



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0026
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CARMEN MARIA GONZALEZ DE ORTIZ
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2007-00118-01
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 DECISIÓN 002

Cartagena de Indias, D. T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado ponente: **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Acción : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Carmen María González de Ortiz**
Demandado : **Departamento de Bolívar**
Expediente : **13-001-33-31-005-2007-00118-01**

Tema: Reajuste Decreto 2108 de 1992

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 pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013), por medio de la cual el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (FLS. 1 – 6)

La señora Carmen María González de Ortiz, actuando a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Gobernación de Bolívar, con el fin de que se le reconozca y pague lo siguiente:

1.1 PRETENSIONES

“Primero: Que es nulo el oficio sin número, de fecha Junio 27 de 2007, emanada de la Gobernación de Bolívar Talento Humano-Fondo Territorial de Pensiones, mediante la cual aseguran que el reajuste Pensional a que tiene derecho la señora GONZALEZ DE ORTIZ CARMEN MARÍA, en desarrollo de la Ley 6ª de

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante: Carmen María González de Ortiz
Accionado: Departamento de Bolívar
Expediente: 13-001-33-31-005-2007-00118-01

1992 y el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, fue cancelado, sin embargo no se ve reflejado dicho reajuste en el certificado de sus mesadas expedido por la misma Gobernación por intermedio de la Tesorería Departamental.

Segundo: *Que como consecuencia de la anterior declaración, ordenase al Departamento de Bolívar, al pago de reajuste pensional que establecen las normas prenombradas desde que lo ordena el Decreto y hasta que se haga efectivo el pago.*

Tercero: *En consecuencia del reajuste anterior, ordénese a la Gobernación de Bolívar a que devuelva y pague a la señora GONZALEZ DE ORTIZ CARMEN MARÍA, la devolución (sic) de todos los Dineros de las mesadas y primas derivados de dicho reajuste, desde que se generó el derecho y hasta cuando se haga efectivo el pago.*

Cuarto: *La liquidación de la condena deberá efectuarse mediante suma líquida de moneda de curso legal en Colombia, ajustándose la misma tomando como base el índice de precios al consumidor, conforme lo dispuesto en el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.*

Quinto: *Por tratarse de un hecho notorio en que el Departamento de Bolívar está obligado a aplicar la Ley 6ª a quienes cumplen sus requisitos y ésta obtusamente insiste con el pensionado en desgastar la justicia obligándolo a demandar a sabiendas que va a perder en vez de conciliar, a pesar de nuestra invitación, se le declaren en su contra perjuicios económicos y morales, intereses por mora, gastos judiciales, costas y agencias en derecho.*

1.2 HECHOS

Se afirma como soporte fáctico lo siguiente:

Señala la demanda que la accionante es pensionada del Departamento de Bolívar, a partir del 26 de Agosto de 1985.

Que no le ha sido reconocida la nivelación salarial establecida por la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes disposiciones:

Señala como vulneradas, la Ley 6ª de 1.992 Art. 116 Ley 6ª de 1.992, *“por el cual se expiden normas en materia tributaria, se otorga facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.”*

El Art. 116. **Ajuste a pensiones del sector público nacional.** Establece: *“Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año de 1.989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el ajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocidos con anterioridad al 1º de enero de 1.989.”*

“El Decreto 2108 de 1.992, reglamentario de la Ley 6 de 1.992, “ordenó un reajuste especial para quienes se pensionaron entre los años 82 y 88, en un 14%, para las pensiones reconocidas con anterioridad al año de 1981, se ordenó un reajuste del 28%. La finalidad de este decreto fue actualizar el valor de la pensión, para aquellas personas que se vieron perjudicadas con la pérdida del poder adquisitivo de sus pensiones durante esos años. Es esta la razón por la cual el Decreto 2108 ordenó reajuste adicionales para aquellos pensionados con anterioridad a diciembre 31 de 1988.”

“El Art. 13 de la Constitución Nacional, derecho a la igualdad y en especial determina el principio que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados al margen de la ley.”

“Se transgredieron las disposiciones constitucionales de la igualdad en especial por hacer parte del grupo social más débil el (sic) los ancianos, los derechos (sic) a pesar de haber sido adquirido por mi apadrinado, por cumplir con los requisitos de la Ley para su estatus mejorara tal y como lo proclama el espíritu de la ley 6ª, se crea buscando la igualdad entre los abismos que se establecieron entre los pensionados de año 1989 en adelante con los que dejaban atrás.”

“La protección de la pensión tiene en el derecho Colombiano una protección absoluta, contra todo tipo de ataque está la ley en entera disposición de salva guardar este despacho, por ello esta violación al pensionado es flagrantemente un atentado a la seguridad social que el estado está en obligación de defender y por ello acudimos a usted”

2. LA DEFENSA (FLS. 56-62)

La entidad demandada presentó en su defensa los siguientes argumentos:

La apoderada del Departamento de Bolívar se opuso de manera parcial a las pretensiones de la demanda y, argumentó lo siguiente:

Sostiene que es evidente que el oficio de fecha 27 de junio de 2007 en el cual se da respuesta a la solicitud de reajuste pensional proveniente de la aplicación de la Ley 6, de 1992 y su Decreto reglamentario 2108 de 1992, presentada por la doctora Martha Astrid Fernández Lavis, la administración no toma de una decisión de fondo concreta que afecte los intereses del peticionario, sino por el contrario remite a lo ya decidido por la resolución marcada 2768 del 15 de julio de 2002 donde ya se había decidido el fondo de esta cuestión; y que además conforme al mismo oficio fue de manera positiva para la accionante, por tratarse inclusive de una docente nacionalizada. Luego a la administración departamental no le era posible pronunciarse nuevamente sobre estos hechos, ni mucho menos puede el apoderado de la demandante pretender a partir de este escrito revivir un tiempo para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho sobre este particular. En conclusión el impugnado es un simple acto de trámite, toda vez que no está resolviendo nada de fondo, así mismo no está negando la pretensión del demandante”.

Propone como excepciones de mérito: Inexistencia del acto administrativo demandado, y inexistencia de la obligación.

4. EL FALLO RECURRIDO (FLS. 132-140)

El juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, basándose en lo siguiente:

Expuso que para que proceda el reconocimiento del derecho invocado en el caso de autos, es imprescindible que se acredite la calidad de pensionado y que estuviese devengando la mesada pensional antes del primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Que en el caso concreto, se desprende del material probatorio recaudado que, mediante acto administrativo, se reconoció la pensión cuyo reajuste se demanda, el cual data del año mil novecientos ochenta y ocho (1988), aun cuando el status pensional fue adquirido el veinticinco (25) de Agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Que si bien ese primer supuesto, coloca al actor a las puertas de acceder al reajuste pedido, tal pretensión no puede

concederse por cuanto la prestación se comenzó a cancelar a partir del año de 1992, es decir, con posterioridad al primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), razón por la cual la actora no cumple con los supuestos exigidos para obtener el reajuste que reclama.

Concluye que al no haber probado la actora las condiciones para que se le apliquen ultractivamente los efectos del Artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y su reglamentario, Artículo 1o del Decreto 2108 de 1992, se tendrá por no desvirtuada la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo demandado, acto que constituye sustancialmente, una negativa a lo pedido por la actora en escrito de febrero 27 de 2007; el reajuste de su pensión conforme a las normas citadas.

En virtud de lo anterior, la Juez de Primera Instancia, niega las pretensiones de la demanda.

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(FLS. 142-144)

La parte demandante impugna el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta las siguientes razones:

Sostiene que la Juez de Primera instancia, interpretó erróneamente la certificación aportada al expediente, porque que lo se buscaba con dicha certificación era demostrar que tal y como lo exige el Decreto 2108 de 1.992, nunca se reajustó la mesada correspondientes a los años 1993 un 7% y en el 1994 un 7%, adicional al IPC, e incluso desestima el hecho sobre el cual existe manifestación en contrario por parte de la entidad demandada, quien reconoce que la demandante tiene derecho y pese a ello el despacho presume el no cumplimiento de los requisitos, convirtiéndose lo anterior en una extralimitación de los poderes, violando así los derechos constitucionales de la demandante.

Por otro lado, argumenta que se trata de un proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el cual busca la protección de una persona vulnerable y con protección constitucional especial, legal y adquirida.

Agrega que la Juez de Primera Instancia actuó presumiendo la mala fe, debido a que si ella tenía alguna duda con respecto al presente proceso, debió de manera oficiosa aclarar las dudas, y no violar los derechos a la señora CARMEN MARÍA GONZÁLEZ, que es una persona protegida por ser de la tercera edad.

Continúa argumentando la recurrente que no comparte el criterio trazado por el a quo, toda vez que manifiesta que al analizar el contexto en el que se ha manejado el presente caso, se observa que durante el trámite del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho la entidad demandada nunca le ha negado a la actora, su calidad de pensionada, entendiéndose como tal no solo el haber adquirido el derecho pensional, sino también el disfrute y el reconocimiento económico de la misma, desde antes de 1989, lo hace de manera equívoca efectuando una liquidación de la mesada como el reajuste del Decreto 2108 de 1992.

Además sostiene que lo único que debían proponer obligatoriamente era el no cumplimiento del requisito de no inclusión en nómina antes de 1989; que es el que presume el juez A quo.

Agrega que, si el Juez de Primera Instancia quería corroborar los hechos y los derechos entonces debió solicitarlo de oficio, y no vulnerar los derechos de una anciana, sin justificación legal; requiriendo a la entidad demandada esta prueba, además porque al presentar la demanda hace manifestaciones bajo la gravedad de juramento indicando que a la demandante no se le han realizado los descuentos señalados en el Decreto 2108/92 y la Ley 6ª de 1.992.

Concluye que todos los argumentos van direccionados a señalar que las insuficiencias probatorias, menos aún los argumentos del despacho sin soporte, fáctico y lógico, pueden desembocar en el detrimento de los derechos de la actora, derecho que con anterioridad han sido reconocidos con múltiples antecedentes jurisprudenciales de todas las instancias.

Finalmente solicita se revoque la sentencia de primera instancia por las razones antes citadas y se ordene el reajuste del Decreto 2108 de 1992 de la ley 6ª de 1.992.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha veintidós (22) de marzo de dos mil trece (2013) (FL. 159) se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013) (FL. 132-140).

Mediante proveído de fecha diez (10) de mayo de dos mil trece (2013) (FL.161), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual solamente el **Ministerio Público** se pronunció, manifestando que es pertinente que se le reconozca el reajuste a la demandante en los porcentajes decretados en la norma mencionada pero aplicando la prescripción trienal al

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante: Carmen María González de Ortiz
Accionado: Departamento de Bolívar
Expediente: 13-001-33-31-005-2007-00118-01

incremento de las mesadas causadas a partir del 1º de Enero de 1993 al 02 de Marzo de 2004, teniendo en cuenta que la actora presentó su solicitud desde el día 02 de Marzo de 2007.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a los argumentos de la parte recurrente, y a lo dispuesto en la sentencia apelada, el problema jurídico a resolver en esta instancia consiste en establecer si le asiste derecho a la actora a que le sea reajustada su pensión conforme a lo dispuesto en la Ley 6ª y el Decreto 2108 de 1992.

PLANTEAMIENTO DEL CASO.

La parte accionante considera que le asiste derecho a que le sea reajustada su pensión de jubilación con base en lo establecido tanto en la Ley 6ª de 1992 así como en el Decreto 2108 del mismo año, por cuanto adquirió el estatus pensional con anterioridad al primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), requisito indispensable para ser acreedora del beneficio pensional.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, precisando que si bien el status pensional fue adquirido en Agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), el reconocimiento de la pensión se hizo en el año mil novecientos ochenta y ocho (1988) y, las mesadas pensionales comenzaron a devengarse en el año mil novecientos noventa y dos (1992), por lo que no se cumple con los supuestos exigidos por la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año.

Por su parte, la demandante apela el fallo de primera instancia, aduciendo que las pensiones susceptibles del reajuste de que trata la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año, deben ser reconocidas teniendo en cuenta la fecha en que se adquiere el status pensional, y no desde que la misma comenzó a devengar las mesadas pensionales, por cuanto así lo contempla la norma.

NORMATIVIDAD APLICABLE.

- LEY 6ª DE 1992: Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector

público nacional y se dictan otras disposiciones.

"Artículo 116. Ajuste a pensiones del sector público nacional.

*Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se **hayan reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989.***

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo."

- DECRETO 2108 DE DICIEMBRE 29 DE 1992: Mediante este acto jurídico, en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, el Gobierno Nacional ajusta las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional.

"ARTICULO 1o. Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995 así:(Negrillas fuera de texto)

AÑO DE CAUSACION DEL DERECHO A LA PENSION	% DEL REAJUSTE APLICABLE A PARTIR DEL 1º DE ENERO DEL AÑO		
	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos así:	12.0	12.0	4.0
1982 hasta 1988 14% distribuidos así:	7.0	7.0	--

ARTICULO 2o. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del

incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1°.

El 1° de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

ARTICULO 3o. El reconocimiento de los reajustes establecidos en el artículo 1° no se tendrá en cuenta para efectos de la liquidación de mesadas atrasadas.

ARTICULO 4o. Los reajustes ordenados en el presente decreto comenzarán a regir a partir de las fechas establecidas en el artículo 1° y no producirán efectos retroactivos.”

El Artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional¹, por ser violatorio al principio de unidad de materia, expresando que:

“...Es a la Corte a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe y protección de los derechos adquiridos, la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional. Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos y eficacia y celeridad de la función pública, la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los

¹ Corte Constitucional, sentencia C-531 de 20 de noviembre de 1995, Demanda No D-827, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello”.

De lo anterior se tiene, que a través del Artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, se ordenó el reajuste de pensiones de jubilación del sector público del orden nacional, para los años de 1993 a 1995, con el fin de compensar las diferencias con los aumentos de salarios y pensiones. Dicho reajuste aplicaba a quienes se les hubiera reconocido su pensión con anterioridad al 1º de enero de 1989.

Respecto al campo de aplicación del Decreto 2108 de 1992 el Consejo de Estado manifestó que el decreto mencionado se aplica a todos los pensionados del Estado, sin distingo alguno.

En efecto, en sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del 11 de diciembre de 1997, expediente 15723, CP: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, inaplicó la expresión **“del orden nacional”** contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, por considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad, lo que significa que la citada disposición, durante su vigencia y según los efectos señalados en los párrafos precedentes, gobernó la situación de los pensionados de los órdenes nacional y territorial.

En igual sentido en sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, de 30 de noviembre de 2006, expediente 2449-05, C.P: Ana Margarita Olaya Forero, manifestó el Consejo de Estado lo siguiente:

“En relación con la aplicación del decreto bajo análisis, a los empleados del nivel territorial, igualmente esta Corporación en reiterada jurisprudencia² ha señalado que el Decreto 2108 de 1992 gobierna a todos los pensionados del Estado sin distingo alguno, por inaplicación de la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º del decreto en mención, y de la expresión “nacional” del artículo 116 de la ley 6° de 1992 en cuanto contienen una discriminación que viola el derecho a la igualdad.

La Sala reitera los anteriores planteamientos para significar que el citado artículo

²Sentencia del 11 de diciembre de 1997. Expediente 15723 Consejera Ponente Dolly Pedraza De Arenas

1º del Decreto 2108, durante su vigencia y según los efectos señalados en párrafos antecedentes, gobernó la situación tanto de los pensionados del orden nacional como de los pensionados del orden territorial.

Ahora, el artículo 116 de la ley 6ª de 1992 que dio origen al decreto cuya aplicación se demanda, contiene un juicio general sobre las diferencias causadas en el incremento de las mesadas pensionales de quienes obtuvieron su pensión con anterioridad a 1989 pues parte del supuesto de que dicho desajuste existe. Este es el sentido natural de la expresión del legislador: "...para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional efectuados con anterioridad al año 1989...". Por ello considera la Sala que no se requiere prueba específica sobre el desajuste que es supuesto de la norma, atendiendo a que ella tiene implícita una presunción del legislador que invierte la carga de la prueba."

Conforme a lo anterior, se concluye que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario rigieron desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en que fueron retirados del ordenamiento jurídico por la declaratoria de inexecutable, pero siguen teniendo efectos para quienes sin distinción alguna adquirieron, bajo su vigencia, el derecho al reajuste pensional.

LO PROBADO EN EL PROCESO.

Mediante Resolución 0039 del ocho (8) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), expedida por la Secretaría de Talento Humano de la Gobernación de Bolívar, le fue reconocida a la accionante una pensión vitalicia de jubilación.³

De igual manera, se observa que la actora, solicitó ante el Departamento de Bolívar, el día veintisiete (27) de Febrero de mil siete (2007), reajuste pensional conforme lo establecido en Ley 6ª de 1992 (Fl. 10), respondiéndolo la entidad demandada desfavorablemente.

CASO CONCRETO.

Se tiene, que la demandante adquirió el status pensional el veintiséis (26) de Agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985); sin embargo, la pensión de jubilación fue reconocida en el año mil novecientos noventa y ocho (1988), mediante resolución No. 039 de 1988, en la

³ Ver folio 8

cual se estableció que dicha prestación se reconocía a partir del día siguiente de haber adquirido la actora, el estatus de pensionada.

Debe resaltarse que no es objeto de discusión de que la pensión vino a ser reconocida con anterioridad al primero (1º) de enero de 1989, por lo que respecto de la misma resulta aplicable el reajuste pensional consagrado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y en el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, en vista de que el único requisito consagrado legalmente para acceder a dicho reajuste, consiste en que el reconocimiento de la prestación haya sido efectuado con anterioridad a la fecha antes citada, materializándose así en el asunto bajo estudio.

Debe hacerse la claridad que la fecha de la adquisición del status pensional, no es la que define el otorgamiento del derecho al reajuste, sino el reconocimiento de la pensión y posterior goce de la prestación, pues la finalidad que perseguía la Ley 6ª de 1992, fue precisamente la de compensar las diferencias de los aumentos salariales frente a las pensiones de jubilación del sector público, reconocidas antes del primero (1º) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Al respecto el H. Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente⁴:

*“...En esta disposición el legislador ordenó claramente reajustar las pensiones de jubilación “reconocidas” antes del 1º de enero de 1989 **para compensar las diferencias de los aumentos salariales frente a las pensiones de jubilación del sector público nacional.***

De aquí se desprenden dos situaciones que en un principio se deben tener en cuenta al momento de aplicar lo ordenado en este artículo:

-) La primera de ellas es que la pensión –que se pretende reajustar- haya sido reconocida antes del 1º de enero de 1989, lo cual debe entenderse en el sentido que dicha pensión tenga efectos fiscales anteriores a dicha fecha; se hace esta precisión porque es posible que con fecha posterior a enero 1º de 1989 se haya expedido el acto administrativo que “reconoce” la prestación periódica, pero con efectos anteriores a la fecha citada en la Ley, lo cual la hace pasible del reajuste de la Ley 6 de 1992. (Subrayado fuera de texto)

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 27 de marzo de 2003, expediente 2620-02, CP. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante: Carmen María González de Ortiz
Accionado: Departamento de Bolívar
Expediente: 13-001-33-31-005-2007-00118-01

-) La otra situación a tener en cuenta es que este reajuste pensional se aplica para efectos de mitigar la diferencia entre los incrementos de las pensiones de jubilación del sector público nacional frente a los aumentos de salarios anteriores a 1989 y que el legislador reconoce que se han dado, razón por la cual no se requiere prueba de estas diferencias en cada caso concreto.

Dicha diferencia hace que las mesadas pensionales tuvieran un poder adquisitivo cada vez menor, en detrimento de los pensionados, por lo cual la ley pretendió corregir esa injusticia con ese grupo de antiguos servidores estatales. Una prueba de la existencia de dichas diferencias es precisamente los reajustes pensionales anuales decretados a los pensionados, con lo cual se pretendía corregir el detrimento económico...”

Como colorario de lo anterior, se tiene que, al ser la demandante pensionada de la Gobernación de Bolívar con anterioridad al primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), se convierte en la acreedora del beneficio pensional contenido en las disposiciones normativas estudiadas, razón por la que procede revocar la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado ordenando el reajuste pensional solicitado por la actora.

No obstante lo anterior, precisa esta Corporación que si bien las prestaciones derivadas del derecho pensional no prescriben, si lo hacen las mesadas pensionales.

Para determinar si en el caso de autos operó la prescripción de las mesadas pensionales, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”, y en el Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “*por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*”, a saber:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual. (Nota: El aparte señalado en negrilla fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-916 de 2010).”

“Artículo 102. Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen 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 solo por un lapso igual.”

Conforme con lo establecido en las disposiciones transcritas, cuando se trate de prestaciones periódicas, se debe tener en cuenta que la prescripción de las mesadas es de tres (03) años a partir de su causación.

Por lo tanto si bien el reajuste pretendido deberá realizarse en un 14% (7% en el año 1994 y 7% en 1995), puesto que desde allí se dio su causación, la diferencia que se genere por tal reajuste, sobre las mesadas pensionales sólo se le pagarán desde el dos (2) de marzo de dos mil cuatro (2004), habida cuenta que la solicitud del mencionado aumento se elevó en el presente caso, el día dos (2) de Marzo de dos mil siete (2007). (fl-10).

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Acto Administrativo de fecha 27 de Junio de 2007, mediante el cual se negó el reajuste pensional de la señora Carmen González de Ortiz.

SEGUNDO: CONDENAR a título de restablecimiento del derecho al Departamento de Bolívar, a reconocer a la señora Carmen González de Ortiz, el reajuste de su pensión de jubilación, de conformidad con lo expuesto en la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1996, esto es, un catorce (14%) distribuido entre los años mil novecientos noventa y tres (1993) a mil novecientos noventa y cinco (1994), de la siguiente manera:

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante: Carmen María González de Ortiz
Accionado: Departamento de Bolívar
Expediente: 13-001-33-31-005-2007-00118-01

1993	1994	
7.0 %	7.0 %	

El reajuste del valor se hará en los términos del artículo 178 del C.C.A y de acuerdo a la fórmula sentada para eventos por el Consejo de Estado, en donde,

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (Vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

CUARTO: CONDENAR al Departamento de Bolívar, a pagar a la demandante, las diferencias que resulten de aplicar el reajuste establecido en el numeral anterior, a partir del dos (02) de marzo de dos mil cuatro (2004), por encontrarse prescritas las anteriores.

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

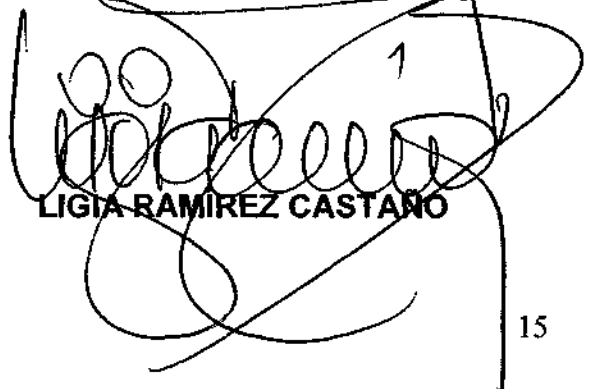
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MÁRCELA ÁLVAREZ LÓPEZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0027
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: NORA MOLINA ANGULO
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2009-00385-01
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 ESPECIAL 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
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-33-31-001-2009-00385-01
Demandante : NORA MOLINA ANGULO
Demandado : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema : REAJUSTE DE RETIRO – IPC

I. SENTENCIA

La Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el acuerdo No. PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura y en atención a lo dispuesto en los artículos 115 de la Ley 1395 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, procede a resolver sin consideración al orden o turno que le corresponde, la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 31 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

"PRIMERA: Que se declare nulo el acto acusado contenido en el ESCRITO CREMIL No. 72627 de fecha 27 de noviembre de 2007 emanado por LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante la cual negó el reconocimiento y pago, del incremento correspondiente en aplicación del reconocimiento y pago del Índice de Precios al Consumidor, (I.P.C.), sufridos para los años en que éste fue hasta el presente, conforme lo orden el Artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 279 Parágrafo 4 de la misma obra, adicionado por la Ley 238 de 1995.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior Nulidad, a título de Restablecimiento del Derecho, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a revisar la Asignación de Retiro de mi mandante con el fin de establecer cuál incremento es mejor, si el aumento salarial ordenados por el Gobierno Nacional desde el año 1998 hasta la actualidad o el índice de precios al Consumidor.

“TERCERA. De ser favorable, y por tratarse de pagos de tracto sucesivo se ordene aplicar los reajustes favorables, a la asignación de Retiro que disfruta mi mandante, con cargo a la Caja Demandada, para los años en que el I.P.C. fue mayor esto es año 1998, hasta la hecha (sic) de sentencia tomando como base de liquidación los Índices de Precios al Consumidor (I.P.C.), y los que se produzcan hacia futuro.

“CUARTA. Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso de conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

1.2. HECHOS

Los relata de la siguiente manera:

La actora es beneficiaria de una asignación de retiro respecto de la cual solicitó el reajuste atendiendo a las variaciones del IPC, petición fue negada mediante el acto acusado.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Normas violadas:

La parte actora considera violados los artículos 13 y 48 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 14 y 179, parágrafo 4° de la Ley 100 de 1993, el artículo 169 del decreto 1211 de 1990.

El concepto de violación formulado por la parte actora puede resumirse así:

Señala la actora que la presente controversia debe de resolverse acudiendo a unos criterios que son la excepción por inconstitucionalidad, especialidad, temporalidad y favorabilidad.

Indica que pese a la especialidad del régimen de que gozan los militares, no existe obstáculo para reconocer algunos de los beneficios consagrados en la ley 100 de 1993, pues el mismo régimen especial lo permite siempre que la ley lo autorice, como en efecto ocurrió con la expedición de la ley 238 de 1995.

Como concepto de la violación argumenta la demandante que los sistemas generales establecen las garantías mínimas para la generalidad de los ciudadanos ante la ley; los regímenes especiales o excepcionales se hacen con el fin de garantizarles a sus beneficiarios condiciones más favorables, sin embargo en el caso de la actora el régimen especial ha resultado desfavorable.

De otra parte, se afirma que a partir de la modificación introducida por la ley 238 de 1995, es claro que los pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual de IPC, tal como lo dispone en su artículo 14 esta última.

Advierte el vocero judicial de la demandante que se ha visto desmejorada por los incrementos inferiores al IPC desde 1998, afectándose su calidad de vida y que por ser una persona de la tercera edad merece especial protección estatal; además señala que la disminución sufrida por esta comporta una violación al derecho a la igualdad.

2. LA DEFENSA

Contestó la demanda extemporáneamente.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 31 de mayo de 2012¹, denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

(...)"

A partir de los resultados plasmados en el anterior cuadro se evidencia que en el caso que nos ocupa, la aplicación del reajuste conforme a la variación del IPC no resulta favorable a la actora, toda vez que en todos los años, la asignación de retiro determinada conforme al mismo resulta inferior a la determinada aplicando el sistema de oscilación; se evidencia además que la asignación de la actora para el año 2004 disminuiría de \$1.396.780 a \$1.340.611,71.

Así las cosas, se concluye la improcedencia de aplicar al caso en estudio el reajuste con fundamento en las variaciones del IPC.

Es de precisar, que si bien la actora solicitó el reajuste de su asignación desde el año 1998, el anterior cálculo se efectuó a partir del año 1996, porque a partir de esa anualidad comenzó a regir la modificación introducida por la ley 238 de 1995, produciéndose el desplazamiento del sistema de oscilación.

¹ Folio 122 a 131

De otra parte, el cálculo se limitó hasta el año 2004, atendiendo a lo establecido en el decreto 4433 de 2004, el cual volvió a implantar el sistema de oscilación.

En efecto, el decreto 4433 de 2004 fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, retomando en su artículo 142 el sistema de oscilación, tal como lo afirmó la Sección Segunda del Consejo de Estado:

"7. Límite del derecho. El reajuste pensional aquí reconocido, debe liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del decreto 1212 de 1990, o sea decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad."

Este criterio ha sido reiterado por la Corporación en cita en jurisprudencia más reciente, en la cual se expresó:

"Con fundamento en los argumentos transcritos, la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal, en cuanto ordenó el ajuste de la asignación de retiro del actor con base en el I.P.C. certificado por el DANE, tal como está previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 desde el 18 de octubre de 2002, por haber acaecido el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, la Sala considera oportuno adicionar dicha decisión en el sentido de ordenar que el reajuste se haga hasta el 31 de diciembre de 2004, por cuanto, como quedó explicado, tanto el Legislador como el Ejecutivo previeron nuevamente para los miembros de la Fuerza Pública el sistema de oscilación, como fórmula especial de ajuste de las asignaciones de retiro. "(Negrillas fuera del texto)

Con fundamento en lo expuesto, podemos afirmar que el reajuste de las asignaciones de retiro con base en el IPC, está limitado en el tiempo, no siendo aplicable respecto de las asignaciones causadas con posterioridad a la vigencia del decreto 4433 de 2004, de allí que en cuadro anterior, el cálculo del incremento se limitó hasta el año 2004.

Por último, es de precisar que al no resultar favorable a la actora el reajuste de su asignación de retiro a partir del IPC - dado que la asignación reajustada por este sistema es inferior a la percibida-, no hay lugar al incremento cíclico y a futuro de la liquidación de mesadas posteriores, a que ha hecho referencia el Consejo de Estado.

A partir de las anteriores consideraciones, habrá de resolverse el problema planteado afirmando que no se satisfacen los presupuestos necesarios para que proceda el reajuste de la asignación de retiro de la actora de acuerdo con el índice de precios al

consumidor, por cuanto el mismo no le es favorable, en consecuencia, resulta ajustada a derecho la decisión de la accionada de negarse a reconocerlo.”

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación² contra la sentencia de 31 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, manifestando entre otros, los siguientes motivos de inconformidad:

“(…)

El Despacho denegó las pretensiones de la demanda esencialmente luego de realizar un cuadro comparativo entre el aumento ordenado por el Gobierno Nacional y el IPC, en la que se concluyó que el reajuste de la asignación de Retiro del actor de acuerdo con el IPC no le es favorable, para ello aplica la liquidación desde el año 1996 hasta el año 2004 porque es el límite señalado en el decreto 4433 de 2004 artículo 42.

Para argumentar el recurso que se presenta tenemos lo siguiente: si aplicamos la prescripción de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 se tiene que la vía gubernativa fue solicitada el 24 de octubre de 2007, aplicada esta figura se tiene que debe el inicio de la liquidación que aplica el señor Juez de primera instancia debe ser desde el 24 de octubre de 2003 y como límite la ejecutoria de la sentencia, en razón a que el actor logró interrumpir la prescripción.

Las más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado señala que se debe aplicar el IPC desde cuando el derecho fue adquirido, pero solo cancelar cuatro (4) años hacia atrás desde que se petitionó el derecho.

En el caso que nos ocupa se tiene lo siguiente: Se solicita la nulidad del acto acusado contenido en el Escrito Cremil No. 72627 de fecha 13 de noviembre de 2007 suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales mediante la cual se negó a mi mandante el pago de diferencias y reajuste de la Asignación con base en el IPC.

A mi representado se le debe aplicar el principio constitucional de favorabilidad, en razón de ello, es juicioso aplicar el IPC respecto de los años (1999-2004) donde sea mayor su valor frente al aumento salarial efectuado en la Asignación de Retiro la cual fue ordenada por el Gobierno Nacional en un porcentaje inferior al costo de vida que mi representado no tiene porque soportar.

² Folio 148 a 150

Si asumimos la fecha en que se realizó la petición, tenemos que esta fue realizada 24 de octubre de 2007 se debe aplicar la prescripción cuatrienal, desde el 01 de octubre de 2003 y como límite el 31 de diciembre de 2004 o la ejecutoria de sentencia, entonces se debe pagar el incremento que sea más favorable al actor entre el IPC., y el aumento decretado por el Gobierno Nacional.

