicación del sistema general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1.993, tal exclusión no comprende el

beneficio relacionado con el derecho al reajuste de las pensiones conforme al artículo 14 – IPC-, pues por disposición directa de la Ley 238 de 1995 – que comenzó a regir el 26 de Diciembre del mismo año-, tenían derecho a beneficiarse de la misma.

La anterior preceptiva modificó el Sistema de Seguridad Social creando a favor del grupo de pensionados de los sectores exceptuados -dentro de los cuales están los miembros de la Fuerza Pública-, el derecho a incrementar sus pensiones acorde con la variación del Índice de Precios al Consumidor.

Ahora, con respecto al segundo interrogante encaminado a establecer *¿cuál es el límite del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC?*, la Sala acoge el criterio jurisprudencial expuesto en esta sentencia en donde expresamente se consagra que va hasta el 31 de diciembre de 2004; aclarando que el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores; concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros.

Frente al tercer problema jurídico, consistente en establecer si en el caso concreto prescribieron mesadas y a partir de qué momento se debe contar, la Sala concluye que se aplicará la prescripción cuatrienal prevista en el Decreto 1213 de 1990, que rige para el personal de agentes de la Policía Nacional.

Ahora bien, como quiera que la petición de la solicitud del reajuste y pago de la pensión de sobreviviente con base en el IPC, fue radicada en la entidad el día 01 de junio de 2010, sólo procede el pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, a partir del 01 de junio de 2006 hacia futuro como se plantea en el fallo de primera instancia. Por lo anterior, se tiene que si bien están prescritas las diferencias anteriores al 01 de junio de 2006 y, por tanto no se pagarán a la demandante, sí deben tenerse en cuenta para reajustar su base pensional.

En consecuencia, con fundamento en los anteriores argumentos y atendiendo que asiste razón al recurrente en su pedido de nulidad, esta Sala procederá a confirmar la sentencia de fecha 27 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de

Descongestión del Circuito de Cartagena por los motivos expuestos en esta providencia.

8. DE LA CONDENA EN COSTAS.

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A "el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil". En el sub lite no se evidencia en la actitud de las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedentes tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

IV. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha veintisiete (27) de julio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Emilia Stella Ramos Martínez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Caja General por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


ARTURO MATSON CARBALLO