Las pretensiones de la demanda está unida a prestaciones periódicos por lo que la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de las mesadas que no se hubiesen solicitado dentro de los cuatro (4) años anteriores al momento en que se presentó la reclamación del derecho.

Opera la prescripción de las mesadas que cubran los cuatro años, tal como lo prevé el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, por cuanto es dicha norma la que sujeta la prescripción para el personal de militares y por ser la vigente al momento de la reclamación.

La Constitución Política en su artículo 53 señala el derecho a que el valor de las pensiones sean actualizadas periódicamente según el ritmo y costo de vida. Por tal razón, debe entenderse que aun para el régimen especial de los miembros de las Fuerza Pública, la fórmula aplicable para reajustar las mesadas es la contemplada en la ley 100 de 1993 y no la prevista en el régimen especial.

La corte constitucional en sentencia C-941 de 2003 considero que el reajuste señalado en la ley 238 de 1995 le es aplicable al personal de las Fuerzas Militares y fundamento lo anterior sobre la base del artículo 151 del decreto 1212 de 1990 inciso primero que señala:

"Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regules ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, "a menos que así lo disponga expresamente la ley" (resaltado fuera del texto) de donde se concluye que la ley 238 de 1995 la norma expresa que exige la condición "a menos que así lo disponga expresamente la ley" porque efectivamente es el decreto que reglamenta a los militares quien le da la viabilidad de que se aplique la ley 100 de 1993 y no la oscilación consagrada para los retirados.

En el proceso quedo demostrado con el cuadro comparativo de la demanda que de aplicarse el reajuste desde el año 1999 partiendo de la base del 98 le es más favorable al actor el incremento del IPC pero solo hasta el 31 de diciembre de 2004 como limite a

la reclamación porque el Decreto 4433 de 2011 volvió a implementar el principio de oscilación.

Estudiados los porcentajes de aumento desde 1996 se tiene la siguiente situación:

Los reajustes ordenados por el Gobierno Nacional para los militares entre los años correspondientes a 1996, 1997, 1998, fueron superiores a los del IPC.

Desde el año 1999 hasta el año 2004 los porcentajes IPC fueron superiores a los ordenados por el Gobierno Nacional y para los militares.

Y desde 2005 hasta el actual 2011 tanto el porcentaje ordenado por el Gobierno Nacional y el IPC son iguales o no muestran detrimento en la asignación de retiro de mi representado.

Deberá entonces aplicarse la norma más favorable a mi mandante porque una vez se compara uno y otro régimen solo a partir de 1999 el sistema de IPC es más favorable y no como lo señala en el cuadro visible a folio 12 de la sentencia.

En razón de lo anterior, solicito a usted revoque el fallo objeto de este recurso, y en su defecto ordenar a la entidad demandada reajustar y reliquidar la asignación de retiro del accionante a partir del año 1999 según el IPC hasta el 31 de diciembre de 2004 y el reconocimiento y pago de las diferencias que resulten entre la liquidación ordenada y las sumas ya canceladas al actor por concepto de incremento o reajuste anual de la asignación de retiro.” (Subraya el apelante)

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Demandante:

No alegó.

5.2. Demandado:

No alegó.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

Rindió concepto como consta a folio 187 a 191 del expediente señalando lo siguiente:

"De lo planteado por el Consejo de Estado, inferimos tres etapas en el incremento de las Asignaciones de Retiro:

a) La primera antes de 1995, es aplicable integralmente el Decreto 1211 de 1990, en el sentido de incrementar las asignaciones anualmente con base en el principio de oscilación.

b) La segunda, va del 1995 hasta el 31 de Diciembre del 2004, inicia con la expedición de la Ley 238, mediante la cual se modificó la exclusión contemplada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores con regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional.

Por eso en esta etapa los ajustes a las asignaciones de retiro se harán teniendo en cuenta los porcentajes que certifique el DANE de variación del Índice de Precios al consumidor.

c) La tercera surge a partir del 11 de Enero de 2005 con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el Decreto 4433 de 2004, normas en la que nuevamente se consagra como fundamento para el incremento de las asignaciones el principio de oscilación.

d) Y en materia prescriptiva, el Alto Tribunal ha señalado que por regla general las pensiones y asignaciones son imprescriptibles y acoge la prescripción cuatrienal con respecto al pago de las mesadas.

Jurisprudencia que comparte el Honorable Tribunal de Bolívar cuando señala "que la prescripción es viable con respecto a los créditos o mesadas pensionales que no se hubieren solicitado dentro de los cuatro años anteriores, es decir prescriben las mesadas, mas no el derecho en sí."

Es menester tener en cuenta el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado con ponencia del Consejero VICTOR ALVARADO dentro del radicado 250002325000819 01 cuando dice:

"En este último sentido, entonces, aunque no se ordene el pago de diferencias causadas antes del 31 de diciembre de 2004, no puede desconocerse que el reajuste con base en el IPC entre los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004

puede afectar las mesadas facturas y, por tanto, sobre ellas se deba aplicar el fenómeno extintivo [en este caso, la prescripción cuatrienal].

En el asunto bajo estudio, la liquidación del reajuste procede entre los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, tal como se deriva del tratamiento dado por Decreto Ley 1211 de 1990 en donde el JPC estuvo por encima de la oscilación; no obstante, por efecto del reajuste reconocido la mesada pensional o base pensional ha sido modificada, y el pago de las diferencias causadas con base en esta operación, procede a partir del 23 de marzo de 2006, porque sobre dichos conceptos opero la prescripción cuatrienal, pues como se advirtió las mesadas si están sujetas a este fenómeno jurídico y, en el presente caso, la petición en vía gubernativa se formuló por el actor el 23 de marzo de 2010, en consecuencia, las sumas causadas con anterioridad al 23 de Marzo de 2006 y no del 23 de marzo de 2010 como lo señaló el A quo, se encuentran prescritas de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 (fol. 85).

Adicionalmente, la Sala señala que el reajuste se ordenó por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y procederá hasta el 31 de Diciembre de 2004, en razón a que fue el propio legislador quien volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"

Así las cosas, y acogiendo los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos, esta Agencia del Ministerio Público solicitara que se revoque la sentencia proferida por el A quo, a fin de que prosperen las peticiones de la demanda, aplicando la prescripción cuatrienal con respecto al pago de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de diciembre de 2005."

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 27 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación (folio 183)

El 25 de enero de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 185).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 18 de noviembre de 2013 (folio 192).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. ACTOS ACUSADOS

En el presente caso, se pretende la nulidad del siguiente acto administrativo:

- **Oficio CREMIL No. 72627 Consecutivo No. 43360 de 13 de noviembre de 2007**, por el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro del actor con base en el IPC.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta el objeto del recurso, se deberá determinar si el accionante tiene derecho al reajuste del IPC en su asignación de retiro desde el año 1997 a futuro, o si por el contrario, no hay lugar a dicho incremento por cuanto no le es favorable, como lo expone la juez de primera instancia.

4. CASO CONCRETO

La señora NORA MOLINA ANGULO presentó derecho de petición el 24 de octubre de 2007 ante la entidad demandada, solicitando el reajuste de la asignación de retiro del cual es beneficiaria con base en el I.P.C. (folio 29 - 31), el cual fue atendido con el Oficio Cremil No. 72627 consecutivo No. 43360 de fecha 13 de noviembre de 2007, negando lo solicitado por el actor.

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 aquélla 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 las 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 reemplazo 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 Estado³ 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 previstas 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 los 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.

^{3 3} Rad: 250002325000200607954-01 de fecha 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paez.

Haciendo una interpretación sistemática del derecho de petición, la demanda y el recurso de apelación, se puede concluir que en el presente asunto, 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 1997, 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 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 periodo 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, actualizada como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Sin duda, al aplicarse un reajuste en la asignación de retiro con base en el IPC, ello necesariamente modifica la base de liquidación de dicha asignación desde el momento en que se efectúa el reajuste hacia el futuro, dado el carácter de vitalicia de la asignación de retiro.

De la Excepción de Prescripción.

Con relación a la prescripción de las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares, en un pronunciamiento del máximo órgano de la Jurisdicción, se precisó:

“PRESCRIPCIÓN CUATRIENAL –ASIGNACIÓN DE RETIRO – Su reliquidación debía solicitarse dentro del término de los 4 MESADAS PENSIONALES –RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO –

Como un modo de extinción de derechos particulares contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 la prescripción cuatrienal, es decir, que ellos prescriben en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles. Para que dicha figura opere, es indispensable que concurren todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad, frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en lograr su cumplimiento. En casos como el presente, obran tales presupuestos, pues la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia. A partir de ese momento, el demandante contaba con el término de cuatro (4) años para deprecar el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro con el factor prima de actualización y sucedió que la solicitud se entabló por fuera de este lapso. En efecto, para resolver el sub-júdice, necesario es acudir al término prescriptivo que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, norma que

contempla la prescripción especial de las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, como son las que perciban los miembros de la Fuerza Pública. Conforme a lo anterior, haciendo uso de la analogía es dable acudir a la regla prescriptiva que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que la postura de la parte actora implicaría admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley 4ª de 1992 serían imprescriptibles, aserto que no es de recibo dado que solamente los derechos laborales de tracto sucesivo de orden vitalicio, salvo excepciones legales, quedan amparados por esta prerrogativa. Respecto de esta clase de derechos, prescriben las mesadas no reclamadas en los términos preclusivos establecidos para el efecto, pero el derecho en sí no se extingue y se hace exigible en cualquier momento.”⁴

De igual manera mediante sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P. Alfonso Vargas Rincon, radicado (1638-08); reiterado en sentencia de 27 de enero de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren:

“La figura de la prescripción cuatrienal es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, la evidencia de la exigibilidad y una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

En ese orden se tiene que la petición en vía gubernativa se formuló por el actor el 20 de febrero de 2006, en consecuencia los derechos causados con anterioridad al 20 de febrero de 2002 se encuentran prescritos de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Como ya se expuso, la prescripción que en esta providencia se decreta es en relación con los derechos correspondientes a los años anteriores al 20 de febrero de 2002, por haberse presentado la petición el 20 de febrero de 2006, no obstante, debe precisar la Sala que en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC, en los años 1997, 1999 y 2001 en lugar del principio de oscilación que se le aplicó, la entidad debe efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes conforme al cuadro que aparece a folios 15 y 16.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.”

Así las cosas, la entidad deberá reajustar con base en el I.P.C., desde cuando se adquirió el derecho, y en los años que sean más favorables, no aplicando un sólo régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable al trabajador, tal y como lo expresa la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“ASIGNACION DE RETIRO – Reajuste de acuerdo con el índice de precios al consumidor debe ser utilizado para la liquidación de las mesadas futuras sin limitación ninguna.

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

⁴ Rad No 76001-23-31-000-2003-03373-01(6537-05) de fecha 24 de agosto de 2006, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado (E)

*cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado. En consecuencia, se modificará el numeral 4° de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso.*⁵

El límite del derecho reclamado es a 31 de diciembre de 2004, por ello no es posible exigir incrementos del IPC con posterioridad a esta fecha. No obstante lo anterior, en los eventos donde resulte definitivamente más favorable para el demandante el reajuste del IPC, ese mayor reconocimiento indudablemente afecta su base de liquidación hacia el futuro, desde el año 2005 en adelante.

En el presente caso la entidad demandada deberá reajustar la asignación de retiro con base en el IPC desde cuando se adquirió el derecho y en los años en que sean más favorables, no aplicando un sólo el régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable al demandante.

Se procederá a hacer el estudio comparativo sobre el reajuste de la asignación que percibe el actor, aplicando el régimen de oscilación y el I.P.C., en aras de determinar cuál de los criterios le es más favorable.

Reajuste de la asignación de retiro aplicando el régimen de oscilación.

AÑO	INCREMENTO GOBIERNO	IPC	DIFERENCIA
1997	23.40%	21,63%	0,25%
1998	19.75%	17,68%	2.07
1999	14.91%	16,70%	-1,79%
2000	9.23%	9.23%	0
2001	8.00%	8,75%	-0,75%
2002	6.99%	7,65%	-0,66%

⁵Radicación número 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09) de fecha 27 de enero de 2011, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

2003	6.41%	6,99%	-0,58%
2004	5.45%	6,49%	-1,04%

De lo anterior se concluye que:

- ✓ Para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 le resulta más beneficioso la asignación del IPC, contrario a lo afirmado en la decisión de primera instancia.
- ✓ Las diferencias que se generaron con anterioridad al 8 de febrero del 2007 se encuentran prescritas (artículo 174 del Decreto 1211 de 1990), teniendo en cuenta la fecha en que se efectuó la reclamación para la reliquidación que lo fue el día 24 de octubre de 2007; pero se ordenará el pago de las mismas desde el 24 de octubre de 2003 en adelante.
- ✓ No serán pagados los reajustes con anterioridad 24 de octubre de 2003; sin embargo, afectan la base de liquidación.

En consecuencia, se revocará el fallo apelado y se ordenará a la entidad demandada, el reajuste de la base de liquidación de la asignación de retiro de la cual es beneficiaria la señora NORA MOLINA ANGULO en virtud del reajuste aplicado con base al IPC el cual le resulta más favorable que el incremento realizado por el gobierno.

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,

FALLA

PRIMERO: REVOCASE la sentencia de fecha treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: En su lugar DECLARASE LA NULIDAD del Oficio Cremil No. 72627 y Consecutivo No. 43360 del 13 de noviembre de 2007, expedido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por la cual se negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro de la cual es beneficiaria la señora NORA MOLINA ANGULO.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reajustar la ASIGNACIÓN DE RETIRO de la señora NORA MOLINA ANGUELO en su condición de Suboficial retirado durante los

años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y con fundamento en el IPC, hace que el monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para el reajuste de las mesadas posteriores.

CUARTO: ORDÉNASE el pago de las diferencias que resulten de aplicar el incremento ordenado en el numeral anterior, a partir de 24 de octubre de 2003, por encontrarse prescritas las anteriores.

QUINTO: El valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, será ajustado en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

SEXTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

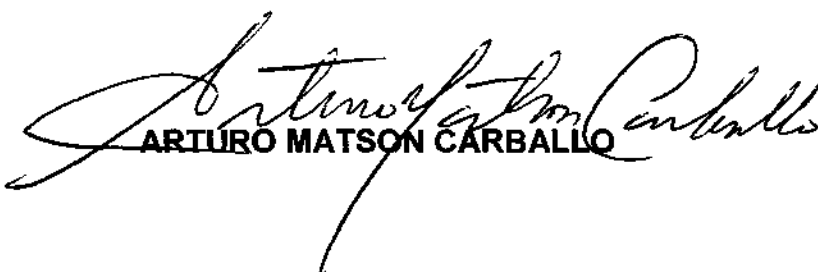
SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, remitir el expediente al Juzgado de origen.

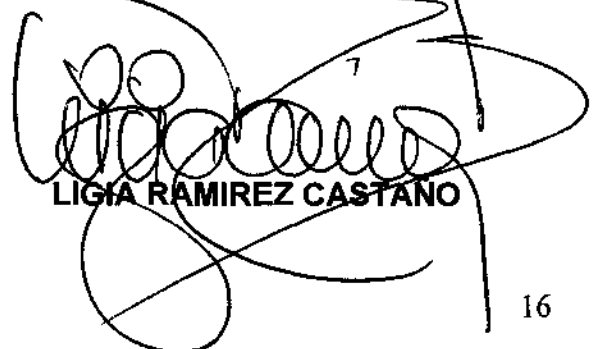
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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° 0028
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: COMPANIA SCHULUMBERGER SURERNCO S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN-
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2005-00744-00
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

200/323
JC



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 : 13001-23-31-002-2005-00744-00
Demandante : Compañía Schlumberger Surencó S.A.
Demandado : U.A.E. DIAN

TEMA: Finalización del Régimen de Importación Temporal a Largo Plazo.

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 Compañía Schlumberger Surencó S.A. contra la U.A.E. DIAN.

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. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se declara de oficio el incumplimiento de una obligación y se ordena hacer efectiva una póliza, por no acreditar la finalización del régimen de importación y temporal a largo plazo.

02

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 048-064-0656-001693 de agosto 30 de 2004, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, confirmándola.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 002200 de noviembre 3 de 2004, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 048-064-0656-001693 de agosto 30 de 2004, confirmándola.
- Que como consecuencia de lo anterior, se declare el cumplimiento de la obligación de finalización del régimen de importación temporal a largo plazo amparada mediante la Declaración de Importación inicial No. 0911523061934-7 de diciembre 22 de 1998, modificada por la Declaración No. 0901911004334-5 de junio 29 de 1999, y modificada a largo plazo con la Declaración de Importación No. 0901911005660-6 de septiembre 6 de 1999, régimen que se finalizó con la Declaración de Exportación (DEX) con Certificación de Embarque de julio 21 de 2000, con número de cierre 3714000006821 de julio 24 de 2000.
- Que se declare constituida la póliza conforme las normas legales que se encontraban vigentes al momento de su constitución.
- Que en caso que se declare el incumplimiento de las obligaciones legales de la Importación Temporal a Largo Plazo, se declare la efectividad de la garantía, por el monto amparado en la Póliza de Seguro No. 187096.
- Se ordene la terminación y el archivo de cualquier investigación que se esté adelantando en contra de la demandante con motivo de esta situación.
- Se pague lo relativo al daño emergente y lucro cesante con ocasión de las Resoluciones proferidas por la demandada.

1.2. HECHOS

Señala la sociedad actora, que en desarrollo de su objeto social, mediante Declaración de Importación No. 0911523061934-7 de diciembre 22 de 1998, importó

temporalmente a corto plazo y por el término de seis (6) meses, una unidad para cementación de pozos con sus elementos.

Que antes del vencimiento del plazo otorgado por la legislación aduanera vigente, mediante comunicación dirigida a la Administración de Aduanas de Cartagena, solicitó prórroga del término de la importación temporal, obteniendo la misma de forma favorable mediante Auto No. 006228 de junio 15 de 1999 por el término de tres (3) meses más, contados a partir del día 29 de junio de 1999.

Alega que observando la necesidad de contar con el equipo, antes de vencerse el plazo de la importación temporal a corto plazo, se presentó Declaración de Modificación No. 0901911005660-6 de septiembre 6 de 1999 para cambiar el régimen de importación temporal de corto plazo a largo plazo, la cual se realizó por el término de cinco (5) años.

Que de conformidad con el literal e) del artículo 428 del Estatuto Tributario, la importación temporal a largo plazo de los bienes de capital destinados a industrias básicas, se encuentra exenta del pago del IVA si se obtiene la certificación del INCOMEX (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), de que la mercancía a importar se trata de un bien de capital para las industrias básicas de no-producción nacional expedida.

Que teniendo en cuenta que se trataba de la importación de un bien de capital para industrias básicas, el Ministerio de Comercio Exterior expidió certificación el 12 de abril de 1999 de no-producción nacional para poder importarlo con exclusión del IVA, pero con el arancel correspondiente.

Que siguiendo con el proceso de la importación temporal a largo plazo, liquidó los tributos aduaneros causados en la importación temporal a largo plazo (arancel), y se constituyó la póliza de cumplimiento No. 187096 por la suma de \$39.988.486 con vigencia desde el 20 de agosto de 1999 hasta el 29 de marzo de 2004, la cual amparaba el pago de los tributos aduaneros causados y la obligación de la finalización del régimen de la importación temporal.

Afirma que canceló en tiempo la totalidad de las cuotas correspondientes a los tributos aduaneros causados, y que el día 6 de abril de 2000 se debió presentar la Declaración

de Importación No. 0911523063807-9, mediante la cual se sustituye al importador Services Dowel Schlumberger S.A. por Schlumberger Surencó S.A.

Que durante el término de permanencia de la mercancía bajo la modalidad de importación temporal a largo plazo, tuvo la necesidad de enviarla a Ecuador para realizarle algunas reparaciones técnicas, mediante Declaración de Exportación con certificación de embarque de julio 21 de 2000, con número de cierre definitivo 371400006821 de julio 24 de 2000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 del Decreto 2685 de 1999.

Que durante la estadía de la mercancía en el extranjero, la Compañía PETROECUADOR observó la necesidad de mantenerla en Ecuador por más tiempo del estipulado para realizarle todas las reparaciones necesarias para su adecuada operación; sin embargo, la sociedad actora continuó cumpliendo cancelando en tiempo y durante todo el plazo de la importación, cada una de las cuotas de los tributos aduaneros causadas.

Que como quiera que la mercancía sale temporalmente del territorio aduanero nacional para reparación, y nunca regresa por razones ajenas a la voluntad de la actora, ésta procedió a solicitarle a la Aduana de Ipiales (de donde salió la mercancía) por intermedio de la Sociedad de Intermediación Aduanera ROLDAN S.A., y de conformidad con el artículo 301 del Decreto 2685 de 1999, antes del vencimiento del plazo de la importación temporal a largo plazo, la modificación de la modalidad declarada en el DEX No. 371400006821 del 24 de julio de 2000, de reexportación temporal a reexportación definitiva para poder finalizar formalmente el régimen de la exportación temporal.

La Aduana de Ipiales señaló su imposibilidad de definir la modificación de la declaración de exportación hasta tanto la Aduana de Cartagena estudiara el cumplimiento de la importación temporal a largo plazo, por lo que ofició a esta última, quien informó que desconocía de la operación de reexportación, por lo que remitió al importador el Requerimiento de Información No. 21408 de diciembre 4 de 2003 solicitando que demostrara la finalización del régimen de importación temporal, frente a lo cual se informó que no se había vencido el plazo para demostrar tal finalización.

Que el 22 de diciembre de 2003, cuando vencían los términos para demostrar la finalización del régimen de importación temporal, la parte actora solicitó la suspensión de los términos para demostrar la finalización del régimen, por cuanto era necesario y procedente la modificación de la Declaración de Exportación.

Señala que la Aduana de Cartagena violó el derecho de defensa y el debido proceso, señalando que las normas aduaneras no contemplaban dicha situación.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante citó como violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, Artículos 6, 29 y 84.
- Decreto 2685 de 1999, Artículo 2, 127 y 156.
- Circular 0175 de octubre 29 de 2001, Artículo 8 y 9, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El Concepto de violación se sustenta en los siguientes cargos:

INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO – FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS

Señala que la Administración de Aduanas de Cartagena, ha desconocido lo dispuesto en el artículo 147 del Decreto 2685 de 1999, el cual señala de manera taxativa cuales son las obligaciones de la importación temporal a largo plazo, las cuales consisten en:

- Pago en tiempo de los tributos aduaneros
- Finalización del régimen dentro del término establecido para la importación temporal.

Alega que las resoluciones que se demandan están viciadas de falsa motivación, toda vez que declaran el incumplimiento, y ordenan hacer efectiva la garantía por el incumplimiento de las obligaciones del régimen de importación temporal y por la no reimportación de la mercancía reexportada temporalmente dentro de los 6 meses siguientes a la realización de la operación, siendo que ésta es una obligación del

régimen de reexportación de una mercancía importada temporalmente la cual es garantizada con la misma póliza de la importación temporal.

PRIMACÍA DE LA VERDAD REAL SOBRE LOS FORMALISMOS

Señala que la Aduana violó el debido proceso, ya que se encuentra predicando un incumplimiento de una de las obligaciones del régimen de importación temporal cuando esta es inexistente.

Que en este caso debe primar la verdad real sobre los formalismos, por cuanto la mercancía debió quedarse fuera del territorio aduanero nacional por situaciones ajenas a la voluntad de la parte actora, situación que fue comunicada con tiempo y antes del vencimiento de la importación temporal, para que la administración procediera a la modificación de la declaración de exportación; encontrándose que la aduana de Ipiales señaló que la reexportación declarada era definitiva. Por consiguiente, se solicitó la modificación a reexportación definitiva, asunto netamente formal, pues la mercancía había salido del territorio aduanero nacional antes del vencimiento del plazo de la importación temporal.

Que en el presente caso se le manifestó a la administración que como se trataba de una modificación de la importación de temporal a la de corto plazo, la liquidación de los tributos aduaneros y el monto de la garantía debía analizarse en virtud del Decreto 1909 de 1992 y no como lo manifiesta la administración, que alega que se deber dar aplicación a lo estipulado en el artículo 569 del Decreto 2685 de 1999, la cual no se encontraba vigente.

LIQUIDACIÓN DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS –EXCLUSIÓN DEL IVA.

Aduce que conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 1909 de 1999, en la declaración de importación a corto plazo no era procedente la liquidación de los tributos aduaneros, pues se trata de la adquisición de unos equipos que se encuentran excluidos del IVA.

Que de acuerdo con el Concepto No. 052 del 4 de marzo de 1999, el único requisito para obtener la exclusión del IVA, es la presentación al momento del levante de la certificación expedida por el INCOMEX en la cual se establezca lo siguiente:

- Que los bienes importados poseen la calidad de maquinaria pesada no producida en el país.
- Que los bienes importados se usarán en las industrias básicas enumeradas en el literal e) del artículo 428 del Estatuto Tributario.

Que de acuerdo a lo anterior, la administración de aduanas de Cartagena no podía exigir la presentación de la Certificación con la cual se obtiene el beneficio de la exclusión del IVA cuando se presenta la declaración de importación temporal a corto plazo, sino que debe solicitarlo al momento del levante de la declaración de importación a largo plazo, que es cuando se causa el impuesto.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGUROS

Que las acciones derivadas del contrato de seguros, prescriben que la efectividad de la garantía se declara a partir de la fecha en que la administración debió conocer la ocurrencia del hecho que generó la acción; y que en el caso que nos ocupa, el hecho que genera la acción es la no reimportación de la mercancía en el plazo de 6 meses contados a partir de la fecha de la reexportación (julio 4 de 2000).

CADUCIDAD DE LAS ACCIONES SANCIONATORIAS

Señala que en el presente asunto, el hecho constitutivo de la infracción es la no reimportación de la mercancía dentro del término establecido en la legislación aduanera (3 años contados a partir de la comisión del hecho constitutivo de sanción); y que habiéndose presentado tal hecho el día 24 de enero de 2001, la administración contaba hasta el día 24 de enero de 2004 para sancionar a la demandante.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda dentro del término dispuesto para ello¹, y se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Los argumentos de su defensa, se basan en lo siguiente:

¹Ver folio 216 y ss.

Señala la demandada que mediante la Declaración de Importación No. 0911523061934-7 del 22 de diciembre de 1998 bajo la modalidad de importación temporal a corto plazo, el importador CERVICES (sic) DOWELI SCHLUMBERGER S.A. introduce a territorio nacional aduanero una mercancía consistente en unidad para cementación de pozos petroleros con sus accesorios; que posteriormente fue prorrogada por 3 meses más con Declaración No. 09091911004334-5 del 29-06-1999; que luego pasó de corto a largo plazo mediante Declaración No. 0901911005660 del 06-09-1999; y que finalmente hubo sustitución del importador con la Declaración No. 0911523063807-9 del 06-04-2000 a nombre de SCHLUMBERBER SURENCO S.A.

Que se declaró de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera y se ordena hacer efectiva una póliza, por no haber presentado pruebas de haber finalizado el régimen de importación temporal a largo plazo.

Alega que el Decreto 1909 de 1992, en sus artículos 39, 42, 46, consagraba las disposiciones relacionadas con el régimen de importación temporal, garantías, eventos para la terminación del régimen; situaciones que se mantuvieron en el Decreto 2685 de 1999.

Que la mercancía importada por la parte actora, y que salió del país a subsanar inconvenientes, debe regresar de nuevo para seguir gozando de los beneficios otorgados a las importaciones temporales.

Que no existió falsa motivación por parte de la administración con relación a la expedición de los actos acusados, ya que la División de Liquidación ajustó sus fundamentos de hecho y de derecho, a circunstancias reales de incumplimiento por parte de la actora.

Que el artículo 156 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 15 del Decreto 1232 de 2001, consagra los eventos para dar por terminada la modalidad de importación temporal, y basta con que se dé una cualquiera de las causales, para dar por terminada la importación temporal.

Aduce, que la vigencia de la importación temporal ya sea de corto o de largo plazo, está estrictamente determinada en la normatividad aduanera, y debe cumplirse de conformidad con lo prescrito en la misma. Por ello, si el artículo 149 consagra la reexportación de una mercancía importada temporalmente a largo plazo, por encontrarse averiada, defectuosa o impropia para el fin que fue importada, la mercancía reparada o la que deba reemplazar a la reexportada, será objeto de una nueva declaración de importación temporal, de donde es claro inferir que el incumplimiento se predica de la importación temporal como consecuencia de la no reexportación de la mercancía dentro de los seis (6) meses que otorga la norma, y vencido este término, se configura el incumplimiento.

En lo que tiene que ver con la constitución de garantías, la demandada citó lo consagrado en el artículo 569 del Decreto 2685 de 1999, así: *“Las declaraciones presentadas con anterioridad al 10 de Julio de 2000, se tramitarán de conformidad con las disposiciones vigentes hasta antes de dicha fecha SALVO LO RELACIONADO CON LA MODIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN A LA CUAL SE LE APLICARAN (sic) LAS DISPOSICIONES CONTEMPLADAS EN EL PRESENTE DECRETO”*.

Que el régimen de importación temporal objeto de revisión, le eran aplicables las disposiciones contempladas en el Decreto 2685 de 1999; y teniendo en cuenta que con la Declaración de Importación 0901911005660-6 de septiembre 6 de 1999 se importó temporalmente mercancía a largo plazo, se generó no solo la obligación del pago de las cuotas correspondientes a los tributos, sino también la finalización de la modalidad dentro de los plazos señalados.

En relación con la liquidación de los tributos aduaneros y la exclusión del IVA, alegó que la declaración debió presentarse con el lleno de los requisitos establecidos en la normatividad aduanera, y demostrando en forma oportuna ante la autoridad las certificaciones que le permitieran el beneficio de la exención.

Finalmente, en relación con la supuesta prescripción de la acción, aduce que la administración se encuentra dentro del término legal para ejercer la acción, ya que tuvo conocimiento de la realización del hecho que dio origen al siniestro, a partir de

la fecha en que la aduana de la jurisdicción donde se encuentre la mercancía, verificó y certificó la instalación, utilización y transformación de las materias primas (1º de abril de 2003), lo que implica que al momento en que la administración expidió el acto (septiembre de 2003) la acción no se encontraba prescrita.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 19 de enero de 2006 se admitió la demanda. (f. 212)

El 28 de mayo de 2007, se abrió a pruebas el proceso (f. 238)

Con auto de fecha 29 de noviembre de 2011, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 174).

Al respecto, las partes reiteraron los argumentos de la demanda y la defensa, en tanto que el Ministerio Público no rindió concepto.

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 \$206.904.533,00, monto que excede los 300 salarios mínimos para la fecha de presentación de la demanda², de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo³.

2. Caducidad

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 10 de marzo de 2005⁴, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses

²La demanda fue promovida en fecha 10 de marzo de 2005, tal como se advierte a folio 46

³ Norma que dispone la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se controvertan actos de cualquier autoridad y que la cuantía no exceda de 300 salanos mínimos legales mensuales

⁴Ver folio 46

que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa (Resolución No. 002200 del 3 de noviembre de 2004) fue notificado en fecha 8 de noviembre de 2004⁵.

3. Los actos acusados.

En este caso, se pretende la declaratoria de nulidad de los siguientes actos:

- **Resolución No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004**, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se declara de oficio el incumplimiento de una obligación y se ordena hacer efectiva una póliza, por no acreditar la finalización del régimen de importación y temporal a largo plazo.
- **Resolución No. 048-064-0656-001693 de agosto 30 de 2004**, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, confirmándola.
- **Resolución No. 002200 de noviembre 3 de 2004**, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 048-064-0656-001693 de agosto 30 de 2004, confirmándola.

4. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto se configuró el incumplimiento por parte de la sociedad actora, al régimen de importación temporal a largo plazo al que se encontraba sometida la mercancía importada.

Como problemas jurídicos asociados, deberá definir la Sala lo siguiente: i) si se presentó o no la alegada prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro; ii) si hay caducidad de la facultad sancionatoria de la administración.

⁵Ver folio 87

5. Tesis de la Sala.

La Sala de Decisión declarará la nulidad de los actos acusados, por encontrarse configurada la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; y a título de restablecimiento del derecho, la Sala declarará improcedente hacer efectiva la póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. DL-98217314 de la compañía Seguros del Estado S.A., por medio de la cual se amparó el régimen de importación temporal al que se encontraba sometida la mercancía importada por la sociedad actora. En relación con las demás pretensiones, serán denegadas por improcedentes.

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

6. Análisis del caso.

En primer lugar, entrará la Sala a dilucidar, cuáles son las normas aplicables al caso particular y concreto, teniendo en cuenta que al momento de proferirse los actos administrativos demandados, regía el Decreto 2685 de 1999, que derogó de manera expresa el Decreto 1909 de 1992, en cuya vigencia inició el trámite de importación temporal por parte de la sociedad actora; sin embargo, el hecho que produjo el incumplimiento y que determinó la expedición de la orden de hacer efectiva la garantía constituida por la firma importadora, se dio en vigencia del nuevo Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999)⁶, norma que para todos los efectos será aplicada al caso concreto, como bien lo consideró la demandada en los actos acusados.

Pues bien, realizando un recuento de los hechos que se narraron en la demanda, en los actos acusados, que además fueron corroborados por la demandada en su defensa, y que también fueron acreditados conforme al material probatorio que fue aportado al proceso por la parte actora; el hecho que produjo el incumplimiento y que se hiciera efectiva la garantía constituida se originó así:

La Compañía Services Dowell Schlumberger S.A., introdujo mercancía al territorio nacional aduanero consistente en una unidad para cementación de pozos petroleros modelo CPS162-98-03, en la modalidad de importación temporal a corto plazo para

⁶El Decreto 2685 de 1999 entró en vigencia el día 1º de julio de 2000 (Art 573)

reexportación en el mismo estado, amparada en la Declaración de Importación No. 0911523061934-7 de diciembre 22 de 1998, por el término de seis (6) meses.

Que antes del vencimiento de la importación realizada, se solicitó prórroga por seis (6) meses más, la cual fue autorizada por tres meses, por parte de la División de Servicio al Comercio Exterior de la DIAN, mediante Auto No. 006229 de junio 15 de 1999. Dicho auto estableció que la prórroga comenzaría a contarse a partir del día 29 de junio de 1999 hasta el día 29 de septiembre de 1999, para la permanencia en el país de la mercancía importada.⁷

Que debido a lo anterior, el importador presenta Declaración de Importación No. 09019110043345 del 24 de junio de 1999, con la que modifica la declaración inicial, ampliando el término de permanencia de la mercancía en el territorio nacional por tres meses más.⁸

Antes del vencimiento del plazo concedido con la prórroga, fue presentada Declaración de Importación No. 0901910056606 del 18 de agosto de 1999, en la que se modifica el tipo de importación de corto a largo plazo, y con posterioridad se modifica el importador, de Services Dowell Schlumberger S.A., a Schlumberger Surencó S.A.⁹

Que en fecha 21 de julio de 2000, la parte actora de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 del Decreto 2685 de 1999, exporta la mercancía importada mediante Declaración de Exportación No. 3714000006821 con autorización de embarque No. 37000756.¹⁰

Que mediante Oficio No. 37068-14-2856 del 10 de diciembre de 2003, la División de Servicio al Comercio Exterior delegada de Ipiales, le informa a la misma dependencia delegada en Cartagena, acerca de la petición presentada por la Sociedad de Intermediación Aduanera Roldan S.A. radicada en fecha 28 de noviembre de 2003, en la que se solicitaba la modificación de la Declaración de Exportación No. 3714000006821.¹¹

⁷Ver folios 118 a 120

⁸Ver folio 124

⁹Ver folio 125.

¹⁰Ver folio 130-132

¹¹Ver folios 109-110

Indica el aludido oficio, que tal declaración se presentó en la modalidad “400”, que corresponde a una reexportación y que de conformidad con el artículo 149 del Decreto 2685 de 1999, “*son mercancías importadas temporalmente para reparación y tendrán un plazo de seis (06) meses, entre la fecha de reexportación para la reparación de la mercancía y la presentación y aceptación de la declaración de importación de la mercancía reparada*”. Además de lo anterior, señala que no puede dársele trámite a la solicitud presentada por la Sociedad de Intermediación Aduanera, teniendo en cuenta que desde la presentación de la declaración habían transcurrido 28 meses; y era necesario verificar que se analizara previamente el cumplimiento de la Importación Temporal iniciada con la Declaración de Importación No. 0911523061934-7 de diciembre 22 de 1998, que con posterioridad fue modificada a importación temporal a largo plazo mediante Declaración de Importación No. 0901910056606.

En atención al oficio antes referenciado, la División de Servicio al Comercio Exterior delegada de Cartagena, mediante Oficio No, 0048068A-2309GAR del 4 de diciembre de 2003, solicitó a la parte actora, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 del Decreto 2685 de 1999, acreditara el cumplimiento del régimen de importación temporal amparado en la Declaración de Importación No. 0901910056606.¹²

Al contestar el anterior oficio, el representante legal de la sociedad actora, señaló que se trataba de una importación temporal a largo plazo precedida de una de corto plazo, cuyo término es de cinco años que deberían contabilizarse desde la primera declaración de importación, y que a la fecha de la solicitud dicho plazo no había vencido.¹³

Con posterioridad, la División de Servicio al Comercio Exterior delegada de Cartagena, le informó a la sociedad actora mediante Oficio No. 00060048-0037GAR del 8 de enero de 2004¹⁴; que había incumplido el régimen de importación, atendiendo a que había excedido el tiempo de permanencia de la mercancía en el extranjero para reparación o reemplazo, sin recibirse prueba del cumplimiento. De la anterior respuesta, se destaca lo siguiente:

¹²Ver folio 112

¹³Ver folio 113-114

¹⁴Ver folio 115-117.

“... 3. Al respecto manifestamos que esta Administración, no tuvo conocimiento de la reexportación para reparación de la mercancía objeto de la importación temporal en forma oportuna, y los controles a los pagos realizados por concepto del arancel se realizaban normalmente y como es mencionado por ustedes en forma cumplida, solamente tuvimos conocimiento del hecho a través del oficio 37068-14-2856 del 10 de diciembre de 2003, suscrito por el Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Aduana de Ipiales.(...)” (Subrayas fuera del texto).

En el oficio que precedentemente se relacionó, la División de Servicio al Comercio Exterior delegada de Cartagena, señaló que remitiría la Póliza de Seguros No. 98217314 expedida por la Compañía Seguros del Estado a la División de Liquidación Aduanera; división que mediante Resolución No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, declara de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera, y ordena hacer efectiva una garantía, bajo las siguientes consideraciones:

“... Que a folio 44 del presente expediente, se encuentra a-mail (sic) de diciembre 15 de 2003, por parte de la Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena a su similar en la Aduana Delegada de Ipiales, que con referencia a la importación temporal que nos compete en este proceso, no se encuentra incumplimiento en cuanto a los pagos de las cuotas semestrales correspondiente a los tributos aduaneros además de su desconocimiento de la existencia de una reexportación para reparación de la mercancía amparada con tal documentación y que al cotejar dicha información, se encontró con que no se cumplió con el plazo establecido en el artículo 149º del Decreto 2685 de 1999 y por consiguiente se remitirá a la División de Liquidación Aduanera la póliza No. 98217314 de Seguros del Estado S.A., para que se establezca la existencia del incumplimiento al régimen...”

Ahora bien, al momento de presentarse el incumplimiento a una de las obligaciones inherentes al régimen de importación temporal, en este caso el no llevar a cabo la reimportación dentro de los seis meses después de la reexportación para su reparación o reemplazo por averiada (sic) de la mercancía, presentando una nueva declaración de importación liquidándose los tributos respectivos además de distribuirlos en cuotas semestrales con el

respectivo descuento de los pagos realizados hasta el momento como consecuencia de la declaración inicial, la Administración se ve abocada a ordenar la efectividad del total de la póliza de seguro de cumplimiento por la causal que precisamente se encuentra amparada con la misma, que sería por la no finalización del régimen de importación temporal...”

Luego, mediante Resoluciones No. 001693 del 30 de agosto de 2004, y No. 002200 del 3 de noviembre de 2004, se resuelven unos recursos de reposición y de apelación, respectivamente, contra la Resolución No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, confirmándola.

Pues bien, analizados los elementos probatorios relacionados, deberá precisar la Sala, el marco normativo sobre el cual se desarrollará el asunto *sub examine*.

El Decreto 2685 de 1999 en su artículo 143¹⁵ dispone las clases de importación temporal para reexportación en el mismo estado, entre las que se encuentra la corto plazo, que establece un término de 6 meses; y de largo plazo que establece un término de 5 años, ambos términos contados a partir del levante de la mercancía para que ello suceda.

Por su parte, el artículo 145¹⁶ *ibídem*, sobre la declaración de importación temporal de largo plazo, estipula que la liquidación de los tributos aduaneros se distribuirá en cuotas semestrales iguales por el término de permanencia de la mercancía en el territorio

¹⁵“ARTICULO 143 CLASES DE IMPORTACIÓN TEMPORAL PARA REEXPORTACIÓN EN EL MISMO ESTADO. Las importaciones temporales para reexportación en el mismo estado podrán ser.

a) **De corto plazo**, cuando la mercancía se importa para atender una finalidad específica que determine su corta permanencia en el país. El plazo máximo de la importación será de **seis (6) meses** contados a partir del levante de la mercancía, **prorrogables** por la autoridad aduanera **por tres (3) meses más o,**

b) **De largo plazo**, cuando se trate de bienes de capital, sus piezas y accesorios necesarios para su normal funcionamiento, que vengan en el mismo embarque. El plazo máximo de esta importación será de **cinco (5) años contados a partir del levante de la mercancía.**

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinará, conforme a los parámetros señalados en este artículo, las mercancías que podrán ser objeto de importación temporal de corto o de largo plazo.

(...)” (negritas fuera del texto original)

¹⁶“ARTICULO 145. DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN TEMPORAL DE LARGO PLAZO.

En la Declaración de Importación temporal de largo plazo se liquidarán los tributos aduaneros en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a las tarifas vigentes en la fecha de su presentación y aceptación y se señalará el término de permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional

Los tributos aduaneros así liquidados se distribuirán en cuotas semestrales iguales por el término de permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional. Las cuotas se pagarán por semestres vencidos, para lo cual se convertirán a pesos colombianos a la tasa de cambio vigente, para efectos aduaneros en el momento de su pago ”

aduanero nacional. Mientras que el artículo 157, señala que con el objeto de responder por la finalización de la importación temporal en los plazos señalados en la declaración, y por el pago oportuno de los tributos aduaneros, la Dirección de Aduanas Nacionales podrá exigir la constitución de garantía a favor de la Nación, hasta por el ciento por ciento (100%) de dichos tributos, en las condiciones, modalidades y plazos señalados por la Dirección de Aduanas Nacionales.

De otro lado, el artículo 149¹⁷ autoriza la reexportación de las mercancías importadas temporalmente a largo plazo, por encontrarse defectuosas, que sufran averías, o impropias para el propósito con el que fueron importadas, con el fin de que se proceda a su reparación o reemplazo. De acuerdo con la disposición, la mercancía reparada se introducirá de nuevo al país con una nueva declaración de importación temporal, en la que se deberán liquidar los correspondientes tributos aduaneros, ésto es, hay lugar a reliquidar y descontar lo pagado, volviendo a calcular las cuotas semestrales mediante prorrateo.

Señala la norma, además que no podrán pasar más de seis meses entre la fecha de reexportación de los bienes averiados y la de la presentación de la declaración de los reparados o sustitutos, so pena de declarar incumplida la modalidad y hacer efectiva la garantía.

Por último, el artículo 156 de la misma normatividad, contempla que la importación temporal termina con uno de los siguientes eventos:

- a) La reexportación de la mercancía;*
- b) La importación ordinaria;*
- c) La aprehensión y decomiso de la mercancía, cuando vencido el término señalado en la Declaración de Importación ésta no se haya reexportado, o*

¹⁷“ARTICULO 149. REPARACIÓN O REEMPLAZO DE MERCANCÍAS IMPORTADAS TEMPORALMENTE A LARGO PLAZO

Cuando se decida la reexportación de una mercancía importada temporalmente a largo plazo, por encontrarse averiada, defectuosa o impropia para el fin que fue importada, la mercancía reparada o la que deba reemplazar a la reexportada, será objeto de una nueva Declaración de Importación Temporal en la que se deberán liquidar los correspondientes tributos aduaneros, de cuyo monto se descontarán las cuotas ya canceladas por la importación de la mercancía que se haya reexportado. El saldo de los tributos será dividido en tantas cuotas como semestres faltaren para cumplir con el plazo inicialmente declarado, el cual en ningún caso podrá ser prorrogado

<Inciso modificado por el artículo 1 del Decreto 4136 de 2004. El nuevo texto es el siguiente > No podrán pasar más de seis (6) meses, prorrogables por un término igual por una sola vez en casos debidamente justificados, entre la fecha de reexportación de la mercancía averiada, defectuosa o impropia y la de presentación y aceptación de la declaración de importación de la mercancía reparada o de la que la reemplace. Vencido este término, se configura el incumplimiento y se hará efectiva la garantía de que trata el artículo 147 del presente decreto en el monto de las cuotas insolutas más los intereses moratorios y la sanción pertinente a que haya lugar y se entenderá terminada la modalidad de importación temporal.” (Negritas fuera del texto)

cuando no se cancelen los tributos aduaneros en la oportunidad establecida en el artículo 146800 del presente Decreto, o por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones inherentes a la importación temporal;

d) La legalización de la mercancía, cuando se presente uno cualquiera de los eventos de los previstos en el literal anterior;

e) El abandono voluntario de la mercancía o

f) La destrucción de la mercancía por fuerza mayor o caso fortuito demostrados ante la autoridad aduanera.”(Destacado de la Sala)

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁸ ha considerado lo siguiente:

“Se observa en esa disposición que el régimen debe finalizar dentro del término concedido en la Declaración de Importación Temporal, pues la reexportación debe darse antes del vencimiento del mismo.

Que el pago oportuno de los tributos aduaneros no está entre los eventos que causan la finalización del régimen en comento, de suerte que una situación es la finalización del régimen y otra, distinta, el pago de los tributos aduaneros dentro de los términos correspondientes, que valga resaltarlo, no implica la aludida finalización.

Igualmente se observa que hay causales de finalización que son de cargo del importador temporal: las relacionadas en los literales a), b) y d), que por lo mismo vienen a constituir obligación suya, y son justamente las que dan lugar al otorgamiento de garantía por parte de ese importador, las cuales cabría denominarlas formas de finalización normal.”

Entonces, continuando con el estudio del presente asunto, según se desprende del análisis probatorio, la entidad accionada alegó que habiendo reexportado la mercancía importada a largo plazo, para efectos de realizarle reparaciones en el exterior en los términos del artículo 149 del Estatuto Aduanero, implicaba que ella debía ser objeto de una nueva declaración de importación, ya sea de la mercancía reparada, o de la que debía reemplazar la reexportada dentro del término de seis meses; y que al no hacerlo

¹⁸ Consejo de Estado Sección Primera, sentencia de fecha 2 de julio de 2009 C.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Exp 13001-23-31-000-2003-00612-01. Actor: Serviport S.A. Demandado: U.A.E. DIAN

dentro del lapso otorgado por la norma, se debía declarar el siniestro que generaba el incumplimiento de la importación temporal a la que se encontraba sometida y hacer efectiva la garantía constituida para ello.

En efecto, se tiene que la mercancía sometida al régimen de importación temporal a largo plazo, fue reexportada a Ecuador, conforme se precisó con la Declaración de Exportación No. 3714000006821 del 24 de julio de 2000 en los términos del artículo 149 del Decreto 2685 de 1999 ya estudiado –con el fin de realizar reparaciones en el exterior-; lo cual indica que tenía plazo para ser importada hasta el 24 de enero de 2001, con el fin de continuar con el régimen de importación temporal a largo plazo al que se encontraba sometida.

Sin embargo, se advierte que hasta el 28 de noviembre de 2003 –cuando solicitó la modificación de la reexportación amparada en la Declaración No.3714000006821 del 24 de julio de 2000 para modificarla en exportación definitiva-, aún no se había importado la mercancía, excediendo con ello, el plazo otorgado por la normatividad. Por consiguiente, al verificar que no se había finalizado el régimen de importación temporal a largo plazo, la administración procedió a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la garantía.

En virtud de lo anterior, encuentra la Sala que en efecto la sociedad actora incumplió el régimen de importación temporal, como consecuencia de la no reexportación de la mercancía, dentro del plazo de 6 meses que le otorga el artículo 149 del Decreto 2685 de 1999; pues como lo dispone la norma, vencido dicho término se configura el incumplimiento.

Ahora bien, a fin de continuar con el estudio de los problemas jurídicos planteados, para determinar si se estructuró el cargo invocado por la parte actora, relacionado con la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, la Sala deberá realizar el siguiente análisis:

El artículo 1081 del Código de Comercio establece:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria:

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción...”

Según se desprende de la norma en comento, el término de la prescripción ordinaria debe contarse a partir del momento en que el interesado, en este caso la DIAN, debió tener conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la ocurrencia del siniestro.

Del recuento de los hechos que resultaron probados en este caso, para la Sala es claro que el término prescriptivo de los dos años que consagra la referida disposición legal, para el caso bajo estudio, necesariamente debe computarse a partir de la fecha en que se estructuró el siniestro, esto es, el 24 de enero de 2001, fecha en que venció el plazo de seis meses que otorga el artículo 149 del Decreto 2685 de 1999, para la importación de la mercancía exportada para efectuar reparaciones en el exterior; pues tal como lo dispuso la norma *“Vencido este término, se configura el incumplimiento y se hará efectiva la garantía de que trata el artículo 147 del presente decreto en el monto de las cuotas insolutas más los intereses moratorios y la sanción pertinente a que haya lugar y se entenderá terminada la modalidad de importación temporal.”*

Como quiera que la declaratoria de incumplimiento por parte de la DIAN se llevó a cabo por fuera del término de prescripción ordinaria dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, es decir, con más de dos años, en la medida en que la póliza debía hacerse efectiva entre el 25 de enero de 2001 y el 25 de enero de 2003, y se hizo hasta el día **13 de abril de 2004** mediante Resolución No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena; encuentra probado la Sala el cargo de nulidad invocado por la parte actora y en consecuencia se declarará prescrita la acción derivada del contrato de seguro por parte de la entidad accionada.

Debe precisarse que para la Sala no son válidos los argumentos de la entidad accionada, cuando señaló que la ocurrencia del siniestro, la conoció a partir de la fecha en que la Aduana de Ipiales le solicitó información relacionada con el cumplimiento de la finalización del régimen de importación temporal a largo plazo al cual se encontraba sometida la mercancía; pues si bien la DIAN está descentralizada por servicios, dicha entidad es del orden nacional y sus dependencias deberían actuar de forma coordinada, por lo que no es posible alegar que en este caso la mercancía salió del

territorio nacional por la Aduana de Ipiales, ya que aquella es una dependencia administrativa, la cual debió advertir que la mercancía que salía del territorio nacional con fines de reparación se encontraba amparada por un régimen de importación temporal a largo plazo y que por ende debía regresar al cabo de seis (6) meses de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 del Decreto 2685 de 1999.

Por último, en lo que tiene que ver con el cargo invocado por la parte actora de caducidad de la acción sancionatoria, pues señala que la entidad demandada solo hasta el 13 de abril de 2004 expidió la Resolución mediante la cual declaraba el incumplimiento, siendo que el hecho constitutivo de la infracción tuvo ocurrencia el día 24 de enero de 2001, cuando ya había caducado; la Sala realiza las siguientes precisiones:

La Resolución No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento de la obligación adquirida por al (sic) afianzado o tomador SCHLUMBERGER SURENCO S.A. Nit.860.002.175-1 y domicilio en la Carrera 9 No. 76-49 Piso 3 de la ciudad de Bogotá; obligación consistente en el pago de los tributos aduaneros dentro de los plazos señalados correspondientes a la importación temporal amparada en la declaración Nro. 0911523063807-9 de abril 6 de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. DL-98217314 de la compañía Seguros del Estado S.A.”.

De acuerdo con los apartes transcritos del acto acusado, no se advierte que el mismo contenga una sanción, pues si precisamos la naturaleza misma del acto, a igual conclusión tendríamos que arribar, pues la declaratoria de incumplimiento del régimen de importación temporal no tiene carácter sancionatorio, teniendo en cuenta que su finalidad es fundamentalmente declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, para luego poder hacer efectiva la póliza de cumplimiento, ante una obligación aduanera sometida a garantía; de tal suerte, que su fin se concreta en una medida de previsión y amparo ante eventuales riesgos que puedan alterar las operaciones que se someten a regulación por parte de las respectivas autoridades aduaneras.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁹, expuso lo siguiente:

“Como quiera que el objeto del acto administrativo enjuiciado es precisamente el de declarar el incumplimiento y hacer efectiva una póliza de seguros dada como garantía a la DIAN para la obtención de la DTA 0392 a que se ha hecho mención, según datos consignados en dicha DTA (folio 63), por lo cual amparaba la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero autorizado en ésta, de suyo el procedimiento a seguir era el descrito en el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, vigente en la época de los hechos, y fue el que precisamente se aplicó en este caso, esto es, que al día siguiente de obtenida la información del incumplimiento, así se declarará; de modo que no hay lugar a diligenciar trámite o procedimiento previo alguno, distinto al de revisar la información sobre el cumplimiento o incumplimiento de la obligación. Igualmente, y en concordancia con lo anterior, lo decidido en la resolución 059 de 1995, en el sentido de declarar el incumplimiento de la obligación y ordenar hacer efectiva la póliza, es lo que corresponde disponer en las circunstancias que le sirvieron de fundamento, las cuales además se encuadran en los supuestos normativos previstos. Cabe reiterar que se trata de un procedimiento administrativo que tiene regulación en norma especial, en el cual el debido proceso y el consiguiente derecho de defensa le está garantizado al interesado con la posibilidad de justificar la razón de un eventual incumplimiento, cosa que no sucedió en este caso, y mediante la necesaria notificación del acto administrativo respectivo y la existencia de los recursos de reposición y apelación contra el mismo. Todo ello se puede verificar en el texto del citado artículo 41, que a la letra decía antes de su modificación atrás reseñada: (...). Por consiguiente, en este caso no era conducente aplicar el procedimiento señalado en el artículo 2º del Decreto 1800 de 1994, puesto que no trata de sanción aduanera alguna, y el hecho de que en la Resolución 059 de 1995 y en la sentencia se hable de infracción aduanera, ello no torna el cuestionado diligenciamiento administrativo en sancionatorio, como lo pretende el memorialista, pues la finalidad de éste no es imponer sanción por dicha infracción, sino el hacer efectiva la garantía, y si diera lugar a sanción, entonces sí habría que desplegar además el procedimiento sancionatorio.” (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, conforme a los argumentos antes planteados la Sala no accederá al cargo de caducidad de la acción sancionatoria que se invoca en la demanda para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados; sin embargo, se declarará la nulidad parcial de los actos en cuanto que ordenaron hacer efectiva la póliza.

¹⁹Consejo de Estado Sección Primera Consejero ponente. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio dos mil ocho (2008) Radicación número: 76001-23-31-000-2000-01901-01 Actor: EDUARDO BOTERO SOTO & CIA. LTDA Demandado: DIAN. Véase También: Consejo de Estado Sección Primera Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número 13001-23-31-000-1999-00089-01 Actor TRANSPORTES 3T LIMITADA Demandado DIAN

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, la Sala declarará improcedente hacer efectiva la póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. DL-98217314 de la compañía Seguros del Estado S.A. por medio de la cual se amparó el régimen de importación temporal al que se encontraba sometida la mercancía importada por la sociedad actora, pues al haberse declarado prescritas las acciones que derivaban del contrato de seguro, ese sería el restablecimiento del derecho que resulta procedente.

Con respecto al restablecimiento del derecho, a folio 2 de la demanda, en el acápite primero, sobre las declaraciones y condenas, la sociedad demandante solicita en el numeral 2º *“se declare el cumplimiento de la obligación de finalización del régimen de importación temporal a largo plazo amparada mediante las declaraciones de importación inicial No. 0911523061934-7 de diciembre 22 de 1998 modificada por la declaración No. 0901911004334-5 de junio 29 de 1999, y modificada a largo plazo con la declaración de importación No. 0901911005660-6 de septiembre 6 de 1999”*, este Tribunal la negará, por cuanto resultaría inconducente en congruencia con los argumentos expuestos en la parte motiva de este fallo y la declaración de nulidad de los actos demandados.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las pretensiones de reconocimiento por daño emergente y lucro cesante, serán denegadas toda vez que no están probados tales perjuicios dentro del expediente.

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 la nulidad parcial de las Resoluciones No. 06-064-0670-000669 de abril 13 de 2004, No. 048-064-0656-001693 de agosto 30 de 2004, y No. 002200 de noviembre 3 de 2004; en cuanto a que ordenaron hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. DL-98217314 de la compañía Seguros del Estado S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se entiende que no hay lugar a hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. DL-98217314 de la compañía Seguros del Estado S.A., por medio de la cual se amparó el régimen de importación temporal al que se encontraba sometida la mercancía importada por la sociedad actora.

TERCERO: Niéganse las demás pretensiones.

CUARTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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.

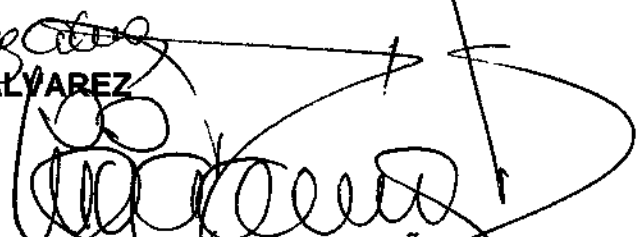
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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. 13001-23-31-002-2005-00744-00.)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0029
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: VICTORIA DEL CARMEN ROMERO DE ZUÑIGA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL-FONDO PASIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2012-00121-01
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 BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrado ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante : Victoria Del Carmen Padilla De Yepes
Ana Cristina Romero De Zuñiga

Demandado : Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural
Fondo de Pasivo de los Ferrocarriles.

Expediente : 13001-33-31-011-2012-00121-01

Tema : Reliquidación de pensión de jubilación

I. ANTECEDENTES

La Sala de Descongestión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el acuerdo No. PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho seguido por VICTORÍA DEL CARMEN PADILLA DE YEPEZ y ANA CRISTINA ROMERO DE ZUÑIGA .

1. LA DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

"1. Que es nula parcialmente la Resolución No. 04779 del 19 de septiembre de 1990, suscrita por el SubGerente Administrativo y Financiero del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA hoy liquidado, "Por la cual se reconoce una pensión de jubilación" al señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT."

"2. Que es parcialmente nula la Resolución No. 00440 del 7 de mayo de 2004, suscrita por el Gerente Liquidador del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA hoy liquidado, "Por la cual se reconoce una sustitución pensional".

¹ Ver folio 3 a 32

“3. Que es nula totalmente la Resolución No. 1751 del 11 de agosto de 2010, suscrita por el Director General del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por medio de la cual se niega la reliquidación de una pensión.

“4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, reliquidarán la pensión sustitutiva de jubilación de las señoras VICTORIA DEL CARMEN PADILLA YEPES y ANA CRISTINA ROMERO DE ZUÑIGA, incluyendo para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, todos los factores devengados por periodos completos durante el último año de servicios por el Señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT, y actualizando el salario promedio que sirva de base para liquidarla, considerando la variación anual de Índice de Precios al Consumidor, según lo certificado por el DANE, desde la fecha en que se retiró del servicio por haber adquirido el derecho para pensionarse y utilizando para el cálculo de la pensión, un porcentaje del 76% sobre el I.B.L.

“5. Así mismo, EL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES reconocerán y pagarán la diferencia entre lo que se le ha debido pagar considerando todo lo devengado y la actualización del ingreso base de liquidación de la primera mesada, y lo pagado hasta la fecha por concepto de pensión sustitutiva de jubilación a VICTORIA DEL CARMEN PADILLA YEPES y ANA CRISTINA ROMERO DE ZUÑIGA, ordenado por la Resolución demandada, debidamente indexadas.

“6. EL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.”

1.2. HECHOS

Se afirma como soporte fáctico lo siguiente:

“1. El señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT, quien se identificaba con la C.C. 3.890.703 trabajó en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA (hoy liquidado), desde el 28 de marzo de 1966 hasta el 2 de julio de 1990, sin interrupción en la prestación de su servicio, de donde se concluye que laboró por el término de veinticuatro (24) años, dos (2) meses y veinte (20) días, siendo su último sitio de trabajo el INCORA - Regional Bolívar, con sede en Cartagena.

“2. Estaba inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa mediante resolución expedida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual reposa en la hoja de vida que posee el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, en la Oficina de Recursos Humanos.

“3. El 1° de noviembre de 1997, mi mandante fue retirado del servicio por reestructuración de la planta de personal, siendo su último cargo desempeñado en el INCORA hoy liquidado, el de Ayudante Grado 03.

"4. El INCORA (Hoy liquidado), fue la última entidad a la cual estuvo vinculado mi mandante, como empleado público.

"5. El INCORA (hoy liquidado) reconoció y pagó directamente las pensiones de jubilación, de conformidad con el Acuerdo de la Junta Directiva No. 04 de 1.969, a quienes cumplieron con el lleno de los requisitos para tener este derecho.

"6. Al cumplir, el señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT los requisitos para acceder a la pensión, el INCORA hoy liquidado, mediante Resolución número 04479 del 1990, realizó tal reconocimiento.

"7. La Junta Directiva del INCORA para responder directamente por el pago de las pensiones, expidió el Acuerdo No. 04 de 1969, teniendo en cuenta para su liquidación, todos los factores salariales que constituyen salario.

"8. Al efectuarse el reconocimiento de la pensión de mi mandante, el INCORA, (hoy liquidado), para realizar tal reconocimiento, tomó el promedio de lo devengado en el periodo comprendido entre el TRES (3) de julio 1989 y el dos (2) de julio de 1990, de acuerdo a las previsiones del artículo 1° de la ley 33 de 198, pero no se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por mi mandante durante su último año de servicios, como lo ordena el artículo 1° de la Ley 33 de 1985."

9. En la certificación de salarios devengados que el INCORA, hoy liquidado utilizó para liquidar la pensión, se tomaron cifras parciales en los siguientes conceptos:

Sueldos.

Prima de noviembre de 1989

Bonificación por servicios prestados.

Bonificación quinquenal entre otros.

Olvidando que en estos factores se debe tomar el total devengado, tal como aparece en los registros individuales de pago y liquidación de prestaciones definitivas y tal como lo dispone el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Además se dejaron de incluir factores salariales.

10. Al aplicarse al caso de mi procurado, la fórmula descrita en el numeral anterior, para calcular su I.B.L., se le desconoce por parte de la entidad demandada el RÉGIMEN DE TRANSICIÓN previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual era beneficiario; por lo tanto, el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación ha debido hacerse acorde con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

11. El señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT, falleció el 8 de marzo de 2003, por lo tanto, mis mandantes, VICTORIA DEL CARMEN PADILLA YEPES, en condición de compañera permanente y ANA CRISTINA ROMERO DE ZUÑIGA, en condición de cónyuge supérstite solicitaron el reconocimiento de la sustitución pensional en razón al fallecimiento del señor Zuñiga Amort.

12. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA hoy liquidado, mediante Resolución No. 00440 del 7 de mayo de 2004, reconoció la sustitución pensional a favor

de ANA CRISTINA ROMERO DE ZUÑIGA, VICTORIA DEL CARMEN PADILLA YEPES y los hijos JUAN CARLOS y ADRIANIS ISABEL ZUÑIGA PADILLA, en ese entonces menores de edad, ahora sus cuotas acrecentaron la cuota de VICTORIA DEL CARMEN PADILLA YEPES.

13. En mi condición de apoderada de las Señoras VICTORIA DEL CARMEN PADILLA YEPES y ANA CRISTINA ROMERO DE ZUÑIGA, mediante escrito No. FPSR-2010-002487 del 25 de enero de 2010, solicité ante el Fondo Pasivo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la reliquidación de su pensión sustitutiva de jubilación incluyendo todo lo devengado por el señor ZUÑIGA AMORT, durante el último año de servicios, actualizado con el IPC certificado por el DANE, incluyendo la totalidad de los factores devengados de acuerdo a los registros individuales de pago y la resolución de prestaciones definitivas y el 79% como porcentaje aplicable al I.B.L.

14. Al efecto, el Director General del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, expidió la Resolución No. 1751 del 11 de agosto de 2010, negando la solicitud de mi mandante, con argumentos que contarían los preceptos legales y las providencias proferidas en casos similares por las Altas Cortes.

“15. Mis poderdantes se encuentran favorecidas por el Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la referida Ley 100, y por lo tanto no se encuentra inmiscuido en el régimen Previsto en la Ley de Seguridad Social para que solamente se le tenga en cuenta lo cotizado, con excepción de la actualización del ingreso base de liquidación, razón por la cual se le ha debido liquidar su pensión de jubilación considerando todo lo devengado durante el último año de servicios.

16. El honorable Consejo de Estado condenó al INCORA (hoy liquidado) a reliquidar las pensiones de las personas amparadas por el régimen de transición pensionadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, que como en el caso de mi mandante no le tuvieron en cuenta todos los factores salariales contenidos en el citado decreto, por lo tanto, no se entiende por qué en el caso de mi poderdante se ha determinado aplicar una disposición contraria a lo definido en dichos fallos.

“(..)”

“18. Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 4915 del 26 de Diciembre de 2007, estableciendo: “Traspaso de Bienes, Derechos y obligaciones: Una vez concluido el plazo para la liquidación del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA en liquidación, los bienes, derechos y obligaciones serán transferidos a la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural...” y en el parágrafo segundo del Artículo 2° expresó: El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asumirá, una vez culminada la Liquidación, los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad...”.

“19. Que el plazo máximo, otorgado por el Decreto No. 4470 de 2007 para culminar el proceso liquidatorio del INCORA venció el día 31 de diciembre de 2007.

“20. Que el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 4986 de 2007 expresando en su Artículo 1° que: Las obligaciones pensionales del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, Incora en liquidación, en la parte que no pueda ser cubierta con los recursos

provenientes del Incora, estarán a cargo de la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a partir de la terminación de su existencia legal, respecto de las personas incluidas en el cálculo actuarial que sea aprobado por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en los términos previstos en el mismo".. y en el artículo 2° consagra: "Para efectos de lo dispuesto en el Decreto 1292 de 2003, en sus artículos 28, 29 y 32, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá las pensiones que estaban a cargo del Incora en Liquidación celebre para administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor."

1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1.3.1. NORMAS VIOLADAS.

La parte demandante considera que se han vulnerado las siguientes disposiciones:

Constitución Política: Artículos 13, 25, 48, 53 y 58.

Ley 100 De 1993: Artículos 34 y 36.

Decreto No. 813 DE 1994: Artículo 3°

Acuerdo No. 04 DE 1969, expedido por la Junta Directiva del Incora.

1.3.2. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La parte actora plantea en su concepto de violación que la parte demandada dentro del presente proceso, no tuvo en cuenta factores salariales al momento de reconocer la pensión de vejez del actor, ni mucho menos la aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, pues afirma tener una favorabilidad en el caso particular.

Con relación al artículo 34 de la ley 100 de 1993, asegura que tiene derecho a que el reconocimiento de su pensión de jubilación se haga sobre un monto equivalente al 76% del ingreso base de liquidación, toda vez que permaneció en el servicio durante más de 1250 semanas. El INCORA hoy liquidado y el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al no liquidar el monto de la pensión de mis mandantes conforme lo establece el artículo 34 de la Ley 100, violó de manera flagrante dicha norma. La condición más beneficiosa para el trabajador se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cual norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del

derecho, o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no solo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad ya que no le está permitido a la administración elegir de cada norma lo más ventajoso para ella, o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Con relación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, manifiesta que esta normatividad, además de establecer las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, establece la forma de hacer la liquidación de la pensión de jubilación o vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición. Dicho artículo autoriza promediar todo lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho a pensión, contando a partir del 1 de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, promedio que debe ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE. La administración, al expedir la resolución demandada y al no reconocer la reliquidación de la pensión, no considero todo lo devengado por este durante el último año de servicios y mucho menos actualizo el I.B.L., con el I.P.C. certificado por el DANE.

Asegura que el decreto 813 de 1994, reglamentario del artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece en el inciso segundo, que el ingreso base para la liquidación de la pensión se calculara de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, o sea con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, actualizando el salario base de liquidación con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Como hemos visto hasta aquí, la administración, no considero todo lo devengado por el señor ZUÑIGA AMORT (q.e.p.d.) en el tiempo considerado para liquidarle la pensión de jubilación.

2. LA DEFENSA

2.1. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia:

Contestó la demanda con fundamento en las siguientes razones que nos permitimos transcribir:

“Mediante Resolución No. 04779 del 19 de septiembre de 1990, el INCORA, en aplicación en las Leyes 6 de 1945, 4 de 1966 y 33 de 1985, reconoció la pensión de jubilación a que había lugar a favor del causante, a partir del 3 de julio de 1990, fecha

en la cual se produjo su retiro del servicio oficial.

Adicionalmente, mediante Resolución No. 00440 del 7 de mayo de 2004, el extinto INCORA reconoció a favor de las demandantes la sustitución pensional respecto del causante DIGNO PASTOS ZUÑIGA AMORT Y, mediante Resolución No. 1751 del 11 de agosto de 2010, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del causante mediante Resolución No. 04779 de 1990, reiterando que el régimen aplicable es el previsto en los artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1° de la Ley 62 de 1995, y que con base en dicha normas, la pensión reconocida a favor del causante es incluso superior a la que debió reconocérsele.

Ahora bien, descendiendo al caso particular, teniendo en cuenta que a la fecha de causación del derecho pensional a favor del causante fue el 3 de julio de 1990, el régimen legal aplicable es el previsto en la Ley 33 de 1985.

“(...)”

Así las cosas contrario a lo solicitado en la demanda, es con base en las normas precedentemente citadas que debió liquidarse, la pensión de jubilación del causante, es decir, teniendo cuenta los factores salariales, taxativamente indicados en las Leyes 33 y 62 de 1985, pues es esta normatividad aplicable en este caso en particular.

De esta manera, aplicando los principios de la hermenéutica jurídica, si la norma es clara, es precisa, no es necesario acudir a los demás principios del derecho para su aplicación. En este caso, la misma Ley señaló de manera taxativa los factores que son considerados salario a efectos de liquidar la mesada pensional a favor del causante, sin que se pueda en una interpretación extensiva de la misma, incluir factores que a los ojos del legislador no son salarios.

No es posible, en aras de aplicar el principio de favorabilidad, desconocer otros principios como el de inescindibilidad de la ley, aplicando normas de manera fraccionada o de manera taxativa los factores que son considerados salario a efectos de liquidar la mesada pensional a favor del causante, sin que se pueda en una interpretación extensiva de la misma, incluir factores que a los ojos del legislador no son salario.

“(...)”

Finalmente, en lo referente a los factores integrantes del ingreso base de liquidación, las Leyes 33 y 62 de 1985 establecieron expresamente cuáles son, por tanto, como ya se indicó, la pensión del causante ha desbordado incluso los límites legales incluyeron factores que no debieron tenerse en cuenta a efectos de calcular la mesada pensional respectiva.

En conclusión, la pensión de jubilación del señor DIGNO PASTO ZUÑIGA AMORT fue reconocida y liquidada por el extinto INCORA, incluyendo factores adicionales a los contemplados en la ley aplicable, como es el caso del auxilio de alimentación y la bonificación quinquenal y, con base en ello, el Fondo de Pasivos Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución No. 1751 del 11 de agosto

de 2010, negó la reliquidación pretendida, en estricta aplicación a la normatividad vigente.

En cuanto al monto de la pensión, aplicando el principio de inescindibilidad de la norma es viable, como lo buscó la actora, que la pensión fuera reconocida en un porcentaje de 76%, pues de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985, la misma procede en 75%, tal y como fue reconocida.

Por lo anterior, no es viable, como lo pretende la parte actora, escindir la norma contenida en la Ley 33 de 1985 y tratar de extender la aplicación de la Ley 100 de 1993, máxime cuando, como ya indicó, la misma no es aplicable a este particular.”

Además propuso las excepciones de caducidad de la acción, prescripción, inexistencia de la obligación reclamada y legalidad de los actos administrativos demandados y cobro de lo no debido.

2.2. Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

La entidad accionada contestó la demandada con fundamento en las siguientes razones:

“El demandante como obra en el expediente y como lo afirma en los hechos de la demanda no devengó salarios ni realizó cotizaciones durante el tiempo que le hacía falta para completar los requisitos tendientes a adquirir el derecho a la pensión, razón por la cual no era posible establecer el IBL por “...el período devengado en el tiempo que le hiciera falta...” por lo cual no se ajustó al requerimiento del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

“(...)”

Mal haría en indexarse un derecho que fue reconocido en estricto cumplimiento a la normatividad constitucional y legal de la materia, ya que el INCORA (hoy liquidado) reconoció un derecho al actor con fundamento en lo establecido en el art. 1° de la Ley 33 de 1985, norma que no establece la actualización o indexación de la primera mesada pensional, y es claro con los planeamientos expuestos anteriormente que una vez reconocida la pensión de acuerdo a la oportunidad indicada en la ley, no es posible acceder a la reliquidación de la misma.

“(...)”

Además propone las excepciones de inepta demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción trienal, cobro de lo no debido y pago.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2012², concedió las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

"(...)"

De conformidad con el criterio jurisprudencial que antecede y recientemente acogido por este despacho judicial, al causante DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT debía liquidársele su pensión de conformidad con lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985, tal como lo hizo el INCORA, incluyéndole todos los factores salariales devengados por este en el último año de servicio y que a juicio del despacho dejo por fuera la Prima de Antigüedad y la Prima Anual Proporcional devengada por el causante en el último año de servicio, de acuerdo con la certificación visible a folio 115-116 del expediente, expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas, con base en el expediente administrativo de pensionado, por lo que esta judicatura comparte lo aseverado por las accionantes, cuando señalan que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados por el Sr DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT, por lo que es procedente la reliquidación de la pensión para que se incluyan dichos factores en el cálculo del ingreso base de liquidación.

*Por otra parte, y a título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicita que se le reliquide su pensión sustitutiva, en un porcentaje del 76% sobre el I.B.L., en atención al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 que establece una situación jurídica favorable. Lo anterior se infiere, del concepto de violación desarrollado en el escrito de demanda, en el cual se señala lo siguiente: "Ley 100 de 1993 artículo 34: (Modificado por el Art. 70 Ley 797 de 2003). De conformidad con lo establecido en el presente artículo, mis poderdantes tienen derecho a que el reconocimiento de su pensión de jubilación se haga sobre un monto equivalente al 76% del ingreso base de liquidación, toda vez que permaneció en el servicio durante más de mil doscientas cincuenta (1250) semanas. El INCORA hoy liquidado y el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al no liquidar el monto de la pensión de mis mandantes conforme lo establece el Artículo 34 de la ley 100 tantas veces citada, violo de manera flagrante dicha norma."
(...)*

El artículo 34 de la Ley 100 de 1993, antes de las posteriores reformas establecía lo siguiente:

"ARTÍCULO 34. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las

² Folio 275 a 304

1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% de ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente."

Observa este Despacho judicial, que las demandantes solicitan la aplicación de una norma que no se encontraba vigente al momento del reconocimiento pensional del causante, el cual fue efectuado mediante resolución No 04779 del 19 de septiembre de 1990 y que hace parte de un régimen pensional distinto al que se tuvo en cuenta al momento de ser reconocida y liquidada la pensión de jubilación del señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT, alegando una favorabilidad, que según la parte demandante le fue negada. Aunado a lo anterior, la norma de la cual las actoras solicitan su aplicación, no hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya que la misma fue consagrada para los empleados cobijados por el régimen pensional establecido en la mencionada ley.

De acuerdo con lo anterior, para que pueda ser aplicado el artículo 34, es necesario que el demandante se encuentre bajo el imperio del régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, toda vez que para que le sea reconocido su derecho pensional en los porcentajes establecidos en el artículo en mención, debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 33 de dicha ley que establece:

"ARTÍCULO 33. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.

Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

PARÁGRAFO lo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

a. El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.

b. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados.

c. El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley;

d. El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión." (Subraya el Despacho).

Por todo lo expuesto, para este despacho judicial, no es posible la aplicación del porcentaje solicitado por la Parte Demandante y establecido en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, porque ello vulneraría el principio de inescindibilidad de las normas, sumado a que el señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT, adquirió su pensión y la

misma le fue otorgada antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir, antes de la expedición de la ley en mención, su situación pensional se encontraba definida y consumada.

“(...)”

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

“(...)”

“2.1. De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación — Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

El a quo de instancia se abstiene de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con fundamento en las siguientes motivaciones:

«[.,.] No así respecto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, toda vez que en caso de que el fallo imponga obligaciones a cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y este no cuente con los recursos para cubrirlas en su totalidad, dichas diferencias quedarán a su cargo, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 1° del Decreto 4986 de 2007, razón por la cual no puede ser excluido de la relación jurídico procesal del sub-lite[., .1]»

El artículo 113 de la Constitución Política dispone que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

El artículo 121 y 122 ídem, en su orden, disponen que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley y que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.

A su vez, el artículo 6° de la Constitución Política indica que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones.

Colombia como Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991 adopta uno de los principios del constitucionalismo moderno como es la separación de poderes que tienen como consecuencia la no interferencia de unos en los asuntos privativos de los otros, que si bien permite la colaboración armónica sanciona la extralimitación en las funciones.

“(...)”

De conformidad con lo anterior, podemos afirmar que al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural cuenta con legitimación pasiva de hecho, toda vez, que fue

demandado y; posteriormente, notificado de la demanda y en esa medida es parte pasiva de la relación procesal conformada con la presentación de la demanda.

Visto lo anterior, yerra el Despacho Sustanciador al considerar que la Nación — Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural está legitimado en la causa por pasiva pues el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles mediante Decreto 1591 de 1989, fue creado como Establecimiento Público, del orden nacional, personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

2.2. DE LA INCLUSIÓN DE OTROS FACTORES SALARIALES PARA LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN.

El artículo 1° ídem establece que los factores para liquidar la pensión corresponden al «equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios».

La expresión el salario que sirvió de base para el pago de aporte contenida en ese artículo debe leerse en armonía con lo dispuesto en la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

« Artículo 1°. 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 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»

Así las cosas, el artículo señala los factores base de la liquidación pensional pero reiterando la mencionada regla.

En consecuencia, hizo bien el INCORA al liquidar con los factores establecidos en la resolución a saber, sueldos, prima de junio, prima de diciembre, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación quinquenal, auxilio de alimentación.

No puede accederse a las pretensiones pues la actora no demostró que hubiere efectuado aportes con los factores salariales adicionales que ahora reclama.

2.3. DE LA SOLICITUD DE INCLUSIÓN DE UN MONTO DE INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN SUPERIOR AL RECONOCIDO.

El demandante como obra en el expediente y como lo afirma en los hechos de la demanda no devengó salarios ni realizó cotizaciones durante el tiempo que le hacía falta para completar los requisitos tendientes a adquirir el derecho a la pensión, razón

por la cual no era posible establecer el IBL por «...el período devengado en el tiempo que le hiciera falta...» por lo cual no se ajustó al requerimiento del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, está proscrito indexarse las obligaciones condicionales suspensivas, «es decir, las pendientes de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no», según lo establecido en el artículo 1530 del Código Civil en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla.

En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, se pueden valorizar las meras expectativas de derechos, respecto de las cuales no cabe hablar siquiera, de obligación.

Mal haría en indexarse un derecho que fue reconocido en estricto cumplimiento a la normativa constitucional y legal de la materia, ya que el INCORA (hoy liquidado) reconoció un derecho al actor con fundamento en lo establecido en el art. 1° de la Ley 33 de 1985, norma que no establece la actualización o indexación de la primera mesada pensional, y es claro con los planteamientos expuestos anteriormente que una vez reconocida la pensión de acuerdo a la oportunidad indicada en la ley, no es posible acceder a la reliquidación de la misma.

Es necesario igualmente, establecer que el actor pretende que se le indexe su pensión, desde el momento que se le reconoció es decir desde 1991. Con ocasión a un caso similar, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de mayo de 1986 se pronunció así:

«[...] La pensión de jubilación por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en si mismo, sino en lo ateniende a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años y además trae aparejada una situación jurídica regulada por la ley, que entre otras cosas, incluye los reajustes económicos de tal derecho [...]

2.4. DE LA SOLICITUD DE ACTUALIZACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN CON EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR.

Así las cosas en el presente reconocimiento de pensión se decretó y ordeno pagar con arreglo lo establecido en la Ley 33 de 1985, la cual en ninguna de sus partes establece actualización del ingreso base de liquidación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

La Corte Constitucional se pronuncia respecto del tema así.

«[...]En el caso que ocupa la atención de la Corte, las normas acusadas o bien consagran el beneficio laboral pensional en algunas de sus modalidades, o se refieren a la determinación del salario base para su liquidación y pago, o consagran la actualización de ciertas pensiones ya reconocidas con anterioridad a su vigencia. Por

su contenido normativo ninguna es discriminatoria. La cláusula de actualización monetaria del salario base de liquidación de pensiones, en realidad nunca existió con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1991 Se expidieron sí, leyes que reajustaron las pensiones ya reconocidas, como fue el caso de la Ley 4a de 1996; pero la cláusula de actualización monetaria del salario base de liquidación fue una innovación del legislador del Sistema de Seguridad Social Integral. No puede pues esta Corporación determinar la aplicación retroactiva de esta nueva disposición, para lograr así el reajuste de pensiones ya reconocidas. [...] “subrayado mío.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. EL DEMANDANTE:

No alegó

5.2. LA DEMANDADA:

5.2.1 Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Alegó como consta a folio 199 a 202 del expediente.

5.2.2 Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia:

No alegó

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

1. El 28 de febrero de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 191)
2. El 4 de abril de 2013 se corrió traslado para alegar (folio 198)
3. El 18 de noviembre de 2013 ingresa al Despacho para dictar sentencia (folio 206)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA.

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD.

La acción de la referencia fue impetrada oportunamente, toda vez que se trata de un acto que no reconoce una prestación periódica, el cual de conformidad con el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo puede ser demandados en cualquier tiempo.

3. ACTO ACUSADO

- Resolución No. 01751 del 11 de agosto de 2010, por el cual se niega la reliquidación de una pensión de jubilación (folio 48)

4. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar cuál es el régimen pensional aplicable a la parte actora, estableciendo cuáles son los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión y si la liquidación efectuada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA se ajusta a dicho régimen.

5. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará el fallo apelado, como quiera que le asiste razón al *a quo* al considerar que el INCORA no incluyó en la pensión de jubilación de las demandantes de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 todos los factores salariales devengados habitualmente, omitiendo incluir en dicha liquidación, la prima de antigüedad y la prima anual proporcional, las cuales percibió el causante durante su último año de servicios.

6. HECHOS PROBADOS

1. Resolución No. 04779 de 19 de septiembre de 1990, por la cual se reconoce una pensión de jubilación al señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT, en la misma se observa que los factores liquidados fueron: sueldo, prima de noviembre de 1989 (proporcional), prima de mayo de 1990, prima de noviembre de 1990, prima de vacaciones, bonificación de servicio prestados, bonificación quinquenal, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, a lo cual se le aplicó un porcentaje de 75% (folio 33 a 34)

2. Resolución No. 00440 de 7 de mayo de 2004, por la cual se reconoce una sustitución pensional del causante DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT a las beneficiarias ANA CRISTINA ROMERO y VICTORIA DEL CARMEN PADILLA DE YEPEZ (folio 35 a 39)

3. Certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en la que se señala que el señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT laboró en el liquidado INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA, desde el 28 de marzo de 1966 hasta el 2 de julio de 1990 inclusive; a la fecha de retiro de la demanda se desempeñaba en el cargo de ayudante grado 03 de la Región Bolívar, igualmente que durante el periodo comprendido entre el 3 de julio de 1989 y el 2 de julio de 1990 devengó los siguientes factores: asignación mensual, auxilio de alimentación, prima de diciembre, prima de junio, bonificación por servicio prima de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación quinquenal y prima anual.

7. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

El régimen anterior a la Ley 100 de 1993 es el establecido en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º dispone:

“ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) 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.

“(...)”

Esta disposición, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

“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.”.

Según estas normas, la liquidación de la pensión de jubilación equivale al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y que los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión son los establecidos en la Ley 62 de 1985.

La parte actora, conformada por quienes sustituyeron al actor como beneficiarias de su pensión, se encuentran inconformes con la negativa de reliquidación de su pensión de jubilación, pues considera que se deben agregar a la liquidación todos los factores salariales que devengó el causante, durante el último año de servicios.

Si bien la Ley 100 de 1993 tiene sus propias reglas en cuanto al monto y a los factores salariales que se deben tener en cuenta para proceder a la liquidación de la pensión, tal como se acaba de exponer, es menester explicar que al aplicar la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 del mismo estatuto, se debe recurrir a la Ley 33 de 1985 y 62 del mismo año, no sólo en cuanto al tiempo de servicio y edad necesarios para el reconocimiento de dicha prestación, sino también para la liquidación de la misma.

Sobre los factores sobre los cuales se deben liquidar las pensiones reguladas por las Leyes 32 y 62 de 1985, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, habían sostenido diferentes posturas, por ello el 1º de agosto de 2010, la Sala Plena de dicha Sección unificó el criterio respecto del particular, de la siguiente manera:

“Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual_“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”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003³, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) “en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes”.

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006⁴, se expresó:

“La ley 33 de 1985 en el artículo 1° dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.”.

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. “

Al unificar el criterio jurisprudencial acerca de los factores para la liquidación de la pensión de jubilación, el Consejo de Estado determinó lo siguiente:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor Jaime Florez Anibal

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente Dr Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No . 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor Arnulfo Gómez

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁵, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó⁶:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.⁷”.

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes

⁵ Artículo 45 “De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario

- 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,
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art 38 del decreto 3130 de 1968 ”

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente Dra Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref Expediente No 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor Jorge Hernández Vásquez

⁷ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M P Dra Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó

“() El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil ()

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones. ()

Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977 ()”

consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.”

(...)

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios⁸.

(...)

*“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de

⁸ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.⁹”

Con todo lo anterior, el Consejo de Estado ha dejado claro el criterio sobre los factores a tener en cuenta para efectos de liquidación de pensión de jubilación, esto es, todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios, aunque no hayan servido de base para calcular los aportes.

8. ANALISIS DEL CASO

Las señoras VICTORIA DEL CARMEN PADILLA DE YEPES y ANA CRISTINA ROMERO DE ZUÑIGA son beneficiarias de la pensión de jubilación del señor DIGNO PARTOR ZUÑIGA AMORT de conformidad con la Resolución No. 00440 de 7 de mayo de 2004. A las actoras por Resolución No. 1751 de 11 de agosto de 2010 el FONDO DE PASIVOS SOCIAL les negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación.

Ahora bien, se observa en la Resolución No. 04779 de 19 de septiembre de 1990, por medio del cual se reconoce la pensión de jubilación al señor DIGNO PARTOR ZUÑIGA AMORT, que la pensión le fue liquidada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir, con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, que corresponde al tiempo comprendido entre el 3 de julio de 1989 y el 2 de julio de 1990, así mismo se tuvieron en cuenta como factores a liquidar el sueldo, prima de noviembre de 1989, prima de mayo de 1990, prima de noviembre de 1990, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación quinquenal, auxilio de transporte y auxilio de alimentación.

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada y lo expuesto en líneas precedentes, comparte la Sala lo señalado por el *a quo* al considerar que al causante DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT debía liquidársele su pensión de conformidad con lo señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985, tal y como lo hizo el INCORA, toda vez que su derecho para adquirir la pensión se consolidó antes

⁹ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce

de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin embargo, en la liquidación de la misma no se incluyeron algunos factores salariales devengados en el último año de servicio, como lo son, la prima de antigüedad y la prima anual proporcional, que según certificado obrante a folio 115 a 116 del expediente también fueron percibidos en el último año de servicios por el señor ZUÑIGA AMORT.

Siguiendo el mismo hilo conductor, es necesario aclarar que si el señor ZUÑIGA no cotizó sobre los factores antes mencionados, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado¹⁰ y, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1º de la Ley 33 de 1985, procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Luego la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional, por ende, se advierte a la demandada, que en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1º de la Ley 33 de 1985, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer, sobre los factores que el accionante no aportó, durante el último año de servicios.

En este orden de ideas, hizo bien el *a quo* al ordenar computar en la liquidación de la pensión de jubilación del señor DIGNO PASTOR ZUÑIGA AMORT los factores salariales tales como la prima de antigüedad y la prima anual proporcional por ajustarse al precedente jurisprudencial antes citado, de tal manera que se confirmará en lo que aquí respecta el fallo apelado.

De otra parte, insiste la NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO SOCIAL que no está legitimada en la causa por pasiva, al respecto esta Sala comparte lo expuesto por el *a quo* al referirse que la misma no tiene vocación de prosperar, toda vez que si bien es cierto que el artículo segundo del Decreto No. 4986 de 2007 invocado por la parte demandada dentro de sus argumentos, establece que para efectos de lo dispuesto en el Decreto No. 1292 de 2003, en sus artículos 28, 29 y 32, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá las pensiones que estaban a cargo del INCORA en Liquidación, para lo cual se subrogará en la administración del contrato de Fiducia que el INCORA en Liquidación celebre para administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor; por otra parte, el artículo primero del Decreto en

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010 C P Victor Hernando Alvarado Ardila, exp 250002325000200607509 01 (0112-2009)

mención dispone que las obligaciones pensionales del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA en Liquidación, en la parte que no pueda ser cubierta con los recursos provenientes del INCORA, estarán a cargo de la NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a partir de la terminación de su existencia legal, respecto de las personas incluidas en el cálculo actuarial que sea aprobado por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en los términos previstos en el mismo.

Finalmente, la Sala advierte que el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública mencionada, también controvierte la pretensión referida al reajuste del ingreso base de liquidación del demandante, no obstante; la Sala no analizará este cargo, como quiera que esta y las demás pretensiones de la demanda, fue negada en la sentencia de prima instancia, por tanto siendo este estadio procesal el escenario para controvertir los asuntos que le fueron de desfavorables al apelante, resulta inocuo pronunciarse sobre este punto que le fue favorable a las accionadas.

Por lo expuesto, esta Sala confirmará el fallo apelado.

9. COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 55 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del art. 171 del C.C.A., no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, teniendo en cuenta que la conducta del apelante se limitó a ejercer válidamente su derecho de defensa, sin que se advierta conducta temeraria o dilatoria que comporte abuso del derecho de acceso a la administración de justicia.

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

IV. F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 27 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas.

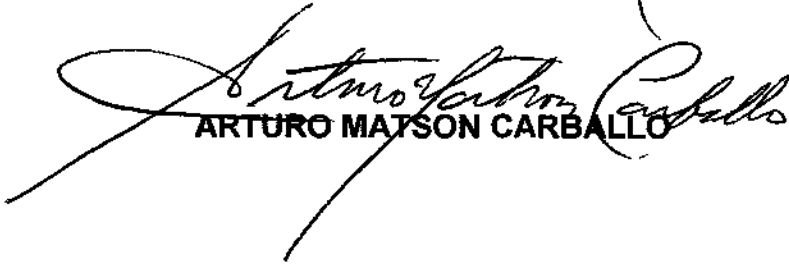
TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores.

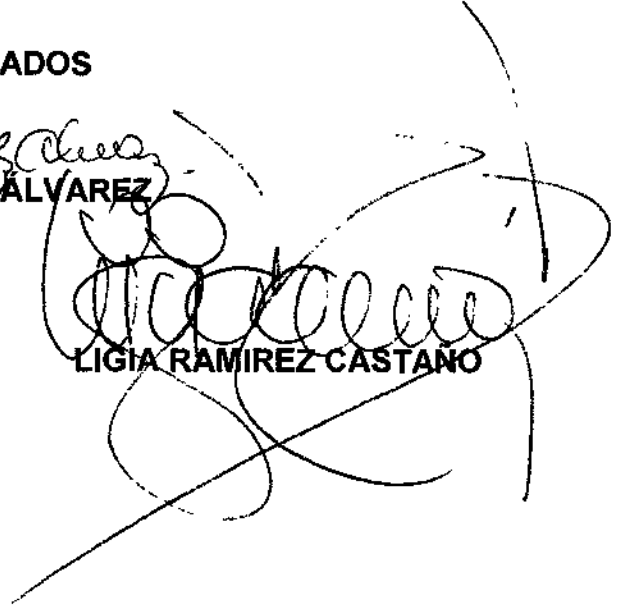
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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° 0030
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CARGO FLASH LTDA
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTYAGENA DE INDIAS -SECRETARIA DE HACIENDA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2010-00289-01
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

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C. veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-006-2010-00289-01
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Cargo Flash Ltda.
Demandado : Distrito de Cartagena- Secretaria de Hacienda.

Tema: Impuesto de Industria y comercio anual y no bimestral (Tributario)

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia adiada 23 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La sociedad CARGO FLASH LTDA., por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el DISTRITO DE CARTAGENA, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00060 del 27 mayo de 2009 y la Resolución No. 0048 del 30 de abril de 2010, a través de las cuales se impone sanción a la actora por la suma de \$26.620.100.00, por no haber presentado las declaraciones del impuesto de industria y comercio y sus complementarios.

Segundo: Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 207 del 27 de agosto de 2009 y la No. 112 del 6 de septiembre de 2010, mediante las cuales se expidió la

Rad: 006-2010-00289-01
 Dte: Cargo Flash Ltda.
 Ddo: Distrito de Cartagena.

liquidación de aforo por valor de \$3.362.000.00 por los años 2006 y 2007, a cargo de Cargo Flash Ltda. SIA, por no haber sido presentadas las correspondientes declaraciones. Todas ellas proferidas por la entidad demandada.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada que acepte las declaraciones de impuesto de industria y comercio y sus complementarios presentadas de manera bimestral voluntaria por la Agencia de Aduanas Cargo Flash Ltda. nivel I, tal como lo ha previsto los artículos 342 y 91 del Acuerdo Distrital de Cartagena de Indias D.T. y C. No. 041 de diciembre 21 de 2006.

Cuarto: Que se condene a la demandada, al pago de los perjuicios, costas y agencias en derecho.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Narra la demandante que atendiendo lo estipulado en los artículos 91 y 342 del Acuerdo Distrital No. 041 de diciembre 21 de 2006, la sociedad Cargo Flash Ltda. nivel I presentó las declaraciones del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros y sobretasa bomberil, correspondiente al parcial del año 2006 y el año 2007, de manera bimestral y voluntaria.
2. Que las mencionadas declaraciones se realizaron en el siguiente orden:

No. Formulario	Periodo gravable	Valor \$
2006 2 35163	Julio/agosto 2006	97.000.00
2006 2 35164	Sep./octubre 2006	285.000 00
2006 2 59234	Nov./diciembre 2006	300 000.00
2006 2 64559	Enero/feb. 2007	298.000.00
2006 2 68379	Marzo/abril 2007	311.000 00
2007 2 07195	Mayo/junio 2007	317 000 00
2007 2 07196	Julio/agosto 2007	355 000.00
2007 2 34541	Sept./octubre 2007	278.000.00
2007 2 34540	Nov./diciembre 2007	355.000.00

3. Que mediante Resolución No. 060 del 27 de mayo de 2009, el Distrito de Cartagena, después de requerir a la sociedad actora y verificar los documentos aportados por ésta, resuelve sancionar a la demandante por no haber presentado las declaraciones tributarias de los años 2006 y 2007, concediéndole para ello el término de dos (2) meses para que interpusiera el recurso de reconsideración. igualmente mediante Resolución No. 207 de agosto 27 de 2009,

Rad: 006-2010-00289-01
Dte Cargo Flash Ltda.
Ddo Distrito de Cartagena.

la demandada profiere liquidación aforo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 del Acuerdo No. 041 de 2006.

4. Expone la libelista que contra las anteriores resoluciones interpuso los recursos de ley, señalando que existe una falsa motivación en las mismas, dado que las declaraciones del impuesto de industria y comercio y sus complementarios se presentaron de manera bimestral y voluntaria, tal como lo dispuso el artículo 342 y 91 del Acuerdo No. 041 de 2006.
5. Señala que es ilegal que la demandada pretenda que se presenten unas declaraciones anuales del impuesto de industria y comercio, por los años 2006 (parcial) y año 2007, tanto que profiere una liquidación aforo en la Resolución No. 207 de 2009, en los que fija el impuesto aludido por los años 2006 y 2007, desconociendo la legalidad de las declaraciones presentadas de manera Bimestral Voluntaria.
6. Finalmente advierte que la demandada la ha constreñido intentando que ésta pague más de lo que le corresponde para coadyuvar las cargas públicas, al exigirle la declaración anual del impuesto de industria y comercio y sus complementarios; desconociendo la legalidad de las declaraciones que por los años 2006 (parcial) y 2007 presentó la actora.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la sociedad accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

Constitucionales: Artículo 29, 83 de la Carta Política.

Legales: Arts. 351, 11, 15, 16, 18, 91, 298 y 342 del Acuerdo Distrital No. 041 de 2006.

A continuación se resumen los cargos de violación alegados por la demandante.

- *Violación al debido proceso (art. 29 C.P.).*

Aduce que este derecho se ha violentado, dado que la demandada ha constreñido a la actora a que presente las declaraciones del impuesto de industria y comercio y sus complementarios por los años 2006 (parcial) y 2007.

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

- *Violación al principio de Buena Fe (art. 83 C.P.)*

Se trasgrede este postulado, toda vez que la actora con fundamento en una norma vigente como es el artículo 342 del Acuerdo 041 de 2006, presentó su declaración bimestral voluntaria del impuesto de industria y comercio, por lo que esta norma no señala que es de carácter provisional, sino definitiva y única.

De otro lado básicamente señala que la entidad demandada trasgrede las normas estipuladas en el Acuerdo No. 041 de 2006, dado que con su actuación está exigiendo más de lo que propone el mencionado acuerdo, así mismo, viola el principio de transparencia al motivar falsamente los actos acusados en el sentido que señaló que la actora no presentó las declaraciones del impuesto de industria y comercio y sus complementarios.

Advierte que se trasgrede el artículo 298 del Acuerdo en cita, como quiera que ésta se aplica para sancionar por no declarar en el mes siguiente del emplazamiento o la notificación del auto que ordena inspección la tributaria; ninguno de los dos presupuestos se ha dado; toda vez que la actora presentó sus declaraciones por los años 2006 (parcial) y 2007 de manera bimestral voluntaria.

Por último argumenta que la accionada viola lo dispuesto en el artículo 342 del acuerdo de referencia, como quiera que la declaración sobre el mencionado impuesto se presenta de forma bimestral voluntaria y la demandada lo interpreta como si tales declaraciones tuviesen el carácter de provisionales.

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Expone que el tiempo o periodo de causación del impuesto de industria y comercio es anual, aún cuando el artículo 112 del Estatuto Tributario Distrital, establezca que la obligación de presentar la declaración es por cada periodo. Cuando el contribuyente realice su declaración bimestralmente para acogerse al beneficio establecido en el artículo 91 ETD, en su párrafo, no excluye o exime al contribuyente de presentar su declaración anual del respectivo impuesto.

Rad: 006-2010-00289-01
Dte Cargo Flash Ltda.
Ddo. Distrito de Cartagena

Excepciones.

Propone la parte demandada la excepción de **legalidad de la Resolución No. 060 del 27 de marzo de 2009, la Resolución No. 048 del 30 de abril de 2010; Resolución No. 207 del 27 de agosto de 2009 y la Resolución No. 112 del 6 de septiembre de 2010.**

Sostiene que en sede administrativa se surtieron dos procesos; **el primero** de ellos impuso sanción a la demandante por no declarar el impuesto de industria y comercio, sanción esta que se encuentra contenida en la Resolución No. 060 de 2009 contra la cual se impuso recurso de reconsideración y éste se desató a través de la Resolución No. 048 del 2010 que confirmó la decisión inicial. **El segundo** proceso fue el que expidió la liquidación de aforo a través de la Resolución No. 207 de 2009, contra la cual también se impuso recurso de reconsideración por la parte demandante y que fue resuelta mediante la Resolución No. 112 de 2010 que confirmó la anterior.

Que la oficina de Fiscalización de la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena, decidió por medio de emplazamiento previo por no declarar No. 2755 del 21 de octubre de 2008, conminar o exhortar a la sociedad actora para que el término de un mes procediera a presentar las declaraciones omitidas correspondientes a las vigencias de los años 2006 y 2007.

Que en respuesta a lo anterior la demandante señaló *“Nos permitimos informarles que nuestro establecimiento de comercio abierto en la ciudad de Cartagena empezó a operar en el mes de Agosto del año 2006, fecha en el cual declaramos y pagamos los impuestos de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros en el distrito de Cartagena.*

Adjuntamos fotocopias de las declaraciones Bimestrales del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros y sobretasa bomberil...”

Que mediante requerimiento ordinario No. 17 del 23 de abril de 2009, la oficina de fiscalización de la División de Impuestos, requiere a la libelista para que allegue la siguiente documentación: Declaración de renta, Declaración de IVA, Estados Financieros, Certificados de Retención de ICAT, Declaración de Industria y Comercio de los años 2006 y 2007, así como también, el libro auxiliar contable de la cuenta 41 discriminada por Distritos.

Que en respuesta al requerimiento anterior, la actora el día 4 de mayo de 2009, presentó parte de la documentación solicitada por la oficina de fiscalización de la

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

división de impuestos. En ese orden, la demandada mediante Resolución No. 060 del 27 de mayo de 2009 impone sanción por no declarar al contribuyente Cargo Flash Ltda. SIA., por valor de \$26.620.000.

Con posterioridad manifiesta la demandada, que la oficina de fiscalización expidió liquidación de aforo e impuso sanción a través de la Resolución No. 207 del 27 de agosto de 2009; resolución que fue recurrida y confirmada por la Resolución No. 112 de 2010.

Que el artículo 91 del Acuerdo No. 041 de 2006 contempla la posibilidad que tiene el contribuyente del impuesto de industria y comercio de obtener un estímulo, el cual consiste en un descuento igual al índice de precios al consumidor (IPC) debidamente certificado por el DANE.

Advierte que la norma no obliga a los contribuyentes a declarar el impuesto de industria y comercio de manera bimestral, sino que los que voluntariamente lo hagan podrán acogerse a dicho beneficio; es decir, el legislador establece la facultad que tiene el contribuyente de acogerse o no a esta norma; pero como premisa principal establece su causación anual, en el cual el contribuyente lo debe liquidar, declarar y pagar en ese mismo tiempo.

Que cuando el contribuyente realice su declaración bimestral para acogerse al beneficio establecido en el artículo 91 del acuerdo referenciado en su párrafo, no excluye o exime al contribuyente de presentar su declaración anual del respectivo impuesto.

Que no es procedente la causal de falsa motivación alegada por la libelista, dado que los hechos que rodearon la expedición de los actos administrativos, es decir, sus antecedentes, fueron circunstancias fácticas producto de la realidad procesal que se presentó dentro del curso de las distintas etapas surtidas en cada uno de los procesos que dieron a esa instancia administrativa, más exactamente con la circunstancia real de no haber presentado por parte del contribuyente las declaraciones anuales del recitado impuesto.

Excepción de caducidad de la acción respecto de las Resoluciones No. 060 del 27 de mayo de 2009 y la No. 048 del 30 de abril de 2010.

Alega que la Resolución No. 048 de 2009, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración, se notificó al actor el día 14 de mayo de 2010, por lo que la demandante tuvo hasta el día 15 de septiembre para demandar la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo, es decir 4 meses contados a partir

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda
Ddo. Distrito de Cartagena

del día siguiente de la notificación del acto; por lo que la demanda es extemporánea pues se presentó el día 28 de octubre de 2010.

Que en este caso solamente se deben de pronunciar respecto de la Resolución No. 207 de 2009 contra la cual se interpuso recurso de reconsideración de la liquidación aforo y que fue desatado por medio de la Resolución No. 112 de 2010. De la misma manera solicita que se aclare que ante la administración se adelantaron dos procesos administrativos y no uno como erróneamente lo quiere plantear la parte demandante en la presente demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendada 23 de marzo de 2012, negó las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

En primer lugar no encontró demostrada la excepción de caducidad alegada por la parte demandada.

En segundo lugar, advirtió que al revisar el acervo probatorio constató que la parte actora no allegó el Acuerdo Distrital No. 041 del 21 de diciembre de 2006; por lo que consideró que allegar las norma de carácter local, es obligación del demandante, la cual si bien en el momento de presentar la demanda no pudo cumplir, podía solicitar del juez que se pidiera a la autoridad competente se sirviera enviar copia auténtica de la misma con destino al proceso.

Que se puede establecer que la sociedad demandante no dio cumplimiento al artículo 141 del C.C.A., ni allegando la norma local que alega como violada, ni solicitando del ponente que allegara al proceso siendo que fundo su inconformidad con los actos acusados, en el desconocimiento del Acuerdo No. 041 de 2006 Cartagena.

Finalmente destaca la juez de primera instancia, que *"si bien el Juez goza de facultades especiales para decretar pruebas de oficio, la finalidad de esa facultad no es subsanar o suplir la inactividad probatoria de las partes, así como tampoco el incumplimiento de sus deberes legales, sino esclarecer los hechos o asuntos oscuros que subsistan al momento de la decisión, a pesar de la actividad probatoria desplegada por los intervinientes en el proceso. (fl. 135-151)*

Rad. 006-2010-00289-01
Dte. Cargo Flash Ltda.
Ddo. Distrito de Cartagena.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, reiterando básicamente lo expuesto en la demanda (fl. 153-164). De otro lado, allega en esta instancia copia auténtica del Acuerdo No. 041 del 21 de diciembre de 2006. (fl. 348-462)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante.

Se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso. (fl. 475-483)

Parte demandada.

Pese a que aparentemente se presentaron unos alegatos por parte del Distrito de Cartagena, los mismos no se tendrán en cuenta como quiera que no corresponden al presente asunto, por lo que se ordenará por conducto de la secretaría su desglose para ser anexados al expediente correspondiente. (fl. 471-474)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 26 de septiembre de 2012, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (fl. 463)

Luego, por auto del 25 de enero de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 470)

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que declarar, la Sala se dispone a proferir sentencia definitiva, mediante la siguientes,

III. CONSIDERACIONES

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 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 de fecha 23 de marzo de 2012,

Rad 006-2010-00289-01
Dte Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. **00060 del 27 de mayo de 2009**, "*Por medio de la cual se impone una sanción por no declarar al contribuyente Cargo Flash SIA*".
- Resolución No. **00048 del 30 de abril de 2010**, "*Por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración*" que confirma la decisión inicial.
- Resolución No. **000207 de agosto 27 de 2009**, "*Por medio de la cual se expide una liquidación de aforo y se impone una sanción al contribuyente*"
- Resolución No. **00112 del 06 de septiembre de 2010**, "*Por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración*" que confirma la decisión inicial. Todas ellas proferidas por el Distrito de Cartagena – Secretaria de Hacienda Distrital.

Caducidad.

La Sala advierte que dentro del caso bajo estudio, se enjuicia la legalidad de cuatro actos administrativos proferidos por el ente demandado que resolvieron la situación jurídica de la sociedad actora y que se expidieron en procesos separados, por lo que, atendiendo la naturaleza de cada uno ellos, constatará la caducidad de la acción teniendo en cuenta la fecha de notificación del acto acusado que desató el recurso de reconsideración respectivamente. Veamos:

La Resolución **No. 0048 del 30 de abril de 2010**, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 060 del 27 de mayo de 2009, que sancionó a la actora por no declarar el Impuesto de Industria y Comercio y sus Complementarios, se notificó personalmente el día 14 de mayo de 2010 (fl. 27); por lo que en principio la demandante tenía hasta el 15 de septiembre de 2010.

No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, la actora presentó el día 27 de agosto de 2010, solicitud de conciliación extrajudicial (cuando restaban 19 días para el vencimiento de la acción), la cual se llevó a cabo el día 20 de octubre de 2010 (fl. 61-62), por lo que en este caso al reanudarse el término de caducidad, ésta vencía el día 8 de noviembre de 2010.

Respecto de la Resolución No. **00112 del 06 de septiembre de 2010**, a través de la cual se desató el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 207 del 27 de

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

agosto de 2010, que expidió la liquidación aforo contra la sociedad actora, aprecia la Sala que ésta se notificó personalmente el día 9 de septiembre de 2010 y el 13 de septiembre de la misma anualidad se presentó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual se surtió de conformidad con la constancia No. 202 del 27 de septiembre de 2010 (fl. 60); por lo que en este caso el actor tenía hasta el día 6 de enero de 2011, como fecha tentativa para controvertir la legalidad de estos actos.

En ese orden, una vez revisada la demanda en cita y en atención a la fecha de notificación de los actos acusados respectivamente, observa la Sala que ésta se presentó el día 28 de octubre de 2010, por lo que se concluye que la misma se impetró dentro del término previsto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A, para el control de legalidad de cada uno de los actos proferidos por la administración distrital.

Problema Jurídico.

¿Es procedente sancionar al contribuyente del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros y sobretasa bomberil, cuando presenta sus declaraciones únicamente en periodos bimestrales y no anuales?

Tesis

La Sala de Decisión confirmara la decisión de primera instancia, al no demostrarse los cargos de ilegalidad formulados por la parte actora, además de que el contribuyente tiene a su cargo la obligación de declarar anualmente el impuesto aludido y en este caso la sociedad demandante, no lo hizo.

Lo anterior se sustenta en los argumentos que a continuación se desarrollan:

Sea lo primero destacar que la juez de primera instancia decidió negar las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que la sociedad actora no aportó al proceso, la copia auténtica del **Acuerdo No. 041 de 2006**, *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de impuestos de Cartagena D. T. y C., se armoniza su administración, proceso y procedimientos con el Estatuto Tributario Nacional, se expide el Estatuto de Rentas Distrital o Cuerpo Jurídico de las normas sustanciales y procedimentales de los tributos distritales y se dictan otras disposiciones de carácter tributario.”*

En ese sentido, consideró la juez *a quo* entre otros argumentos que pese a gozar de facultades especiales para decretar pruebas de oficio, la finalidad de esa facultad no es subsanar o suplir la inactividad probatoria de las partes, así como tampoco el incumplimiento de sus deberes legales, sino esclarecer los hechos o asuntos oscuros

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

que subsistan al momento de la decisión, a pesar de la actividad probatoria desplegada por los intervinientes en el proceso, por ello concluyó que la sociedad accionante no cumplió con el deber que le impone la norma en el artículo 141 del C.C.A.

Inconforme con la decisión adoptada por el operador judicial en primera instancia, la sociedad actora mediante recurso de alzada solicitó la revocatoria de dicha decisión y para ello aportó en esta instancia copia auténtica del Acuerdo No. 041 de 2006, para su correspondiente valoración. (fl. 348-462)

Pues bien sea del caso precisar porque el artículo 214 del C.C.A. establece las llamadas pruebas en segunda instancia, las cuales pueden ser decretadas (i) cuando en la primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con la finalidad de practicarlas o de cumplir con el requisito que le falta para su perfeccionamiento, (ii) cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir la prueba ante el *a quo*, (iii) cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse por fuerza mayor o caso fortuito.

Adicionalmente, el artículo 188 del C.P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989, determina la obligación de aportar al proceso en copia auténtica las normas jurídicas de alcance no nacional, así como las leyes extranjeras. En esa medida, siendo que los cargos de ilegalidad endilgados a los actos acusados, descansan sobre el desconocimiento del Acuerdo Distrital, bien dijo el fallo que se revisa que al interesado le correspondía aportarlo o solicitarlo en el acápite de pruebas de la demanda, pues ello hace parte de su carga, sin que pudiera atribuirse tal falencia al juez de primera instancia por no decretarlo de oficio, pues la facultad oficiosa no está instituida para soslayar la obligación que en principio corresponde a las partes para sustentar sus pedimentos y alegaciones como lo consagra expresamente el artículo 177 *ibidem*¹.

En este orden de ideas, aplicando la normatividad en cita al caso concreto, considera la Sala en primer lugar que los documentos aportados en esta instancia por el apelante, no cumplen con los requisitos que dispone el artículo de referencia para ser valorados como una prueba en segunda instancia, dado que la accionante en ningún momento solicitó la práctica de ésta, ni mucho menos manifestó la imposibilidad de recaudarla.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la parte demandada no desconoce el contenido de la norma aludida, pues sustenta la contestación también en dicho acuerdo distrital, y dando prevalencia al derecho sustancial, y a un efectivo acceso a la administración de

¹ "ARTÍCULO 177 CARGA DE LA PRUEBA > Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

justicia, realizará el estudio de los cargos de la demanda teniendo en cuenta la disposición local aducida por las partes.

Marco Normativo y Jurisprudencial.

La Ley 14 de 1983 “*Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*”, sobre la liquidación del impuesto de industria y comercio dispuso:

“Artículo 33.- El Impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El Decreto 3070 de 1983 “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 14 de 1983 y se dictan otras disposiciones*”, estatuye:

“Artículo 7º.- Los sujetos del impuesto de industria y comercio deberán cumplir las siguientes obligaciones:

(...)

2. Presentar anualmente, dentro de los plazos que determinen las respectivas entidades territoriales, una declaración de industria y comercio junto con la liquidación privada del gravamen...”

De las normas descritas se colige que el impuesto de industria y comercio se liquida sobre los ingresos brutos mensuales del año inmediatamente anterior, es decir, que su causación es anual y su declaración también lo es.

Ahora bien, el Acuerdo 041 de 21 de diciembre de 2006, “*Por el cual se dictan disposiciones en materia de impuestos de Cartagena D.T. y C., se armoniza su administración, procesos y procedimientos con el Estatuto Tributario Nacional, se expide el Estatuto de Rentas Distrital o cuerpo jurídico de las normas sustanciales y procedimentales de los tributos distritales y se dictan otras disposiciones de carácter tributario*”, proferido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, estatuto en el cual se basa la administración distrital para imponer la sanción objeto de reproche en el asunto de marras, sobre la temática estudiada dice:

“ARTICULO 91: PERÍODO GRAVABLE, DE CAUSACIÓN Y DECLARABLE. – Por período gravable se entiende el tiempo dentro del cual se causa la obligación tributaria del impuesto de industria y comercio, el cual es anual.

Rad: 006-2010-00289-01
 Dte. Cargo Flash Ltda.
 Ddo: Distrito de Cartagena.

PARÁGRAFO.- A los contribuyentes que presenten voluntariamente la declaración privada del impuesto de Industria y Comercio y su complementario de Avisos y Tableros y sobretasa Bomberil, de manera bimestral y paguen la totalidad del impuesto dentro de de los plazos establecidos por la Administración Distrital, se les otorgará a manera de estímulo un descuento igual al índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE." (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 98: BASE GRAVABLE. – Se liquidará el impuesto de industria y comercio correspondiente a cada año, con base en los ingresos brutos del contribuyente obtenidos durante el período, expresados en moneda nacional." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

"ARTÍCULO 298. – SANCIÓN POR NO DECLARAR. – La sanción por no declarar dentro del mes siguiente al emplazamiento o a la notificación del auto que ordena inspección tributaria, será equivalente a:

1. En el caso de que la omisión de la declaración se refiera al impuesto de industria, comercio y avisos y tableros, al diez por ciento (10%) de las consignaciones o ingresos brutos del período al cual corresponda la declaración no presentada, o al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración presentada por dicho impuesto, la que fuere superior..." (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 342. – DECLARACIONES TRIBUTARIAS. – Los contribuyentes de los Tributos Distritales, deberán presentar las siguientes declaraciones, las cuales deberán corresponder al período o ejercicio que se señala:

(...)

- Declaración Anual de Impuestos de Industria y Comercio.*
- Declaración Bimestral voluntaria de Industria y Comercio..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Se desprende de los artículos en cita que el Acuerdo No. 041 de 2006, con base en la norma nacional estableció el recaudo del impuesto de industria y comercio y sus complementarios, el cual se liquidara cada año teniendo en cuenta los ingresos brutos del contribuyente obtenidos en el periodo anterior, así mismo, la omisión de esta declaración acarrea sanciones por no declarar equivalentes al 10% de las consignaciones o ingreso bruto del período al cual corresponda la declaración no presentada.

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

De otro lado, el contribuyente en este caso, tiene la posibilidad de presentar su declaración bimestral, la cual le otorgara un estímulo o descuento igual al IPC, pero en todo caso esta declaración no exime al contribuyente de presentar la declaración anual sobre este Tributo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 342 de dicho acuerdo, que consagra no solo la obligación de presentarla bimestralmente de manera voluntaria sino también anualmente.

En esa medida las normas del orden local, al igual que las del orden nacional, establecen la causación del impuesto de industria y comercio en periodos anuales, por lo tanto, la declaración de este tributo también está concebida para ser presentada en periodos iguales.

Al respecto, el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha señalado²:

“...que no le asiste razón al apelante en su argumentación, toda vez que del análisis de las normas invocadas, salta a la vista que si bien, éstas tratan el tema de cómo se determina la base gravable para el impuesto de industria y comercio, también es cierto, que en ellas consta y se infiere que su presentación debe hacerse anualmente, sin entrar a clasificar si son contribuyentes del régimen simplificado o común. En tales términos, el planteamiento de la parte demandada no está llamado a prosperar.

(...)

*Para la Sala, aparece de visu la infracción manifiesta de los actos acusados con las normas invocadas como vulneradas, toda vez que al establecerse en los actos acusados como período gravable del impuesto de industria y comercio para el régimen común cada bimestre, se transgrede de manera grosera y manifiesta el ordenamiento superior, toda vez que éste dispone que la **presentación de la declaración de dicho impuesto es anual**...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

En otra oportunidad, el Alto Tribunal expuso³:

“...el fundamento de la declaratoria de nulidad radicó en que el Concejo Distrital de Barranquilla no tenía facultades para modificar el período de causación del impuesto de industria y comercio en dicha jurisdicción.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de marzo de 2007, Exp. 16364 C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 05 de diciembre de 2011, Exp. 18398, C.P. William Giraldo Giraldo.

Lo anterior, por cuanto el literal b) del artículo 179 de la Ley 223 de 1995 facultó a los concejos municipales para adoptar únicamente las normas de administración, procedimientos y sanciones que eran aplicables a los tributos del Distrito Capital. Por tanto, como el período de causación del impuesto no se enmarca dentro de dichas regulaciones, por tratarse de un elemento de la obligación tributaria (base gravable), el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla no podía recoger los preceptos que en el Distrito Capital establecían que el período de causación del impuesto de industria y comercio era bimestral.
(...)

Para la Sala los fundamentos legales de la anulación no han desaparecido. Por lo tanto, no es procedente la reproducción de la norma anulada. En efecto, se observa que la Ley 14 de 1983, por la cual se fortaleció a los fiscos territoriales, establece en su artículo 33, y que el impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, es decir, que el período de causación del impuesto es anual..."
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

La jurisprudencia en cita, soporta aun más las anotaciones realizadas, referentes a la causación anual del impuesto de industria y comercio y el deber de los contribuyentes de presentar las declaraciones anuales del mismo.

En ese orden el Tribunal entra a revisar el acervo probatorio con el fin de verificar si la parte actora cumplió cabalmente el ordenamiento jurídico tributario.

Lo probado.

De conformidad con los argumentos planteados por la parte recurrente, la Sala encuentra probado que la actora presentó las declaraciones del impuesto de industria y comercio y sus complementarios durante los siguientes periodos:

- Noviembre – diciembre de 2007 en el formulación No. 2007 2 34540 por la suma de \$355.000 el día 21 de enero de 2008. (fl. 50)
- Septiembre – octubre de 2007 en el formulación No. 2007 2 34541 por la suma de \$278.000 el día 13 de noviembre de 2007. (fl. 51)
- Julio – agosto de 2007 en el formulación No. 2007 2 07196 por la suma de \$355.000 el día 13 de septiembre de 2007. (fl. 52)
- Mayo – junio de 2007 en el formulación No. 2007 2 07195, el día 4 de julio de 2007. (fl. 53)

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

- Marzo – abril de 2007 en el formulación No. 2007 2 68379 por la suma de \$311.000 el día 10 de marzo de 2007. (fl. 54)
- Enero – febrero de 2007 en el formulación No. 2007 2 64559 por la suma de \$298.000 el día 13 de marzo de 2007. (fl. 55)
- Noviembre – diciembre de 2006 en el formulación No. 2007 2 59234 por la suma de \$300.000 el día 11 de enero de 2007. (fl. 56)
- Septiembre – octubre de 2006 en el formulación No. 2007 2 35164 por la suma de \$285.000 el día 8 de noviembre de 2006. (fl. 57)
- Julio – agosto de 2006 en el formulación No. 2007 2 35163 por la suma de \$97.000 el día 08 de septiembre de 2006. (fl. 58)

Militan a folio 8-39, los actos acusados con sus correspondientes actas de notificación.

Análisis del Caso.

En atención a lo probado en el proceso y siguiendo el marco normativo y jurisprudencial desarrollado previamente, la Sala dando respuesta al problema planteado, considera sin mayor discusión que las pretensiones de la sociedad actora no están llamadas a prosperar como quiera que las declaraciones del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros y sobretasa bomberil presentadas por ésta de manera bimestral voluntarias no la eximía de la obligación de declararlas igualmente en forma anual tal como lo dispone la ley.

Pues a esta conclusión arrima la Sala al observar que las declaraciones allegadas al proceso, muestran con claridad que las mismas se efectuaron en periodos bimestrales y no anuales, por lo que, la decisión plasmada en los actos acusados se encuentra ajustada a derecho dado que la parte recurrente en ninguna de las etapas del proceso logró acreditar que para esos periodos había presentado las declaraciones anuales.

Conviene enfatizar que el Acuerdo Distrital, pese a contemplar la presentación voluntaria de la declaración del impuesto de industria y comercio de manera bimestral, con el fin de que quienes lo hagan puedan beneficiarse de un estímulo materializado en un descuento igual al índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior; tal circunstancia no exime al contribuyente de presentar la declaración anual de dicho tributo, de conformidad con lo preceptuado, no sólo en el artículo 342 del Acuerdo 041 de 21 de diciembre de 2006, sino en el Estatuto Tributario.

En esa medida se reitera que la presentación anual de la declaración del impuesto de industria y comercio no es una mera formalidad, sino que constituye una obligación sustancial, solo que la ley permite, como una opción del contribuyente, declarar y pagar

Rad. 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo. Distrito de Cartagena.

el tributo bimestralmente, con el propósito de obtener beneficios económicos, pero sin que desaparezca la obligación principal de la declaración anual.

Ahora alega la parte actora que los actos administrativos demandados se motivaron falsamente al afirmar que la sociedad demandante no presentó las declaraciones del impuesto de referencia.

En cuanto a esta causal de anulación, el Consejo de Estado ha precisado que *"(...)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad."*⁴

En ese orden al revisar los actos acusados en cita, esta Sala de Decisión encuentra que las afirmaciones hechas por la sociedad demandante en cuanto a la falsa motivación de los actos acusados no tienen asidero, ya que la Secretaría de Hacienda Distrital, expresó los motivos que fundamentaron las decisiones demandadas, los cuales corresponden a una concreta relación entre los hechos y las consideraciones jurídicas que le asistieron, de tal manera que lo resuelto corresponde a la realidad de los acontecimientos y es indudable que no existió falsa motivación.

Así las cosas y como quiera que los argumentos expuestos por la parte actora no están llamados a prosperar, este Tribunal considera que los actos acusados se encuentran ajustados al ordenamiento legal, en razón de que su expedición fue legal toda vez que otorgaron a la demandante las oportunidades legales para subsanar las omisiones y cumplir con su deber de declarar anualmente el impuesto industria y comercio, requiriéndola y emplazándola conforme lo indica la ley, y ante su omisión de efectuar las declaraciones anuales por las vigencias requeridas y su insistencia en el recurso de reconsideración de interpretar que podía elegir entre la declaración bimestral voluntaria y la anual obligatoria, procedió la parte demandada a proferir los actos acusados en el presente proceso. Por consiguiente y dado que se comparte la decisión final del juez de primera instancia, esta judicatura confirmara la sentencia de primera instancia,

De otro lado la Sala no condenará en costas en esta instancia, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la

⁴ Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.

Rad: 006-2010-00289-01
Dte: Cargo Flash Ltda.
Ddo: Distrito de Cartagena.

Ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del apelante, que implique un abuso del derecho de acceso a la administración de justicia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 23 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por secretaria, desglosar los alegatos de conclusión presentados por el apoderado del Distrito de Cartagena visible a folio 471-474 y anéxese al expediente correspondiente.

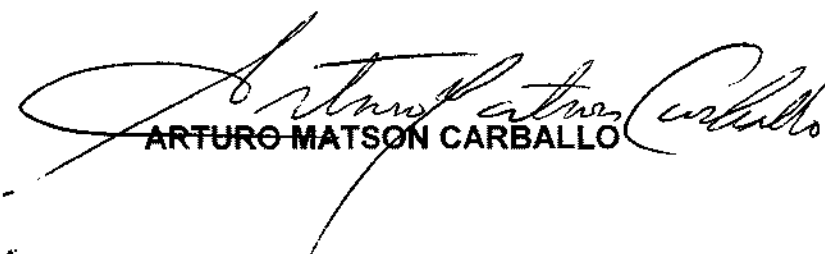
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

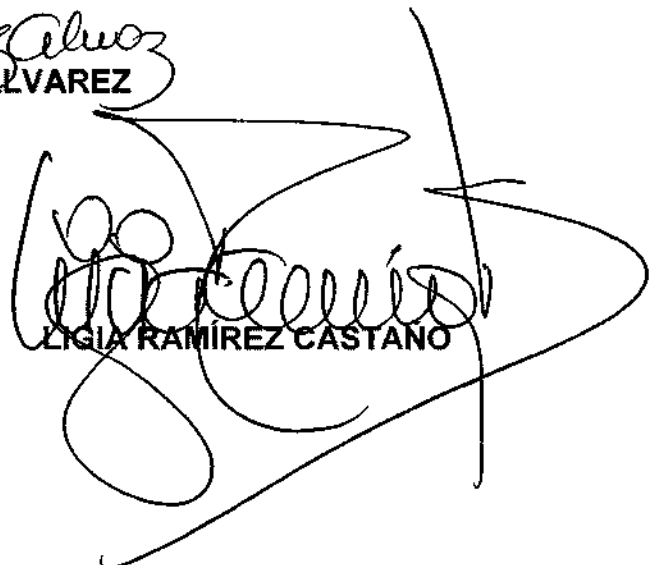
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

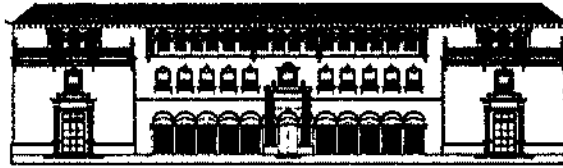
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0031
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ROBERTO RAMON DIAZGRANADOS MARTINEZ
DEMANDADO	: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA SECCIONAL BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2006-01391-00
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



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias, D. T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Sentencia de Primera Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13001-23-31-002-2006-01391-00
Clase de proceso : NULIDAD
Demandante : Roberto Ramón Díaz Granados Martínez
Demandado : Contraloría General de la República –Seccional Bolívar

Tema: Aplicación de teoría de móviles y finalidades- Caducidad de la acción.

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA 9537, emanado del Consejo Superior de la Judicatura y la Circular No. 013 de 2012 del Consejo Seccional de la Judicatura, procede a decidir la Acción de Nulidad Simple, interpuesta por el señor Roberto Ramón Díaz Granados Martínez contra la Contraloría General de la República- Seccional Bolívar.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor ROBERTO RAMÓN DÍAZ GRANADOS MARTÍNEZ, interpone demanda de nulidad simple contra la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA- SECCIONAL BOLÍVAR, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare la nulidad del acto administrativo donde se estableció la responsabilidad fiscal al demandante por la suma de \$62.640.197.00, cuya fecha ignora, así como los actos separables relacionados con la supuesta decisión que se señala en el proceso coactivo No. 518 y que corresponde al mandamiento de pago No. 420.

HECHOS

En resumen son los siguientes:

1. Narra el demandante que éste se desempeñó como Gerente Liquidador de la Empresa Electrificadora de Bolívar S.A., y que la Contraloría General de la

República, le ha seguido varios procesos fiscales, los cuales ya han sido dirimidos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar porque le aplicó para sancionarlo la Ley 610 de 2000, cuando aún ésta no se había dictado en la fecha en que ocurrieron los hechos.

2. Señala que se le adelanta proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva No. 518, cuyo mandamiento de pago es el No. 482, pero que desconoce los fundamentos fácticos de éste, debido que se dice que se fundamenta en una supuesta responsabilidad fiscal por la suma de \$62.640.197.00. Que dicha decisión no se le notificó al actor, por lo que afirma bajo la gravedad del juramento que desconoce el proceso de responsabilidad fiscal al que se refiere esa decisión.
3. Que el actor terminó la función de Gerente Liquidador, el día 15 de marzo de 2000, seis meses antes de que se dictara la ley que le aplican, actividad que no lo convirtió en servidor público, habiéndole sido encomendada la función de liquidador el día 15 de enero de 1999, por lo que la ley aplicable a cualquier autoridad que supuestamente violara las normas de carácter fiscal, lo era la Ley 42 de 1993 y no la Ley 610 de 2000, que sanciona al demandante.
4. Advierte que la Ley 153 de 1887, ha establecido, que se reconocieran los derechos adquiridos y las situaciones ya consolidadas, pues una cosa es el procedimiento y otra la potestad de naturaleza legal, que tendría el Estado para adelantar una investigación, en razón de circunstancias, que hayan surgido o que existan en virtud de normas anteriores: además señala que éste sería *la motivación legal, que orienta este libelo, que la Contraloría General de la República, en el proceso de ejecución de que hemos dado cuenta, afirma: " En cuanto al segundo punto, por disposición del artículo 67 de la Ley 610 de 2000, todas las investigaciones fiscales que a la fecha de entrar en vigencia esta nueva ley (18/08/2000) no se les hubiere decretado auto de apertura a juicio fiscal, debían ser adecuadas a dicha normatividad "-sic-, "por ello la Contraloría General de la República, no ha violado el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, como veremos después;*
5. Que la anterior decisión, es producida cuando se resolvía el memorial del actor que a su tenor rezó:

"...Es cierto que la Contraloría General de la República es una especie de ínsula, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de la constitución y la ley, pues la norma aplicable al suscrito, por los hechos ocurridos en los años de 1998 y 1999, habían prescrito, por mandato de la ley, y habían caducado por decisión de la Corte Constitucional, la que había expresado, que como existía norma aplicable para la ley vigente para esa época (42 de 1993) debía tenerse en cuenta, el término de caducidad establecido en dos (2) años, para los procesos de Reparación Directa".

6. Señala el actor, que una cosa es seguir los lineamientos de Ley 153 de 1887 y se adecuen los procedimientos a la nueva ley, y otra cosa, sería pretender que el ente demandado con la nueva ley reviva términos precluidos, para sancionar al ciudadano aplicando normas con carácter retroactivo, para asignarle responsabilidad, violando así el principio que establece que *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa..... y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Aduce el acto que con la expedición del Acto en cita, viola las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Art. 2 numeral 2, 6; Art. 13, 29, 89, 90, 92, 93, 124, 214 numerales 2 y 3; Art. 228, 229 y 230 de la Carta Política.

Legales: Art. 6 del Código de Procedimiento Penal; Ley 270 de 1996 mod. por la Ley 585 de 2000; Art. 66 aplicación análoga con el art. 6 del C.P.Penal (Ley 599 y 600 de 2000); Art. 2 de la Ley 610 de 2000.

Básicamente el demandante en su concepto de violación destaca que la Contraloría General de la República carece de funciones coercitivas para iniciar investigaciones sobre asuntos ya prescritos o que han sido materia de caducidad.

Así mismo, reitera que la demandada vulnera las normas del ordenamiento legal, como quiera que aplica para sancionar al actor una norma que no estaba vigente cuando ocurrieron los hechos.

Aduce que las normas aplicables al actor debían ser el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, por ser la Electrificadora de Bolívar en liquidación una empresa de servicios públicos.

Que muchos de los procesos fiscales que adelanta la Contraloría aparece un oficio suscrito por el señor Cesar Blanco Laguna, dirigido al señor Alfonso Vásquez Palacio, Coordinador (e) de Gestión de fecha 18 de junio de 2003, que titula:

"Depuración de Antecedentes pendientes de reparto, entre instructores de PRF – Oficio 80130-82134-317 y que tiene un título que denomina CADUCIDAD, el que expresa:

"Siendo que estos hechos fiscales hacen parte de la cuenta a rendir durante la vigencia de 2001 y teniendo en cuenta que se dieron antes del 18 de Agosto de 2000, el término para fenecerlas es de dos años contados a partir de su rendición Y LA CADUCIDAD DE DOS AÑOS A PARTIR DE SU FENECIMIENTO, estos hechos se considera que se

encuentran vigentes para abrir un proceso de responsabilidad fiscal y por lo tanto recomendando adelantarse una Indagación preliminar”

Finalmente para soportar aún más los argumentos de la demanda, el actor trae a colación diversas jurisprudencias de la Corte Constitucional. (fl. 1-18)

COADYUVANCIA

El representante legal de la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. a través de apoderado judicial (que es el mismo del demandante) coadyuva la demanda de referencia, señalando entre otros aspectos que *“el Dr. ROBERTO RAMÓN DÍAZ GRANADOS MARTÍNEZ, fue sancionado por la entidad Demandada con la tipificación denominada RESPONSABILIDAD FISCAL.*

Como resultado de esa sanción, la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A. TIENE INTERESES DIRECTO EN EL RESULTADO DEL PROCESO, ya que como consecuencia de ello se estableció responsabilidad por \$62.640.197.00 pagando efectivamente, la misma suma \$82.356.246.91 pues se habían generado intereses Fallo de Responsabilidad Fiscal de Julio 22 de 2004 No. 416- confirmado por el Auto 077 de febrero 23 de 2005 y que corresponde al proceso de Jurisdicción Coactiva No. 518...” (fl. 102-108)

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones del demandante en los siguientes términos a saber:

Expone que para que procediera el mandamiento de pago, se realizó el proceso de responsabilidad fiscal No. 420 del 30 de abril de 2004 del cual según los documentos allegados al proceso fue puesto en conocimiento a la apoderada del actor, Dra. Leonor Hernández Urueta, el día 4 de junio de 2004. Que los autos que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el fallo de responsabilidad fiscal fueron decididos el día 09 de septiembre y el día 4 de noviembre de 2004 fueron debidamente notificados como consta en el expediente que reposa en la Contraloría Delegada para Investigaciones Sede Central Bogotá.

Así mismo que el proceso de jurisdicción coactiva No. 518 con mandamiento de pago No. 214, el cual fue recurrido se resolvió con auto No. 482 de mayo 17 de 2006 y notificado el 31 de mayo del mismo año en la Gerencia Departamental de Bolívar al responsable señor Roberto Ramón Díaz Granados.

Que el actor no puede aseverar que no tuvo conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal No. 420 del 30 de abril de 2004, que fue el que dio lugar al mandamiento de pago No. 214 por la suma de \$62.640.197 que originó el proceso de jurisdicción coactiva No.

518; si éste conoció tanto el proceso como el mandamiento de pago del cual reitera fue notificado y agotó la vía gubernativa que confirmó lo resuelto en el fallo de responsabilidad fiscal.

Que no es cierto el desconocimiento alegado por el actor, cuando afirma una suposición del acto administrativo y la cuantía, toda vez que el acto administrativo es real, verídico y verificable y del cual el responsable y su apoderada tenían conocimiento.

Con relación a la violación de los derechos fundamentales del actor, agrega que estos fueron respetados por la Contraloría General de la República, actos administrativos debidamente notificados, dado que fueron recurridos dentro del término legal.

Que no hubo trasgresión a las normas alegadas, por cuanto todo el trámite del proceso se ciñó a los mandamientos legales que regulan la materia, tanto en la etapa preliminar como en la del correspondiente juicio, pues se dieron todos los pasos y se le otorgaron todos los medios de defensa al demandante conforme lo dispuso la ley.

Que el proceso de responsabilidad fiscal, objeto de debate judicial, se llevó a cabo de conformidad con las normas propias del proceso, regido por la Ley 610 de 2000, acreditándose la existencia del daño, de la conducta del implicado a título de culpa y el nexo causal por parte del señor Roberto Ramón Díaz Granados.

Excepción.

- ***Falta de precisión e individualización de los actos administrativos que se pretende se declare su nulidad – ineptitud de la demanda.***

Afirma que no existe precisión del acto administrativo que se demanda, debido que el actor presenta varias investigaciones por responsabilidad fiscal en la Dirección de Juicios Fiscales de la Gerencia Departamental Bolívar de la Contraloría General de la República y si es por la cuantía el fallo de responsabilidad fiscal fue objeto de recursos de reposición y apelación los cuales son demandables como lo establece el artículo 138 del C.C.A.

Que en la pretensión y en los hechos de la demanda se señala que se ignora la fecha del acto acusado y que es una supuesta decisión, por lo que se presenta una contradicción en esta afirmación ya que el acto administrativo o fallo de responsabilidad fiscal fue objeto de los recursos por parte de la apoderada judicial del actor. Además agrega que el actor dice bajo la gravedad de juramento que desconoce a qué proceso de responsabilidad fiscal se refiere la remitida decisión, lo que sin lugar a dudas no explica cómo interpusieron los recursos de ley y presentaron dentro del término legal los alegatos en el desarrollo de la investigación llevada a cabo por la Contraloría General de la República; solicitando que se profiriera el archivo del proceso de responsabilidad fiscal llevado contra el demandante y a su vez se declarará la nulidad del Auto de Imputación. (fl. 81-97)

ALEGATOS

Por parte del Demandante.

Se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda; pero además solicita que no se tengan en cuenta los testimonios recibidos en el proceso, como quiera que se traten de sospechosos por ser funcionarios de la entidad demandada. (fl. 159-161)

Por parte del Demandado.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (fl. 164-180)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el señor Procurador Judicial delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, no rindió concepto. (fl. 158 al reverso)

ACTUACIÓN PROCESAL.

En el presente asunto, la demanda fue admitida mediante providencia de fecha 15 de febrero de 2007. (fl. 76).

Luego, el proceso se fija en lista el día 23 de abril de 2007. (fl. 76 al reverso)

Por auto del 4 de septiembre de 2007, se acepta la coadyuvancia solicitada por la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. (fl. 116)

Mediante auto del 8 de septiembre de 2008, se abre a pruebas el proceso. (fl. 126-127) y a través de providencia adiada 30 de noviembre de 2009, se corre traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 158).

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, entra a Sala el expediente para resolver de fondo el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el Inciso 1 del Artículo 132 del C.C.A.

Acto Acusado

Se demanda la nulidad del acto administrativo donde se estableció la responsabilidad fiscal al señor ROBERTO RAMÓN DIAZ GRANADOS por la suma de \$62.640.197.00,

cuya fecha ignora, así como los actos separables relacionados con la supuesta decisión que se señala en el proceso coactivo No. 518 y que corresponde al mandamiento de pago No. 420.

Cuestión Previa.

Antes de abordar el estudio del presente asunto, se advierte que la parte demandada en su escrito de contestación, propuso como excepción la **Falta de precisión e individualización de los actos administrativos que se pretenden anular – ineptitud de la demanda.**

Soporta lo anterior, bajo el argumento de que el demandante no precisó cuál es el acto administrativo que demanda debido que éste (actor) presenta varias investigaciones por Responsabilidad Fiscal en la Dirección de Juicios Fiscales de la Gerencia Departamental de Bolívar de la Contraloría General de la República y que si es por la cuantía del fallo de responsabilidad, éste fue objeto de recurso de reposición y apelación, los cuales son demandables tal como lo establece el artículo 138 del C.C.A.

La Sala por su parte, considera pertinente no emprender en primer lugar el análisis formal de esta excepción, hasta tanto determine si la acción escogida por el libelista es la adecuada para enjuiciar la legalidad de los actos que pretende anular; como quiera que de prosperar la acción elegida por éste, se produciría un restablecimiento automático del derecho; hecho que no encaja en la finalidad de esta acción.

En ese orden a su juicio habrá que resolver el siguiente interrogante:

Problema Jurídico.

¿Existe una indebida escogencia de la acción por parte del actor al someter a juicio el acto administrativo que le señaló su responsabilidad fiscal por la suma de \$62.640.197.00, proferido por la entidad demandada? De ser así, corresponderá a la Sala interpretar la acción escogida por el actor con base en los presupuestos legales que ella comporta, atendiendo a la teoría de móviles y finalidades trazadas por la jurisprudencia.

Análisis del Caso.

En el caso bajo estudio, el actor impetró demanda de nulidad simple, tendiente a obtener la nulidad absoluta del acto administrativo donde la entidad demandada estableció responsabilidad fiscal y le impuso multa por valor de \$62.640.197.00.

Para dar soporte a lo anterior, el actor básicamente argumenta que desconoce la decisión adoptada por la demandada en dichos actos administrativos, dado que la decisión de tal cuantificación no le ha sido notificada por lo que se violan sus derechos fundamentales

que le impiden incoar la acción de nulidad y restablecimiento ante la duda que se considere que fue materia de caducidad.

Pues bien, la Sala sobre el presente asunto colige lo siguiente:

El artículo 84 del C.C.A. predica que la acción de nulidad, la podrá presentar toda persona por sí, o por medio de representante, con el objeto de que se declare la nulidad de los actos administrativos, cuando éstos infrinjan las normas en que debían fundarse, cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

De manera que la finalidad de esta acción es tutelar el orden jurídico trasgredido por el funcionario u organismo del Estado que profirió dicho acto administrativo. Esta acción tiene entre otras una particularidad que la hace diferente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, existente también en nuestro ordenamiento, como es la referente a la característica del acto expedido por la administración pública, es decir, tratándose de la acción de nulidad, ésta ataca la legalidad de los actos administrativos de interés general, mientras que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en principio está concebida para enjuiciar los **actos de interés particular**; así mismo, la acción de nulidad por buscar prevalecer la defensa de la legalidad de los actos administrativos en general, puede ser ejercida en cualquier tiempo sin que opere ningún fenómeno jurídico que obstaculice al operador judicial competente ejercer control sobre el respectivo acto, a diferencia de la acción de nulidad y restablecimiento que el ordenamiento le otorgó un término prudencial, para que el particular afectado con la decisión del acto ejerza todos los mecanismos judiciales para controvertir dicha decisión, en este caso el afectado tiene cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente de la notificación del último acto para acudir a las instancia judicial, con el objeto de resarcir su derecho trasgredido (No. 2 del art. 136 del C.C.A.).

Sobre el particular la H. Corte Constitucional¹ señaló:

“La acción de nulidad, de larga tradición legislativa (ley 130 de 1913) y jurisprudencial en nuestro medio, tiene como finalidad específica la de servir de instrumento para pretender o buscar la invalidez de un acto administrativo, proveniente de cualquiera de las ramas del poder público, por estimarse contrario a la norma superior de derecho a la cual debe estar sujeto. A través de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u

¹ Corte Constitucional. Sentencia No C-513 de 1994. Mp. R. Antonio Barrera Carbonell

órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente.

...

La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238)".

Como colorario de todo lo dicho, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta institucionalizada para conocer todas aquellas controversias que se originen sobre el estudio de legalidad de los actos proferidos por la administración, cuando se den las situaciones previstas en el artículo 84 del C.C.A.

Adicionalmente la acción de nulidad no conlleva un restablecimiento del derecho para el particular que ejerce la acción, sino que obtenida ésta se privilegia la defensa del ordenamiento jurídico.

Con base en lo descrito, la Sala advierte que en el sub lite, el actor pretende la nulidad del acto acusado (que dicho sea se desconoce) por presunta violación a sus derechos fundamentales; no obstante, es menester destacar que de llegarse a demostrar la ilegalidad del acto cuestionado, de manera automática habría un restablecimiento del derecho, como quiera que se retiraría del ordenamiento jurídico el acto administrativo que declaró la responsabilidad fiscal del actor y en consecuencia no se haría exigible la sanción impuesta por la demandada en el proceso fiscal.

Es por ello, que la acción escogida por el demandante en este caso para enjuiciar la legalidad del mencionado acto administrativo, a juicio de la Sala no es la adecuada, en primer lugar porque se trata de un acto de contenido particular, que afecta única y exclusivamente la situación concreta del demandante como es el hecho de que al parecer fue sancionado por la demandada en un proceso de responsabilidad fiscal que terminó con una multa por la suma de \$ \$62.640.197.00; Así mismo, porque pese a que en el introductorio no se solicitó de forma expresa un restablecimiento del derecho, no cabe la menor duda para la Sala, que de prosperar la pretensión del actor, habría un eventual restablecimiento automático de su derecho toda vez que la finalidad del libelista es que se anule todo el proceso de responsabilidad y en consecuencia se le exonere del pago de la sanción impuesta.

En ese orden, claramente encuentra esta judicatura que el interés que se pretende amparar por esta acción es de índole subjetiva, sin que se vislumbre un interés público general y superior de las pretensiones propuestas, máxime si de la lectura de la demanda se infiere que esta es de contenido particular.

Bajo estos argumentos, la acción de nulidad simple no era la vía procesal idónea para atacar judicialmente el acto administrativo; conclusión que se desprende de la simple revisión de las pretensiones de la demanda, las cuales están encaminadas a obtener un restablecimiento automático; siendo lo procedente para el demandante ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), puesto que es la que conviene de acuerdo con la ley y los intereses presuntamente lesionados, la cual en este caso no pierde su identidad porque se haya interpuesto la acción de nulidad simple que obedece a otra finalidad y tiene otras características.

En efecto, lo primero que se debe resaltar es que la acción interpuesta por el señor ROBERTO RAMÓN DÍAZ GRANADOS, no debe dársele el alcance del artículo 84 del C.C.A. sino del artículo 85 C.C.A.

Así las cosas, la Sala, descenderá a efectuar el correspondiente análisis, alrededor de la teoría de los móviles y las finalidades, pues considera la viabilidad de que se interprete la presente acción dentro del marco del contencioso subjetivo: - acción de nulidad y restablecimiento del derecho; otorgándole el tratamiento que la naturaleza de la acción impone imprimirle.

De la aplicación de la teoría de los motivos y las finalidades.

La teoría de los móviles y finalidades adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha sido reiterada por las distintas Secciones de esa Corporación, según la cual, cualquiera de las acciones que se intentan ante lo contencioso administrativo depende de los motivos y las finalidades de quien demanda, así como del alcance del acto que se acusa.

Así, si los motivos del actor están relacionados con la existencia de un acto definitivo que viola normas jurídicas superiores, y acciona con la finalidad de mantener incólume el orden jurídico superior, será viable la acción de simple nulidad, por el contrario, si los motivos del demandante están determinados por la existencia de un acto que además de vulnerar el ordenamiento jurídico lesiona un derecho de carácter subjetivo, la acción pertinente será la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Veamos; el máximo Tribunal² ante esta jurisdicción ha establecido:

“es viable dar aplicación a la teoría de los móviles y finalidades, adecuando la acción a la procedente, esto es, no es la de simple nulidad propuesta, sino la de nulidad y

2 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009) Radicación número 11001-03-25-000-2007-00033-00(0679-07) Actor: Guillermo Barona SOSA Demandado: Ministerio del Interior y de Justicia.

restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 de la codificación contenciosa administrativa, la pertinente para el estudio de legalidad del acto acusado.”

La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de marzo de 2003, M. P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Exp. No.: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030), Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR-, aplicando la teoría de los motivos y las finalidades de los actos administrativos, determinó que,:

*“El acto acusado es la Resolución No. 0074 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual el Secretario General del Ministerio de Agricultura reconoció a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - ASOFUC- personería jurídica. **Se trata, de un acto de contenido particular que tiene que ver con el reconocimiento de personería jurídica a una asociación privada sin ánimo de lucro, respecto del cual cabe, como lo señala el propio acto, el recurso de reposición ante el Ministerio de Agricultura, de donde se colige que el acusado es un acto de contenido particular, susceptible de agotamiento de la vía gubernativa... El acto acusado creó, entonces, una situación jurídica de carácter particular, no pasible, según la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, de la acción de simple nulidad, razón por la cual, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, la acción incoada por la actora se interpretó como de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, el reconocimiento de personería jurídica de una asociación de carácter privado, no es uno de esos actos calificados por la ley como susceptible de ser atacado por medio de la acción de simple nulidad, ni tampoco dicho acto comporta “... un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos”, que merezca el tratamiento del contencioso objetivo...”***

Igualmente se rescata reciente pronunciamiento, donde ha sido el mismo Consejo de Estado³ quien ha dicho:

“esta Corporación ha sostenido que, en principio, la acción adecuada para controvertir los actos de naturaleza particular y subjetiva es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A.; salvo, que lo pretendido a través de la acción sea la búsqueda de un interés público general y

3. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B" Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011) Radicación número. 11001-03-25-000-2010-00061-00(0628-10) Actor Raimundo José González Baena Demandado Ministerio De Defensa - Policía Nacional.

superior, en los términos que a continuación se procede a referir... La jurisprudencia actual del Consejo de Estado, aunque en principio advierte que no es procedente la acción de simple nulidad contra los actos de contenido particular y concreto, acepta su admisión siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que comporte un interés para la comunidad de alcance nacional e incidencia trascendental para la economía, desarrollo y bienestar social. 2. Que afecte a un gran número de personas “,

En ese orden, atendiendo la teoría de los móviles y las finalidades, y en la medida en que el acto que se acusa no es susceptible de la acción contenciosa objetiva sino de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo procedente será, en el sub lite dar el trámite respectivo, bajo el presupuesto de la presentación de ésta última acción, que como se sabe, a diferencia de la de simple nulidad, le impone al operador judicial verificar si el acto acusado es sujeto de control jurisdiccional y si se encuentran debidamente individualizados; así mismo, si se encuentra dentro el término para su presentación. Veamos:

Del Acto Acusado.

En atención a lo desarrollado previamente y que se reitera en este capítulo; el libelista solicita la nulidad del acto administrativo donde se le estableció responsabilidad fiscal e impuso sanción por valor de **\$62.640.197.00**; Así como de los actos separables relacionados con esta supuesta decisión que se reflejan en el proceso coactivo No. 518 y que corresponde al mandamiento de pago No. 420 librado al actor. Proceso que afirma desconocer.

No obstante la Sala encuentra pertinente advertir en este contexto, que la parte demandada en oposición a lo solicitado por la actora y a los hechos que sustentan dicho introductorio; propuso como excepción de fondo **la falta de precisión e individualización de los actos administrativos que pretende se declare su nulidad – Ineptitud de la demanda.**

Soporta dicha excepción, con base en que no existe precisión alguna al señalar el acto administrativo que se demanda ya que el actor presenta varias investigaciones por responsabilidad fiscal y si el fallo de responsabilidad fue objeto de recurso de reposición y apelación que debieron igualmente ser demandados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 del C.C.A.

De la misma manera agrega que existe una contradicción en los argumentos del demandante dado que el fallo de responsabilidad al que hace referencia el actor y que supuestamente desconoce, fue objeto de recurso de reposición y apelación por parte de la apoderada de éste; por lo que no se explica como afirman bajo la gravedad de

juramento que desconoce el proceso de responsabilidad fiscal si interpusieron los recursos de ley.

Pues bien; considera la Sala que en el sub lite, la mencionada excepción no está llamada a prosperar, como quiera que pese a que el actor no individualizó con absoluta precisión los actos acusados, si expuso elementos que permiten su identificación inequívoca, pues indicó el proceso sobre el cual se exige el cumplimiento de la obligación contenida en el fallo de responsabilidad fiscal No. 86131-02526 del 23-04-00 a través del cobro coactivo No. 518 y del que se libró orden de pago No. 420; por lo que, contrario a lo estimado por la demandada, aunque el actor presentara varias investigaciones por responsabilidad fiscal ante dicha entidad, en este caso suministró características que permiten establecer con claridad los actos administrativos que busca anular y en consecuencia obtener su restablecimiento del derecho

En virtud de lo anterior, a pesar de no haberse redactado la demanda con la mejor técnica, en aras de garantizar el acceso a la administración a la administración de justicia, se realizará el análisis del cargo único esgrimido en la demanda, para lo cual, en primer término, deberá precisar que en el aludido proceso de responsabilidad se profirió fallo No. 86131-02526 del 23-04-00 que condenó al actor al pago de la suma de \$62.640.197. (fl. 615-6.37 Cdo. No. 4)

Que sobre el mencionado fallo, la apoderada del actor interpuso (reposición y apelación fl. 647-655 ibídem) los recursos de ley, los cuales quedaron resueltos a través del Auto adiado el día 09 de septiembre de 2004 y el Auto No. 567 del 04 de noviembre de 2004, respectivamente que confirmaron la decisión inicial. (fl. 666-699; 694-719 ibídem)

Así mismo, que mediante Edicto No. 858 del 15 de diciembre de 2004, se notificó a las partes el recurso de apelación, contenido en el Auto No. 567 de fecha 04 de noviembre de 2004. (fl. 718-719 ibídem). Por consiguiente, el fallo de responsabilidad fiscal No. 420 quedó debidamente ejecutoriado el día 06 de enero de 2005 (fl. 733 ibídem)

Pues bien; como ya quedó establecido, contrario a lo esgrimido en la demanda, se advierte sin el menor esfuerzo que las diferentes actuaciones desarrolladas en el proceso de responsabilidad fiscal, le fueron notificadas al actor directamente o a través de su apoderada judicial, lo que deja sin piso el cargo principal de violación al debido proceso en que basa la pretensión de nulidad. No obstante; como quiera que revisadas las actuaciones, se obtuvo certeza de la notificación de los actos acusados, es menester para esta Corporación dejar sentado que respecto de los mismos, la demanda se interpuso de manera extemporánea, como pasa a explicarse seguidamente.

Caducidad.

La caducidad debe entenderse como un fenómeno procesal que se presenta como consecuencia del vencimiento del término fijado en la ley para entablar la correspondiente demanda en ejercicio de una determinada acción. Se erige sobre el principio de seguridad jurídica, y de ahí que encuentre su sustento como una figura eminentemente objetiva que determina la oportunidad para intentar la acción con la cual se pretende sacar adelante derechos presuntamente socavados. Se resalta su carácter irrenunciable, pues aún en contra de la voluntad del titular del derecho de acción, el mero paso del tiempo impide el ejercicio de la acción, condicionándose así, a un margen temporal el acceso a la administración de justicia.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, consagra diferentes términos para intentar las acciones y sanciona su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, el numeral 2° dispone, sobre el término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

"2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe."

De la norma anterior se desprende que la ley consagró, un término de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo que se considera nulo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual, vencido, no será posible solicitar la declaratoria de nulidad del acto, porque habrá operado la caducidad.

Aterrizando al caso sub examine y teniendo cuenta lo desarrollado previamente, la Sala observa que sobre la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho operó la caducidad de la acción, toda vez que el fallo de responsabilidad fiscal No. 420 quedó ejecutoriado el día 06 de enero de 2005, y teniendo en cuenta el término establecido en la norma sustancial, el actor contaba con el término de cuatro meses siguientes a la notificación y/ejecutoria del acto administrativo para impetrar la correspondiente acción contenciosa.

En esa medida al revisar la demanda y los actos que se buscan enervar, se aprecia sin mayor discusión que el introductorio se interpuso el día 5 de septiembre de 2006, es decir, cuando ya había operado el fenómeno jurídico de caducidad de la acción por haber transcurrido más de los cuatro (4) meses que dispuso la ley para enjuiciar la legalidad de

dichos actos administrativos, que se reitera quedó ejecutoriado el día 06 de enero de 2005.

Otras decisiones.

Siendo la caducidad de la acción, uno de los denominados presupuestos procesales que deben atenderse a la hora de determinar el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa, la presentación inoportuna de la respectiva demanda conduciría a su inicial rechazo o, en este estado del proceso, a un fallo inhibitorio.

Sin embargo, estima la sala que en virtud de los principios de economía y eficacia, que por mandato de la Constitución y de las Leyes 274 de 1996 y 1285 de 2009, han de regir la administración de justicia, debe emitirse en este proceso un fallo de fondo, denegatorio de las pretensiones de la demanda, fundado en la inoportunidad del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto acusado.

En ese sentido, el fallo inhibitorio⁴, que conduciría a dejar las puertas de la administración de justicia, abiertas al presente debate judicial, sería inocuo, antieconómico e ineficaz, pues es palmario que la parte actora, precisamente por no haber hecho uso a tiempo del medio de control que tenía a su alcance, no podrá incoar nuevamente la acción ejercida; de manera que, frente a una administración de justicia que debe evitar a todas luces inhibirse, obligada a prevenir su congestión y llamada a ser eficaz, no resulta congruente dejar de proferir un fallo de mérito como el que se dictará.

Al respecto, si bien en torno a los efectos procesales de la caducidad de la acción ha habido opuestas posiciones jurisprudenciales, se considera que el fallo de fondo se impone por tratarse de una excepción de mérito como la cosa juzgada y en aras de aplicar los aludidos principios, con asidero en razonamiento jurisprudencial que se cita⁵.

En consecuencia, el Tribunal en este caso declarará de oficio la excepción de caducidad de la acción y se denegaran las pretensiones de la demanda, bajo el entendimiento, que en el caso concreto la acción de simple nulidad no era la vía judicial indicada para solicitar la nulidad del acto administrativo demandado, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁴ Sentencia C-666/96. Los fallos inhibitorios han de ser excepcionales, conforme a la doctrina vigente de la Corte Constitucional, quien ha señalado que *..la inhibición, aunque es posible en casos extremos en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella*

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 26 de abril de 2006, radicación número 2001-23-31-000-1997-00342-01 (15306) Actor Sociedad Agrícola y Ganadera Granados y Sandoval Ltda "Por lo tanto, si se encontro que tuvo ocurrencia real el hecho jurídico de la caducidad de la acción, debió no solo mencionarse en la parte motiva, sino también declararse en la resolutive, que implica que el fallo no es inhibitorio. Tanto es así, que el demandante no puede volver a proponer nueva demanda entre las mismas partes, los mismos hechos e idéntico objeto. Lo anteriormente dicho tiene fundamento en otra previsión de Ley, según la cual la caducidad de la acción es excepción de fondo (artículo 97 último inciso C P C). El artículo antes citado es claro en indicar que ese hecho constituye por su naturaleza una excepción de fondo, aunque en el proceso civil se puede promover como excepción previa al decir "También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción ..."

Por otro lado, la Sala no condenará en costas, 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.

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: DECLARASE probada la excepción de caducidad de la acción, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones esgrimidas en la parte considerativa.

TERCERO: Sin costas

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, devuélvase el remante si hubiere.

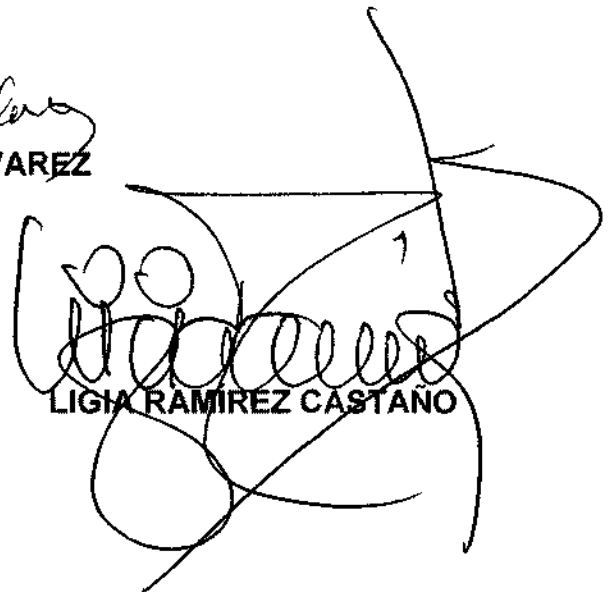
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0032
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JUAN MANUEL MONTES FARA
DEMANDADO	: E-S-E JOSE PRUDENCIO PADILLA Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2006-00028-01
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 BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrada Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-33-31-008-2006-00028-01
Demandante : JUAN MANUEL MONTES FARA
Demandado : E.S.E JOSE PRUDENCIO PADILLA Y OTROS

Tema: Convención colectiva no es aplicable a empleados públicos que antes de la escisión del ISS eran trabajadores oficiales.

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 P.SAA12-9524 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 2 de mayo de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

"1.- Que se declare la nulidad de la resolución No.000702 del 22 de Mayo de 2006, notificada personalmente el 14 de Junio de 2006, "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización por supresión un cargo en la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla"

2.- Que se declare la nulidad de la Resolución No.000525 del 22 de Mayo de 2006, notificada personalmente el 14 de Junio de 2006, "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla"

3.- Que como consecuencia de lo anterior se restablezca al doctor JUAN MANUEL MONTES FARA en su derecho, mediante la adecuada liquidación y pago de su indemnización por supresión de su cargo y de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales por parte de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION (antes EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSE PRUDENCIO PADILLA), de conformidad con lo argumentado en la presente demanda y concretamente en la forma como se detalla a continuación:

3.1- Que la liquidación de la indemnización por supresión del cargo del doctor JUAN MANUEL MONTES FARA, se haga conforme al artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDADSOCIAL, considerando lo ordenado por el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con la Sentencia C-314 de Abril 1 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional.

3.2- Que la liquidación de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación del doctor JUAN MANUEL MONTES FARA se hagan conforme al título tercero y título quinto de la Convención Colectiva de Trabajo enunciada anteriormente, incluyendo las causadas y no pagadas desde el 1 de Noviembre de 2004, tal como se argumenta en la presente demanda.

4.- Que se condene en costas a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN (antes EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSE PRUDENCIO PADILLA).

1.2. HECHOS

Afirma el actor que, para el 26 de junio de 2003, se encontraba vinculado laboralmente al Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajador oficial, prestando sus servicios

en el Instituto de Seguros Sociales de la ciudad de Cartagena, por lo que era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el mencionado instituto y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

Sostiene que el 26 de junio de 2003 se expidió el Decreto 1750 "Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado", sobre cuya constitucionalidad se pronunció la Corte Constitucional en sentencias C-349 y C-314 de 2004, dispuso que la Convención Colectiva vigente entre el ISS y sus trabajadores al momento de la escisión, se tenía que seguir aplicando a los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas, entre la ellas la ESE demandada.

Resaltó que, la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL, para el periodo de 1 de noviembre de 2001 a 31 de octubre de 2004, no fue denunciada por ninguna de las partes, dentro del término legalmente señalado para tal fin, en los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto, la misma se entiende prorrogada automáticamente por un periodo de seis (6) meses y así sucesivamente.

Planteó el actor que, fue incorporado automáticamente, sin solución de continuidad, en la planta de personal de la ESE José Prudencio Padilla, en calidad de empleado público.

Señaló que, la ESE José Prudencio Padilla a partir del 26 de junio de 2003 dejó de cancelar al demandante, los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo, así como los intereses de las cesantías correspondientes.

Manifestó que, mediante Resolución de 5 de enero de 2005, la E.S.E. JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, reconoció al demandante el pago de los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo, dejados de cancelar durante el periodo comprendido entre el 26 de Junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, por una sola vez, dándole así una interpretación errónea a la sentencia C – 314 de 1 de abril de 2004.

Afirmó que, el cargo desempeñado por el actor –Médico Especialista código 3120 grado 22-, fue suprimido, por lo que el mismo fue desvinculado de la entidad demandada, a partir del 30 de abril de 2006. Como consecuencia de lo anterior, el Gerente de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, profirió la Resolución No. 000702 de 22 de mayo de 2006, *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización por supresión de un cargo en la Empresa Social del Estado José*

Prudencio Padilla en Liquidación” y la Resolución No. 000525 de la misma fecha, “*Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla*”, pero en dichos actos no se tomó como fundamento la tabla de indemnización de la Convención Colectiva de Trabajo.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Constitución Política: Preámbulo, artículos 25 y 53.

Código sustantivo de trabajo: artículos 467, 478 y 479.

Sentencias C-314 y C-349 de 2004.

El concepto de violación formulado por la parte actora puede resumirse así:

Violación directa de la ley

Los actos administrativos demandados violan la Constitución Política de Colombia en sus artículos 25 y 53, por falta de aplicación y aplicación indebida.

Falsa Motivación

Considera que es falsa la motivación del acto acusado, pues considera que la indemnización por supresión del cargo y la liquidación de las prestaciones sociales y otros derechos laborales no se hizo conforme a la convención que se encontraba vigente al momento de la supresión.

Desvío de poder

Manifiesta que el Gerente de la ESE José Prudencio Padilla incurrió en una actuación arbitraria al determinar la forma en la que pagaría la indemnización por supresión del cargo y liquidación de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales.

2. LA DEFENSA

La ESE José Prudencio Padilla, contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. (Fls.126-135).

Como razones de defensa, manifestó que a la parte demandante no le asiste el derecho a obtener el pago de los derechos patrimoniales invocados en la demanda, por no darse los requisitos necesarios para el efecto dentro de los que se resalta de manera protuberante la inexistencia de la relación laboral entre la actora y la demandada.

Adicionalmente, propuso las excepciones de caducidad de la acción, prescripción, pago, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir y cobro de lo no debido.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 2 de mayo de 2013, el Juzgado Sexto Administrativo de del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo la tesis que resulta improcedente reconocer derechos convencionales, posteriores a la fecha de terminación de la convención colectiva de trabajo, toda vez que esta perdió su vigencia el día 31 de octubre de 2004, y que la ESE José Prudencio Padilla, no fue signataria de esta convención colectiva; teniendo en cuenta además, la imposibilidad legal de ser signatario, de acuerdo a lo normando en el decreto 1750 de 2003, los servidores públicos de la ESE regentan la calidad de empleados públicos, sobre los cuales existe una expresa prohibición legal de negociar convenciones colectivas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 416 del Código Sustantivo del trabajo.

Finalmente señaló que el actor no está dentro del supuesto de hecho, por lo tanto no es posible aplicarle las normas convencionales solicitadas para la liquidación de sus prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnización por supresión de cargo hecha en los actos acusados.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación¹ contra la sentencia de 2 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, manifestando entre otros, los siguientes motivos de inconformidad:

“Con base a la normatividad anterior se fundamentó el caso sub lite, aduciendo la violación de todas las normas superiores que se citan en el libelo por los actos acusados, toda vez que, se alegó y probó que el demandante en su condición de vinculado laboral del ISS y como miembro de su sindicato gozaba de los privilegios convenidos en el pacto de trabajo que celebró el sindicato con esa entidad pública.

En contravía de las afirmaciones de la demanda, la parte demandada, no aporta prueba en contrario que desmintiera los hechos en que esta se fundamenta, es decir, no probó que MONTES FARA el demandante, no era

¹ Folio 414 a 422

miembro de SINTRASEGURIDADSOCIAL, a su vez, no probó que dicho convenio hubiese desaparecido del universo jurídico por denuncia que se hubiese efectuado bajo la prescripción del ARTICULO. 479 del C.S.T.

Por todo lo expuesto, la realidad probatoria a los fines de sentenciar era y es que la vigencia del derecho convenido en el pacto celebrado entre SINTRASEGURIDADSOCIAL Y EL ISS, lo cual a la luz de una desprevenida lectura de los actos acusados no se dio dentro de los precisos de dicho pacto, ni así fue aceptado por el despacho de primer grado ente judicial que auspició la posición defensiva del demandado en el fallo apelado.”

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante no presentó alegatos.

La parte demandada presento sus alegatos mediante escrito visible a folio 443 a 449, en el que básicamente se ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

No rindió concepto.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 30 de septiembre de 2013 se admitió el recurso de apelación.

El 30 de octubre de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 429).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 13 de octubre de 2006, 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 del Código Contencioso Administrativo, siendo que el acto que se acusa fue notificado el 14 de junio de 2006.

3. ACTOS ACUSADOS

En el presente caso, se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 000702 de 22 de Mayo de 2006, notificada personalmente el 14 de Junio de 2006, "Por medio de cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización por supresión de un cargo en la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla.
- Resolución No. 000525 de 22 de Mayo de 2006, notificada personalmente el 14 de Junio de 2006, "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla".

4. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar, si al demandante le son aplicables los parámetros de la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL en el año 2001 y vigente hasta el 31 de octubre de 2004, para efectos de ordenar el reconocimiento, la reliquidación y el pago de la indemnización por supresión del cargo, prestaciones sociales y demás acreencias laborales, por parte de la entidad demandada.

5. TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia de fecha 2 de mayo de 2013, teniendo en cuenta que el actor tenía derecho a que se le aplicara la convención colectiva entre julio de 2003 y octubre de 2004, pero no después de esa fecha, toda vez que éste dejó de ser trabajador oficial del ISS, para convertirse en empleado público de la ESE José Prudencio Padilla; y atendiendo a tal calidad, se restringe para éste la aplicación de los beneficios de la Convención.

6. ANÁLISIS DEL CASO.

Para resolver el problema jurídico planteado, resulta necesario hacer las siguientes precisiones:

(I) Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas.

El derecho a la negociación colectiva fue consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

*“Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señala la ley.
Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo”.*

Por su parte, el artículo 416 del C.S. del T. dispone:

“Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no pueden declarar o hacer huelga”. (Negrilla fuera de texto)

Mediante Sentencia C-1235 de 2005, la Corte Constitucional al hacer un análisis sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, consideró que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no riñe con el ordenamiento jurídico superior, en la medida en que la negociación colectiva no se identifica con dichos institutos, sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que sí pueden ser utilizadas por los empleados públicos. De esta forma, expresó la Corte, se deben buscar mecanismos de concertación que permitan equilibrar la tensión existente entre el derecho de los empleados públicos de intervenir en las decisiones que afectan su ejercicio laboral, por un lado; y, la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas en el orden nacional y territorial, para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria.

De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, ya que no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Sin embargo,

tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos.

(II) De la naturaleza de la vinculación de los trabajadores del ISS y las Empresas Sociales del Estado

El Instituto de Seguros Sociales fue creado en el año 1946, a través de la Ley 90 de 26 de diciembre del mismo año, como una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, con el objeto de dirigir y vigilar los seguros sociales², los cuales fueron señalados por el artículo 1º para cubrir los siguientes riesgos: enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez y vejez; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y, muerte.

Los trabajadores vinculados a dicha entidad, a su turno, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, ostentaron la condición de trabajadores particulares. Posteriormente, a través del Decreto 433 de 27 de marzo de 1971³, se dispuso que el ISS era una entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social⁴. Dicho cambio de naturaleza generó, con la expedición del Decreto 1651 de 1977, la existencia en dicha institución de una categoría especial de empleados denominados "*funcionarios de la seguridad social*", correspondientes a aquellos que desempeñaran cargos asistenciales y administrativos⁵.

En el año 1992, se dio otro cambio fundamental en la naturaleza del Instituto, ya que de conformidad con lo ordenado por el Decreto 2148 de 1992, se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta condición determinó que luego, con ocasión del estudio de constitucionalidad del parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-579 de 1996, declarara la inexecutable de dicha categoría en una empresa que, como se anotó, pasó a ser industrial y comercial del estado, cuyo régimen determina que por regla general los servidores vinculados son trabajadores oficiales.

Luego, mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 se escindió del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las

² Artículo 8º del referido cuerpo normativo.

³ Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

⁴ Artículo 9º.

⁵ Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 413 de 1980, existió la condición de empleados públicos y funcionarios de la seguridad social.

clínicas y centros de atención ambulatoria (artículo 1º) y se crearon siete (7) Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de Protección Social (artículo 2º). Una de ellas fue precisamente la demandada en el presente asunto, la E.S.E. José Prudencio Padilla.

Con la entrada en funcionamiento de la E.S.E., la situación laboral de los trabajadores fue modificada sustancialmente, pues a partir de allí, pasaron a ser considerados como empleados públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003. Dicha incorporación a la nueva planta de personal además, al tenor de lo estipulado en el artículo 17 ibídem, fue automática y sin solución de continuidad.

Frente a este aspecto, cabe resaltar que la consagración de la referida regla, esto es, que la naturaleza de la vinculación es la propia de un empleado público, es consonante con el régimen que a partir de la Ley 100 de 1993, concordante con las Leyes 10 de 1990 y 489 de 1998, corresponde a las Empresas Sociales del Estado, las cuales son una categoría especial de entidad descentralizada dentro del engranaje institucional existente en el país.

Sin embargo, en el caso concreto, el Decreto 1750 de 2003 contempló en el artículo 18, lo siguiente:

"DEL RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas." (Negrilla fuera de texto y el aparte subrayado declarado inexecutable mediante la Sentencia C-314 de 2004.)

En la sentencia C-314 de 2004⁶, la Corte Constitucional analizó el referido artículo, frente a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva⁷ y de los derechos adquiridos. En este sentido, luego de efectuar un amplio análisis de lo que debe considerarse, al amparo de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, como

⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ Frente a este aspecto concluyó que el derecho a la negociación colectiva no es absoluto y que está inescindiblemente ligado a la naturaleza de la vinculación; la cual, a su turno. No puede considerarse tampoco como un derecho adquirido del trabajador. Al respecto, consideró: "Los argumentos de la Sentencia, aunados a los que en esta oportunidad se consignan, permiten concluir que el cambio de régimen jurídico de los trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos no vulnera el derecho a la negociación colectiva porque ni el mismo es un derecho adquirido, en tanto depende de la naturaleza de la vinculación jurídica del servidor con el Estado, ni es un derecho absoluto que no pueda ser objeto de restricciones justificadas por parte del legislador."

derecho adquirido, concluyó que el aparte subrayado se encuentra viciado por los siguientes motivos: (i) hace referencia sólo a derechos prestacionales, cuando la protección debe abarcar los salariales también; (ii) la definición contenida en dicha disposición es errática; y, (iii) deja por fuera los derechos derivados de la Convención Colectiva de Trabajo durante el tiempo por el cual fue pactada.

Esta tesis, a su turno, fue reiterada en la Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con ocasión del análisis de constitucionalidad de las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad” contenidas en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, en los siguientes términos:

“A juicio de la Corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentada de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales.

(...)

No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004”.

Al respecto se resalta que, de conformidad con la copia simple de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, que obra a folio 28 y s.s., la vigencia de la misma se reguló en los siguientes términos:

“Artículo 2º. La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente”.

A su turno, el artículo 135 estipuló:

"REVISIÓN DE LA CONVENCION.

La Convención Colectiva se revisará de conformidad con lo establecido en el Artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo.

(...)"

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la convención colectiva mencionada, bajo el argumento que aún se encontraba vigente, en aplicación de la prórroga automática contemplada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, el Consejo de Estado⁸ ha sostenido lo siguiente:

*"Esta situación empero, generada por el pronunciamiento de la Corte Constitucional, **no puede ser una excusa para que la actora sostenga que con posterioridad al 31 de octubre de 2004 e incluso para el año 2007 aun era beneficiaria de la Convención Colectiva**, por cuanto:*

- De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004 la protección de los derechos convencionales por un tiempo, deriva del concepto de derecho adquirido y de la afirmación según la cual la Convención Colectiva es en verdad un instrumento al que se someten las relaciones laborales que se ven afectadas por el mismo durante su vigencia.

*- La prórroga automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social⁹, no encuadra dentro de dicho concepto de derecho adquirido pues ella es una mera posibilidad que ante la actitud pasiva de las partes el instrumento convencional sigue vigente y, en consecuencia, no puede sostenerse que los trabajadores oficiales al 25 de junio de 2003 tenían un verdadero **derecho adquirido** a que se prorrogara el término de la convención.*

- Adicionalmente a ello, no puede perderse de vista que para el 31 de octubre de 2004 la mayoría de trabajadores de la E.S.E., dentro de los cuales se encuentra la accionante, ostentaban la condición de empleados públicos y por lo tanto no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento.

- Por lo anterior, no es viable avalar la interpretación del Tribunal y tampoco la de la Corte Constitucional sostenida en la Sentencia T-1166 de 2008, pues a la luz de lo expuesto por la misma Alta Corporación en las Sentencias de Constitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, la protección deriva del concepto amplio de derecho adquirido.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero Ponente DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00067-01(0673-2010).

⁹ "A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación."

- En el mismo sentido, en la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1º de octubre de 2009, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve; radicado interno No. 0212-2008, se sostuvo:

'De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala considera que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma, conforme con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos y pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no le siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, queda claro que los beneficios consagrados en la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, sólo estuvieron vigentes hasta el 31 de octubre de 2004, toda vez que, por tratarse de empleados públicos, los trabajadores que fueron vinculados a la ESE José Prudencio Padilla, no pueden invocar la prórroga automática de que trata el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto de este tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, ha expuesto lo siguiente:

"La Sala ha reiterado que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma. Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos y pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no les siguen siendo aplicables las disposiciones

¹⁰Sentencia del 14 de febrero de 2013. Exp. 17001-23-31-000-2009-00149-01. Ponencia: Gerardo Arenas Monsalve. Boletín No. 120 del 20 de marzo de 2013.

del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable. Ahora bien, en el texto de la demanda, la actora solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por supresión de cargo y el reajuste de las prestaciones sociales desde el 1 de noviembre de 2004 hasta la fecha de la desvinculación, de conformidad con lo ordenado en la convención colectiva. De otro lado, se destaca que la demandante, como consta en la certificación laboral del 5 de diciembre de 2008 (fl. 30), laboró al servicio de la ESE desde el 26 de junio de 2003 hasta el 13 de noviembre de 2008, en el cargo de médica, como empleada pública. Así las cosas, respecto del objeto de la apelación la Sala resalta que la convención colectiva estuvo vigente del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004 y no era procedente su prórroga automática.”

Revisados los documentos que obran en el expediente, se encuentra que el señor JUAN MANUEL MONTES FARA, fue nombrado en el cargo de Médico Especialista, en el Instituto de Seguros Sociales – Cartagena, desde el 30 de abril de 1993 (f. 22-23); lo que indica que para esa época, ostentaba la calidad de trabajador oficial.

Según se desprende de los actos acusados -Resolución del 22 de mayo de 2006 No. 000702–fue incorporado automáticamente a la planta de personal de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, en el cargo de Médico Especialista, Código 3120 grado 22, con una intensidad horaria de seis (6) horas, pasando desde ese momento a ser considerado un empleado público (fol. 19-21).

De acuerdo con lo anterior, el demandante a partir del 26 de junio de 2003, dejó de ser trabajador oficial para convertirse en empleado público, de modo que, a partir de dicho momento no ostentaba el derecho a suscribir convenciones colectivas ni a beneficiarse de ellas. Se observa además, que el cargo del demandante fue suprimido, quedando desvinculado de la entidad demandada a partir del 30 de abril de 2006.

Mediante Resolución del 22 de mayo de 2006 – No. 000525, el Gerente Liquidador de la ESE José Prudencio Padilla, le reconoció y ordenó el pago al señor JUAN MANUEL MONTES FARA de las prestaciones sociales, tales como prima de servicios, indemnización de vacaciones, prima de vacaciones adeudadas y proporción de prima de navidad. Así mismo, se reconoció y ordenó el pago de la indemnización señalada en

el artículo 12 del Decreto No. 775 de 2006, por supresión del cargo que desempeñó (fol. 24-26).

Si bien por vía jurisprudencial, se estableció que a los trabajadores del antiguo ISS, que pasaron a ser empleados públicos de las nuevas Empresas Sociales del Estado, se les garantizó la aplicación de la Convención Colectiva hasta el 31 de octubre de 2004, la desvinculación del actor se produjo el 30 de abril de 2006, fecha para la cual ya había finalizado la aplicación de los beneficios en ella contenidos. De tal modo que no es posible aplicar los parámetros de la convención, para la liquidación de la indemnización del demandante por supresión del cargo que desempeñaba.

De acuerdo con lo anterior, comparte la Sala el criterio del *a-quo*, según el cual el actor tenía derecho a que se le aplicara la convención colectiva entre julio de 2003 y octubre de 2004, pero no después de esa fecha, por cuanto, como ha quedado acreditado en este caso, dejó de ser trabajador oficial del ISS, para convertirse en empleado público de la ESE José Prudencio Padilla y atendiendo a tal calidad, se restringe para él la aplicación de los beneficios de la Convención, por consiguiente, no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se procederá a confirmar la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Por último, al no observarse conducta temeraria en la actuación de las partes, no habrá lugar a condena en costas, de conformidad con el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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: CONFÍRMASE la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas


TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, remítase al Juzgado de origen.

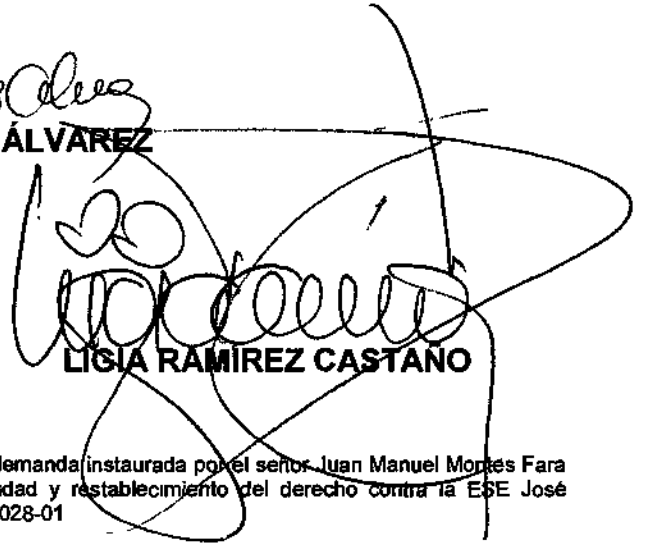
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

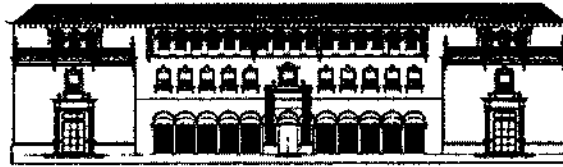
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LICIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas: sentencia de segunda instancia proferida dentro de la demanda instaurada por el señor Juan Manuel Montes Fara por conducto de apoderado judicial en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la ESE José Prudencio Padilla en liquidación, radicado No 13001-33-31-008-2006-00028-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0033
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: RIGOBERTO QUINTANA BABILONIA Y OTROS
DEMANDADO	: INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF"
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2011-00169-01
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 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
Acción : Reparación Directa
Radicación : 13-001-33-31-008-2011-00169-01
Demandante : Rigoberto Quintana Babilonia y Otros
Demandado : Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Tema : Falla del servicio- falta al deber de cuidado

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el acuerdo No. PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura y en atención a lo dispuesto en los artículos 115 de la Ley 1395 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, procede a resolver la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el veintidós (22) de junio de 2012 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA

1. LAS PRETENSIONES¹.

Textualmente:

"a. Pretensiones

"1). Que se declare administrativamente responsable a la Nación- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, por la muerte de la menor Ana María Quintana Polo (Q.E.P.D) por la falla del servicio en que incurrió al NO prestarle el debido, oportuno y diligente cuidado y protección."

¹ Fl. 1-2

"2). Como Consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, a pagar como reparación integral del daño ocasionado a los perjudicados, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos:

<u>Solicitante</u>	<u>Daño Moral</u>	<u>Daño a la vida de relación</u>	<u>Subtotal</u>
Rigoberto Quintana Babilonia (Padre)	\$53.560.000	\$53.560.000	\$ 107.120.000
Ana María Polo Pacheco (Madre)	\$53.560.000	\$53.560.000	\$107.120.000
Rigoberto Quintana Polo (Hermano)	\$26.780.000	\$26.780.000	\$ 53.560.000
Elsy Quintana Polo (Hermana)	\$26.780.000	\$26.780.000	\$ 53.560.000
Ada Quintana Polo (Hermana)	\$26.780.000	\$26.780.000	\$ 53.560.000
Carmela Quintana Babilonia (Abuela)	\$26.780.000	N.A.	\$26.780.000
Pablo Polo Ospino (Abuelo)	\$26.780.000	N.A.	\$26.780.000
Ada Luz Pacheco Velásquez (Abuela)	\$26.780.000	N.A.	\$26.780.000
Libia Figueroa de Porto (tía)	\$26.780.000	N.A.	\$26.780.000
		Total:	\$ 482.040.000

"3). La demandada, Nación- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF o a quien sus derechos represente en el momento de la sentencia, dará cumplimiento a esta en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo."

"4). Todas las sumas se reajustaran a la fecha de ejecutoria de la sentencia."

"5) Una vez ejecutoriada la sentencia, la suma a pagar generará intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la misma y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, de acuerdo a lo establecido en sentencia C- 188 del 24 de marzo de 1999 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández. Así mismo se dará

cumplimiento a lo establecido en el artículo 1653 del Código Civil “ todo pago se imputará primero a intereses.”

2. HECHOS².

Expresa la demanda, que la niña Ana María Quintana Polo (Q.E.P.D) nació el 13 de febrero de 2009 producto de la unión del señor Rigoberto Quintana Babilonia y Ana María Polo Pacheco, quien a la fecha de su muerte solo contaba con un poco más de dos (2) años de vida.

Narra que Ana María y sus hermanos Rigoberto, Elsy y Ada Luz, procedían de una familia de escasos recursos, pero donde abundaba el amor y apoyo mutuo entre sus integrantes, y quienes procuraban trabajar duro y honradamente para su subsistencia y bienestar.

Indica que el día 29 de octubre de 2010, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, a través de la Comisaria de Familia del Municipio de Turbana, procedió a quitarle los tres (3) niños a esta familia entre los cuales se encontraba la niña Ana María Quintana Polo (Q.E.P.D.), bajo el supuesto de que la familia no contaba con las condiciones económicas para sostener a los mismos.

Como consecuencia de lo anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, toma como medida provisional enviar a los menores Ana María (Q.E.P.D), Elsy del Carmen y Ada luz Quintana Polo a un hogar sustituto, el cual depende administrativa y económicamente del ICBF, hogar sustituto que asumió la responsabilidad del cuidado y protección de la menor.

Manifiesta que el día 23 de junio de 2011, estando la menor Ana María Quintana Polo al cuidado del ICBF, por intermedio de hogar sustituto, en el desayuno ingirió de repente y de manera inexplicable una cantidad importante de alimentos sólidos, que se instalaron sobre la epiglotis, obstruyendo la laringe y la tráquea, lo que causo que se asfixiara, tal y como se encuentra registrado en el informe pericial de necropsia N° 2011010113001000286.

Denuncia que es extraño y escalofriante que dejaran a una niña de dos años ingiriendo alimentos sólidos y peor aún que la persona que la estaba cuidando no tuviera capacitación en atención de esas situaciones que pudieran salvarle la vida, pues se afirma que la madre sustituta, tardó en llevar a la niña al Hospital de Turbaco, que

²Fls. 5-6.

queda a menos de 5 minutos de distancia del lugar donde se encuentra ubicado el hogar sustituto, pues cuando fue llevada al hospital, ya se encontraba sin signos vitales.

Declara el libelo, que la niña al momento de ingresar al ICBF se encontraba en excelentes condiciones de salud y la falla consistió en que al momento en que se presentaron los primeros síntomas de asfixia, la entidad que tenía a cargo el cuidado de la menor no estuvo atenta para prestarle las medidas necesarias o los primeros auxilios, que para estos casos es necesario aplicar, dicha falta de cuidado y diligencia trajo como consecuencia la muerte de la menor Ana María Quintana Polo (Q.E.P.D), debido a la asfixia por obstrucción de vía aérea por alimentos.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada contestó la demanda³, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en lo siguiente:

Considera que el ICBF no es la entidad a la cual pueden exigirse las pretensiones de la demanda conforme al derecho sustancial, y que no ha cometido ningún daño por acción u omisión a los demandantes y como consecuencia de esto no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones solicitadas.

Agrega que el ICBF no tomó la medida de ubicación de la menor en hogar sustituto, no adelantó el procedimiento de restablecimiento de los derechos de la menor Ana María Quintana Polo, toda vez que la medida provisional fue tomada por la Alcaldía del Municipio de Turbana, a través de la comisaria de familia en ejercicio de sus competencias (Art 83 Ley 1098 de 2006).

Manifiesta que de los documentos aportados y los argumentos esgrimidos por la parte actora no se encuentra probado que los demandantes por el actuar del ICBF hayan sufrido daño o perjuicio moral. Debe tenerse en cuenta que fue un insuceso por una muerte natural, sobre todo si se tiene en cuenta que la menor al convulsionar por la epilepsia murió al estar ingiriendo alimentos con los que finalmente se asfixio, este trágico padecimiento epiléptico de la mente fue la causa de la muerte por tanto no hay ninguna responsabilidad del ICBF ni de la madre en esos trágicos hechos.

Propone como excepciones las siguientes:

- Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

³ Folio 44- 59

- Falta de Legitimación Por Activa.
- Falta de Legitimación por Pasiva.
- Excepción Genérica.

C. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 22 de junio de dos mil 2012 el a quo accedió a las pretensiones de la demanda, considerando lo siguiente:

Expone que la muerte de la menor Ana María Quintana Polo resulta imputable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, porque encontrándose a cargo del servicio público de bienestar social de conformidad con la medida que se había tomado para la protección y salvaguardia de los derechos de la menor, se irrogó una lesión a partir de la prestación de dicha actividad de protección; afectación que es normal y especial respecto a los demandantes y que resquebraja el principio de igualdad ante las cargas públicas, sin que en la configuración de la atribución del daño importe que el hogar comunitario estuviere administrado por un particular porque, se insiste, la responsabilidad de la administración pública amén de ser directa está relacionada en el caso concreto con la prestación de un servicio público que se encuentra a cargo del Estado, y en cuyo desarrollo se pueden generar o desencadenar afectaciones que rompan la igualdad respecto de las cargas públicas.

Agrega que el daño antijurídico se configuró y es imputable al ICBF porque en medio de la prestación de un servicio de carácter público de protección especial a la niñez (Hogar sustituto) se produjo una lesión antijurídica, especial y anormal para los demandantes, que rompe o resquebraja las cargas públicas a las que se encontraban sometidos y, por lo tanto, imponer a la familia de la niña Ana María Quintana Polo (Q.E.P.D) el deber de soportarla supondría desconocer los postulados de solidaridad y equidad sobre los que se basamenta el título de imputación del daño especial.

D. RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada apeló la sentencia bajo los siguientes argumentos:

1. La entidad apelante manifiesta que existe incongruencia de la sentencia por falta de pronunciamiento pues el juez omitió pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas.

2. Agrega que existe falta de pronunciamiento sobre la responsabilidad de una de las entidades que conforman la parte demandada pese a que a través de la denuncia en pleito se vinculó al Municipio de Turbana, la sentencia no hace ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad del municipio.
3. Para la demandada existe incongruencia interna de la sentencia- Discordancia entre la parte motiva y resolutive de la sentencia toda vez que en la parte resolutive de la sentencia tiene como legitimados por activa a la señora Ada Luz Pacheco Velásquez y Libia María Figueroa Porto, siendo que en la parte motiva de la sentencia cuando se analiza la legitimación por activa no se tienen legitimadas a dichas señoras; por lo que considera que si en la parte motiva no se hace un análisis que permita tener por demostrada la legitimación por activa, no se puede sorpresivamente reconocer en la parte resolutive y hacerlos acreedores de unas indemnizaciones.
4. Agrega que no existe apreciación de la pruebas aportadas por la demandada.

E. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

1. DEMANDANTE

Para el demandante si bien el juez de primera instancia no se pronuncia acerca de una de las excepciones de mérito (fuerza mayor o caso fortuito) tal pretensión debe ser desestimada debido a que en la parte considerativa de la sentencia impugnada se deja claridad que la menor Ana María Quintana Polo no murió por un hecho irresistible o impredecible, si no que por la negligencia e impericia en la que incurrió un agente del ICBF quien era el que tenía a cargo la custodia y cuidado de la menor.

Por otro lado agrega que el hecho de que el municipio de Turbana no hubiere comparecido al proceso, no es óbice para que se condenara estando tal responsabilidad en cabeza del ICBF.

Indica que se demuestra en el proceso con solo las pruebas documentales aportadas el parentesco de las señoras Ada Luz Pacheco Velásquez abuela de la víctima, y Libia María Figueroa Porto, quien se presentó como persona afectada por la situación, en su calidad de madrina y tía política, perjuicio que fue demostrado en el transcurso del proceso.

Por ultimo concluye expresando que en la sentencia objeto de impugnación se establece con claridad la valoración de las pruebas que sirven de sustento al juzgador

para declarar la responsabilidad del ICBF quien genero un daño a los demandantes quienes contrario a lo que dice la demandada tienen legitimación en la causa para demandar tal como se probó en los documentos y testimonios obrantes dentro del expediente.

2. DEMANDADO.

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

3. MINISTERIO PÚBLICO.

No rindió concepto.

III. TRAMITE

El 26 de febrero de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 514).

El 4 de abril de 2013 se corrió traslado para alegar a las partes. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia (folio 516).

Finalmente el proceso entra al Despacho 003 en Descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

IV. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las demás etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a dictar sentencia de segunda instancia, no sin antes resolver las siguientes cuestiones previas:

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene cuenta que el hecho que origina la demanda, es decir la muerte de la niña Ana María Quintana Polo, ocurrió el día veintitrés (23) de junio de 2011 y la demanda se presentó el

veintidós (22) de agosto del mismo año, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que prevé el C.C.A, para dicha acción.

4. PROBLEMAS JURIDICOS

De acuerdo a los puntos sobre los cuales se erige el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, corresponde en esta instancia dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

- ¿El Municipio de Turbana (Bolívar) es administrativamente responsable de la muerte de la menor Ana María Quintana Babilonia?
- ¿Las señoras Ada Luz Pacheco Velásquez (Abuela Materna) y Libia María Figueroa Porto (Tía) están legitimadas para reclamar los perjuicios por la muerte de la menor Ana María Quintana Babilonia?

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

La Ley 7 de 1979, instituyó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. Además, determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (establecimiento público), con competencia a nivel nacional.

En lo relacionado con el tema de la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: i) el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13; ii) el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.); iii) la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión (artículo 44 C.P.); iii) el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y iv) la

titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

De acuerdo con lo anterior, corresponde entonces al ICBF, en representación de la organización estatal, velar por la protección y materialización efectiva del marco constitucional señalado en el párrafo precedente.

Así mismo, el artículo 122 del Decreto 2150 de 1995, dispone que se podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar; y que la escogencia del contratista, se hará siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 1, 2, 3, 11, y 13 del Decreto 855 de 1994.

En relación con la posibilidad de endilgar responsabilidad al ICBF por los daños causados en un hogar comunitario, la jurisprudencia⁴ ha expuesto lo siguiente:

“Esta Corporación ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o pretensión de reparación directa–, por los daños irrogados a menores o a sus familiares durante la ejecución de una medida de protección. Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

“En concepto de la Sala, la suma de las anteriores disposiciones muestra con claridad que los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana.

“Dicho Instituto, como entidad rectora de bienestar familiar, controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte autorización a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de requisitos también determinados por el I.C.B.F.

“A la luz de las anteriores normas y analizadas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, tanto directas como indiciarias, la Sala deduce con certeza, como lo hizo el a quo, que en el caso sub judice se estructuró una falla del servicio por omisión a cargo de la

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A. C.P. Mauricio Fajardo Gómez Sentencia de fecha 23 de junio de 2011 Exp. 20324

administración, en este caso el ICBF, dado que el niño MAYCOL ESTEVENS RAMIREZ CADAVID falleció en el Hogar Comunitario dirigido por la madre comunitaria señora AURA INES PELAEZ DE ECHEVERRY, cuando esta se encontraba ausente del Hogar, es decir, que fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes frente al cuidado del niño.⁵” (Subrayas fuera del texto)

Por otro lado, en cuanto al título de imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado – Subsección “C”⁶, ha sostenido que controversias de esta naturaleza se rigen por el título de imputación subjetivo de falla del servicio; pero también es cierto que en providencia de mayo 9 de 2011, la misma Subsección dejó sentado lo siguiente:

“... el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar”. (Subrayas fuera del texto)

Entonces, resulta perfectamente posible que en la concreción de las medidas de protección, se generen daños antijurídicos que esté obligado el ICBF a resarcir, siempre que le sean imputables.

5. LOS HECHOS PROBADOS.

Al plenario fueron allegados los siguientes medios probatorios relevantes:

1. Registro Civil de Nacimiento de Ana María Quintana Polo (fl 28)
2. Registro Civil de Nacimiento de Ana María Polo Pacheco (Madre) (fl 29).
3. Registro Civil de Nacimiento de Ada Luz Quintana Polo (Hermana) (fl 30)
4. Registro Civil de Nacimiento de Rigoberto Quintana Babilonia (Padre) (fl 81)
5. Registro Civil de Nacimiento de Rigoberto Quintana Polo (Hermano) (fl 32)
6. Registro Civil de Defunción de Ana María Quintana Polo (Q.D.E.P). (fl 34)
7. Constancia de Conciliación Extrajudicial (fl 35)
8. Copia del auto de apertura de investigación administrativa de restablecimiento de derechos- Comisaria de Familia- Turbana (fl 70-73)

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, Exp. 11130, M P Juan de Dios Montes Hernández

⁶ Sentencia de 5 de julio de 2012 Exp 23643. C P OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

9. Copia acta de entrega de la Niña Ana María Quintana Polo, ubicada en hogar sustituto de la señora Martha Luz Geliz Pérez (fl 73)
10. Informe pericial de necropsia N° 2011010113001000286 (fl 93).
11. Copia del expediente administrativo N° 000000323-2010 (fl 102- 247)
12. Constancia de la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía Local 22 Delegada ante los Jueces Promiscuos Municipales de Turbaco, Turbana y Arjona en donde manifiesta que revisado el sistema de información SPOA aparece registrado como indiciado el señor REGOBERTO (bis) DE JESÚS QUINTANA BABILONIA, por el hecho punible de violencia intrafamiliar bajo el radicado N° 13836600111201000929 (fl 254)
13. Testimonio del señor Jhon Jairo Amaya Babilonia (fl 272).
14. Testimonio de la señora Yesica Paola Pajar Pérez (fl 275).
15. Testimonio de la señora Catherine Lázaro Arnedo (fl 277).
16. Testimonio de la señora Ana Carmela Díaz (fl 281)
17. Interrogatorio de la señora Ada Luz Pacheco Velásquez (fl 286).
18. Interrogatorio de la señora Libia María Figueroa Porto (fl 289).
19. Interrogatorio de la señora Ana María Polo Pacheco (fl 293).
20. Testimonio de la señora Martha Geliz Pérez (fl 296).
21. Registro de Historia Clínica- atención de urgencias expedido por el Hospital Local de Turbaco E.S.E (fl 314).
22. Hoja de vida de la señora Martha Luz Geliz Pérez (fl 315- 357)
23. Copia de Acta de reuniones por parte de los funcionarios del ICBF centro zonal de Turbaco (fl 360- 361)
24. Copia del proceso penal por la muerte de la menor Ana María Quintana Polo (fl 372- 411)
25. Copia de la historia clínica de la menor Ana María Quintana Polo expedida por el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja I.P.S (fl 413-431)

6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Por razones metodológicas, y para facilitar el estudio del presente caso, analizaremos uno a uno los puntos que fueron objeto del recurso de apelación.

Primer Cargo:

- El Municipio de Turbana – Bolívar, es administrativamente responsable de la muerte de la menor Ana María Quintana Babilonia.

Plantea la demandada que el Municipio de Turbana fue denunciado en pleito, toda vez que la medida de restablecimiento del derecho que determinó la ubicación de la menor Ana María Quintana Babilonia en el hogar de la señora Martha Geliz fue tomada por la Comisaria de Familia de ese municipio, que tal denuncia fue admitida por el juez y en la oportunidad procesal que se le dio al denunciado no ejerció su derecho de defensa; por lo cual deberían aplicársele las sanciones por renuencia.

Respecto del particular, es importante señalar las funciones de las comisarías de familia

La Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia” en su artículo 86 establece:

“ARTÍCULO 86. FUNCIONES DEL COMISARIO DE FAMILIA. Corresponde al comisario de familia:

- 1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.*
- 2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.*
- 3. Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes.*
- 4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar*
- 5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.*
- 6. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande.*
- 7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.*
- 8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.*
- 9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales.”*

Establecida la normatividad anterior, queda claro que en ninguno de los numerales de la misma se establece como competencia de las Comisarías de Familia, la vigilancia de los niños que se encuentran en un hogar comunitario.

En efecto, debe destacarse que en el asunto de marras no se está enjuiciando la medida administrativa de que fueron objeto los menores, sino que se censura la falta de diligencia y cuidado en que incurrió quien estaba encargado de velar por la seguridad y bienestar de los menores, quienes fueron sustraídos de la tutela de sus padres, precisamente por considerarse que no eran idóneas las condiciones en que se encontraban; en virtud de lo cual, fueron confiados transitoriamente al hogar sustituto, quien se supone, cuenta con los medios y el personal idóneo para desarrollar tan delicada labor, como lo es la custodia y protección de los niños.

En cuanto a este tópico, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha expresado lo siguiente:

“Los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana.”⁷

De igual manera el Decreto 1340 de 1995, en su artículo 2º. dispone que: *“El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de su Junta Directiva establecerá los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir al niño...”* Asimismo, el Decreto 2388 de 1.979 reglamentario de las Leyes 75 de 1.968, 27 de 1.974 y 7ª de 1.979, en su artículo 62 estipula: *“Todo hogar infantil para la atención integral al preescolar cualquiera sea su naturaleza jurídica u organización, se rige por las normas técnicas y administrativas expedidas por el ICBF”*. Y, en relación con los funcionarios de los hogares, en el artículo 63 dispuso que *“quienes presten sus servicios en los hogares infantiles, cualquiera sea su modalidad, deben reunir los requisitos físicos,*

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera CP: Juan de Dios Montes Hernández, Bogotá 28 de Septiembre de 1998.

mentales y morales adecuados, definidos por el instituto Colombiano de Bienestar Familiar con tal fin”⁸

En virtud de lo anterior, considera la Sala que es el ICBF, como ente organizador de las actividades que se despliegan en los hogares comunitarios a través de las madres comunitarias, quien debe responder por la muerte de la niña Ana María Quintana Polo; y no el municipio denunciado, pues el 23 de junio de 2011, día del deceso de la menor, ésta se encontraba a cargo del hogar comunitario liderado por la señora Martha Geliz Pérez.

Tal responsabilidad es imputada al ICBF, debido a las diferentes pruebas que obran en el proceso, especialmente el informe pericial de necropsia N° 2011010113001000286 de fecha 23 de junio de 2011, del cual se destaca:

“PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA”

“Se realiza autopsia ha (sic) cadáver de menor de edad de sexo femenino, encontrándose las siguientes lesiones:

Alimentos sólidos en cantidad importante sobre epiglotis obstruyendo la entrada a laringe alimentos en laringe y tráquea.”

En efecto, si bien el juzgador de primera instancia omitió pronunciarse acerca de las excepciones propuestas, al hacer un estudio de ellas, se puede concluir que las mismas son desestimadas pues es claro al señalar que la muerte de la menor Ana María Quintero Polo, es imputable al ICBF porque encontrándose a cargo de un servicio público de bienestar social, se irrogó una lesión a partir de la prestación de dicha actividad de protección.

A juicio de esta Sala tal omisión no constituye violación de normas fundamentales, pues si bien no se pronuncia acerca de la excepción propuesta en la parte resolutive, sin mayores elucubraciones se puede concluir que al otorgarle tal responsabilidad al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, está desestimando tal excepción que de haber prosperado habría exonerado a la entidad aquí demandada.

Así las cosas, de acuerdo con las reglas de la Sana Crítica y de la experiencia, es claro que un niño de 2 años necesita un acompañamiento permanente de un adulto cuando

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C CP Olga Melida Valle de la Hoz, Bogotá 19 de agosto de 2011

ingere alimentos, por lo que mal haría esta Corporación en imputarle una responsabilidad al Municipio de Turbana, cuando éste en cumplimiento de sus funciones, buscó la protección de la menor dejándola a cargo del hogar comunitario; y el hecho generador del daño no se produjo por una omisión, impericia, falta de diligencia o cuidado del mismo.

Por lo expuesto este cargo no prospera, no obstante, en vista de que el fallo de primera instancia, no hizo pronunciamiento alguno en la parte resolutive, dicha providencia se adicionará para declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el ICBF.

Segundo Cargo:

- ¿Las señoras Ada Luz Pacheco Velásquez (Abuela Materna) y Libia María Figueroa Porto (Tía) están legitimadas en la causa para reclamar los perjuicios por la muerte de la menor Ana María Quintana Babilonia?

Manifiesta el apelante, que existe discordancia entre la parte motiva y resolutive de la sentencia pues se tienen como legitimadas por activa a las señoras Ada Luz Pacheco Velásquez y Libia María Figueroa Porto; siendo que en la parte motiva, cuando se analiza la legitimación por activa no se tienen por legitimadas a dichas señoras.

A juicio de esta Sala, la señora Ada Luz Pacheco Velásquez (Abuela Materna) está plenamente legitimada para recibir indemnización, pues no puede medirse el afecto de esta pariente por el número de visitas que le hacía a la menor, menos aún si se desconocen las condiciones de vida de la señora Ada Luz Pacheco Velásquez, que en todo caso demostró ser abuela de la niña con el documento idóneo y eficaz para tal efecto.

Respecto a ese parentesco, la jurisprudencia⁹ ha expuesto lo siguiente:

“...De este parentesco se infiere judicialmente o de hombre - prueba indirecta - el dolor moral que padecieron con la muerte de Hever Riascos. El juzgador, cuando deduce judicialmente - presunción judicial o de hombre - tiene en cuenta como antecedente la experiencia humana, nacida de la observación de las reglas generales de la sociedad (circunstancias de modo, tiempo y lugar)

⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera. Ponencia MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ Exp. 11945

para cuando ocurrió el hecho dañino; es generalizado el conocimiento del afecto entre abuelos, madre, hijo y hermanos. Por consiguiente observa que entre seres normales es común que los integrantes de la familia - abuelos, padres e hijos, y entre estos y aquellos - se produce un inmenso dolor cuando alguno de estos miembros sufre una lesión grave o padece la muerte; este núcleo familiar vive, por la muerte de uno de los suyos, desacomodo de vida.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala accederá al reconocimiento de perjuicios morales a la abuela de la víctima, señora Ada Luz Pacheco Velásquez.

Por otro lado, en lo que respecta a la señora Libia María Figueroa Porto, quien en realidad es amiga de la familia, por ser madrina de Elsy Quintana -hermana de Ana María Quintana-¹⁰, tal perjuicio no se encuentra demostrado en el proceso; pues a través de su propio testimonio solo se logra apreciar que era cercana a la familia, pero esto no implica que se le deban reconocer tales perjuicios pues tal afectación no está demostrada.

Por último se requiere resaltar, que si bien el ICBF solicita la prueba de peritazgo psicológico para establecer la realidad sobre la existencia de perjuicios morales y la cuantificación de los mismos, al cerrar la etapa probatoria nada dijo el apelante; por lo que no puede en esta instancia pretender revivir términos o hacer que se tengan en cuenta disminuciones en los perjuicios cuando no existió prueba en contrario que llevaran el convencimiento del juzgador, que tal perjuicio no existió.

Así las cosas, la sentencia impugnada en este aspecto será modificada.

7. 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, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁰ Ver declaración Folio 289

FALLA

PRIMERO: Modificar los numerales primero y segundo de la sentencia de fecha 22 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena los cuales quedarán de la siguiente manera:

“PRIMERO: Declarar patrimonialmente responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I.C.B.F., por los perjuicios causados a RIGOBERTO DE JESÚS QUINTANA BABILONIA, ANA MARÍA POLO PACHECHO, RIGOBERTO DE JESÚS QUINTANA POLO, ELSY DEL CARMEN QUINTANA POLO, ADA LUZ QUINTANA POLO, CARMELA DE JESÚS QUINTANA BABILONIA, PABLO POLO OSPINO Y ADA LUZ PACHECHO VELASQUEZ, como consecuencia del fallecimiento de la menor Ana María Quintana Polo el día 23 de junio de 2011 en el municipio de Turbana (Bolívar).

“SEGUNDO: Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I.C.B.F. a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

Por perjuicio moral:

El equivalente a cien (100) salario mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las siguientes personas: RIGOBERTO DE JESÚS QUINTANA BABILONIA Y ANA MARÍA POLO PACHECO.

El equivalente a cincuenta (50) salario mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las siguientes personas: RIGOBERTO DE JESÚS QUINTANA POLO, ELSY DEL CARMEN QUINTANA POLO, ADA LUZ QUINTANA POLO, CARMELA DE JESÚS QUINTANA BABILONIA, PABLO POLO OSPINO Y ADA LUZ PACHECHO VELASQUEZ.

SEGUNDO: Adicionar a la sentencia del 22 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del circuito de Cartagena lo siguiente:

“DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la entidad demandada.”

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Confirmar en lo demás la sentencia de referencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

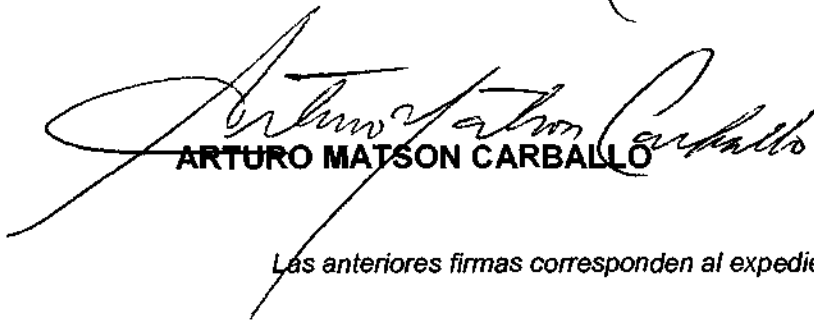
QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No 13-001-33-31-008-2011-00169-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0034
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION EJECUTIVA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: FUNDACION COSTA NORTE PARA LA FAMILIA "FUNCON"
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2008-00023-01
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. 002
ADICIÓN DE SENTENCIA DE SEGUNDA 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 : Proceso Ejecutivo
Radicación : 13001-23-31-013-2008-00023-00
Demandante : Fundación Costa Norte para la Familia - FUNCON
Demandado : Departamento de Bolívar

De acuerdo con la nota que antecede, corresponde a la Sala de oficio adicionar la providencia de fecha 26 de julio de 2013, en cuanto a que no fijó las agencias en derecho.

I. ANTECEDENTES

Mediante sentencia de segunda instancia de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil trece (2013), se dispuso en su parte resolutive confirmar la providencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que ordenó seguir adelante con la ejecución y practicar la liquidación del crédito en los términos del artículo 521 del Código de Procedimiento Civil e igualmente se dispuso en la sentencia del Tribunal, condenar en costas al Departamento de Bolívar de conformidad con lo dispuesto en el literal 3) del artículo 510 del Código de Procedimiento Civil .

La mencionada providencia, fue notificada legalmente, y se encuentra debidamente ejecutoriada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se advierte, que en la providencia de fecha 26 de julio de 2013, omitió pronunciarse acerca de las Agencias en Derecho, lo cual corresponde al Juez señalarlas de acuerdo con el artículo 392 del C. de P.C., numeral 2º) que a su turno prescribe:

“Art. 392. Modificado. Decr. 2282 de 1989. art. 1º. MOd. 198. Modificado. Ley 794 de 2003 art. 42. En los procesos y actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1....

*“Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. **En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación**”(El subrayado no es del texto).*

Lo anterior, deberá examinarse a la luz del instituto jurídico de la adición de la sentencia, el cual no está regulado por el C. C. A. No obstante, por remisión del artículo 267 ibídem en los procesos contencioso administrativos, se aplica en la materia el artículo 311 del C. de P. C.

La adición de la sentencia, prevista en el artículo 311 del C.P.C., procede cuando se *“omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”*, y deberá decidirse mediante *sentencia complementaria*, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte.

Como quiera que en la sentencia de segunda instancia de fecha 26 de julio de 2013, no se señalaron las agencias en derecho, se fijarán éstas para que sean incluidas en la respectiva liquidación de costas; en la suma de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS 00/100 MCTE (\$ 2.137.177,00), a cargo de la parte recurrente.-

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar,

RESUELVE

ADICIÓNASE la providencia de fecha 26 de julio de 2013, con un nuevo numeral que quedará así:

CUARTO: FIJAR Agencias en Derecho para que sean incluidas en la respectiva liquidación de costas; en la suma de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS 00/100 MCTE (\$ 2.137.177,00), a cargo de la parte recurrente.-

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



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0035
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ROSA TULIA PATERNINA MONTERROSA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2010-00288-01
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 DECISIÓN No. 2

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Clase de Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicación : 13-001-33-31-006-2010-00288-01
Demandante : ROSA TULIA PATERNINA MONTERROSA
Demandado : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN -
SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

Tema : COMPATIBILIDAD DE PENSIONES

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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a través de apoderado, contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

"(...)

1. Declarar la nulidad del acto administrativo o decisión 210-SED-EE-735 de 14 de enero de 2010, emitida por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Cartagena, por el cual se niega el reconocimiento de pensión de retiro por vejez.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Regional Cartagena a reconocer y pagar pensión de retiro por vejez, con fundamento en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, a partir del 10 de mayo de 2009, fecha en que cumplió 65 años de edad.

3. La prestación debe ascender al 56% del promedio devengado en el último año de servicios, incluidos todos los factores salariales.

4. Que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle a mi mandante, debidamente indexadas en su valor, las sumas que dejo de percibir por concepto de pensión de retiro por vejez.

5. Que las anteriores sumas sean actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A y se reajuste su valor desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo.

6. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el art. 176 del C.C.A.

(...)"

1.2. HECHOS

"(...)

1. La docente Rosa Tulia Paternina Monterrosa, es docente del servicio público de educación, financiado por el sistema general de participaciones.

2. Mi mandante ha prestado lo siguientes servicios:

Vinculada por el sistema de horas cátedra con 16 horas de clases semanales, según Resolución 1299 de 1 junio de 1990, posesionada el 20 de junio de 1990, hasta el 20 de enero de 1994, en el instituto de promoción social de Cartagena, tal y como consta en el certificado anexo suscrito por el rector del plantel educativo en mención.

3. Presto sus servicios como docente de vinculación nacional en propiedad desde el 10 de marzo de 1994 hasta el 13 de octubre de 2009 en forma continua para la institución educativa Promoción Social.

4. Por medio de Decreto 1170 del 13 de octubre de 2009 fue retirada por haber cumplido los 65 años de edad, situación está que configura el requisito para el retiro forzoso.

5. A finales del año 2009 mi poderdante radica los documentos ante la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio para solicitar la pensión de retiro por vejez, obteniendo como respuesta el oficio 210-SED-EE-735 de 14 de enero de 2010, en la cual se le manifestó la negativa del reconocimiento de dicha prestación en virtud de que ya se encuentra devengando la pensión de jubilación por el instituto de los Seguros Sociales siendo incompatibles ambas pensiones.

6. Los tiempos anteriormente citados suman 19 años 3 meses 13 días con lo cual se estaría generando a favor de mi mandante según lo establecido en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 una pensión igual al 58 % de lo devengado en el último año de servicio incluidos todos los factores salariales.

7. Se demanda un acto administrativo particular y concreto que niega una prestación periódica lo cual conforme al inciso segundo del artículo 136 del C.C.A puede ser demandado en cualquier tiempo, la Corte Constitucional en sentencias C-1049 Y C-116 de 2005.

(...)"

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante considera como violadas las siguientes disposiciones normativas

- Decreto Ley 3135 de 1968: En su artículo 29
- Decreto 1848 de 1969: En su artículo 81
- Decreto 2400 de 1968: en su artículo 31

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante formuló los siguientes cargos de infracción:

Manifiesta que de conformidad con la ley 4ª de 1992 nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público.

Con respecto a lo anterior el demandante manifiesta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reiterado que los recursos que administra el ISS, así provengan de las cotizaciones de entes públicos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no gozan de la calidad de públicos, por lo cual, en principio, la percepción de una asignación pagada por el ISS no es incompatible con la de otra asignación del tesoro público.

Más adelante manifiesta con respecto a la viabilidad de reconocer la pensión de retiro por vejez cuando se cuenta con otro ingreso económico, tanto el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 como el 81 del Decreto 1848 de 1969 disponen que el reconocimiento prestacional es viable en la medida en que el interesado carezca de recursos para su congrua subsistencia.

Que de conformidad con la Resolución 001177 de 2000 del ISS, la accionante goza de una pensión equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

2. LA DEFENSA

El apoderado judicial de la entidad demandada contestó la demanda manifestando las siguientes razones:

Manifiesta que el demandante no descuenta el tiempo de servicio en el cual cotizó al ISS, y estuvo vinculada al servicio público de manera simultánea, y por ello deduce una conclusión errada sobre una norma jurídica.

Por otro lado como excepciones la entidad demandada plantea las siguientes:

Actuación legal de la administración: al respecto señala que la actora no probó que se encontrara en la situación de carácter de recursos para congrua subsistencia.

Falta de legitimidad por pasiva de la imputación patrimonial a cargo del Distrito de Cartagena: Manifiesta que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por la Ley 91 de 1989, como cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el estado tenga más del 90% del capital; para tal efecto lo ha hecho la Fiduciaria la Previsora S.A que se encarga de pagar las prestaciones causadas a favor de los docentes.

El Distrito solo se encarga de tramitar las peticiones de las prestaciones que se solicitan y resolver las mismas conforme las autorizaciones y directrices de la Fiduciaria, y del Ministerio de Educación que administra dichos fondos.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó sentencia de fecha 31 de enero de 2013, concediendo las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión adoptada, el A Quo adujo:

“(…)

Los elementos materiales probatorios allegados al proceso nos demuestran que efectivamente con el retiro del servicio, las condiciones y calidad de vida de la accionante se vieron deterioradas, no contando en la actualidad con ingreso diferente al Proveniente del Instituto de Seguros Sociales equivalente, se reitera, a un salario mínimo legal mensual vigente.

De otro lado se observa que en atención a la fecha en que se vinculó al servicio docente oficial es beneficiaria de las disposiciones referidas, en la medida en que eran las que se encontraban con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, en los términos de los artículos 15 y concordantes de la Ley 91 de 1989.

Así las cosas, bajo esos parámetros sería viable el reconocimiento pensional incoado. Sin embargo aún falta un aspecto por dilucidar, a saber, la viabilidad de reconocer la pensión de retiro por vejez cuando la peticionaria cuenta con otro ingreso económico.

Es bien sabido que la finalidad de la pensión retiro por vejez fue amparar al funcionario que pese a los servicios prestados al Estado se veía en la imposibilidad de cumplir el requisito de tiempo mínimo para acceder a una pensión de jubilación por el cumplimiento de la edad retiro forzoso, causal de retiro del servicio.

En este sentido, en principio, el que la accionante devengue otra pensión, la de vejez pagada por el Instituto de Seguros Sociales, impediría el reconocimiento de la prestación reclamada.

Sin embargo, la misma norma que consagra este beneficio pensional da la pauta para determinar si cualquier otra pretensión es incompatible con la pensión referida.

Así, tanto el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 como el 81 del Decreto 1848 de 1969 disponen que el reconocimiento prestacional es viable en la medida en que el interesado carezca de recursos económicos para su congrua subsistencia.

Ha señalado el H. Consejo de Estado que dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho, la congrua subsistencia tiene una relación inescindible con el derecho a la vida digna y al mínimo vital. Y que en este sentido, el parámetro no puede ser meramente cuantitativo, equivalente v. Gr a un salario mínimo legal mensual vigente; su determinación, contrario sensu, requiere del análisis de las condiciones de vida decorosas de cada individuo.

(...)

Más adelante el a quo manifiesta lo siguiente

(...)

De tal guisa no se puede considerar que una persona ordinariamente habituada a recibir ingresos por \$2.500.000, que se constituyen su congrua subsistencia, pueda sobrevivir con un ingreso por un salario mínimo, sin afectar su modus vivendi.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido reiteradamente tanto por la H. Corte Constitucional como por el H. Consejo de Estado, los recursos que administra el ISS, así provengan de las cotizaciones de entes públicos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no gozan de la calidad de públicos, por lo cual, en principio, la

percepción de una asignación pagada por el ISS no es incompatible con la de otra asignación del tesoro público.

Bajo estas consideraciones, puede concluirse, que no es acertada la decisión de la administración relativa a la negativa del derecho pensional reclamado, fundada en la incompatibilidad pensional, máxime si, como en el presente asunto, la pensión reconocida por el ISS es resultado de aportes eminentemente privados, efectuados en su gran mayoría con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior este despacho considera ajustado a derecho acceder al reconocimiento pensional incoado.

(...)"

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando lo siguiente:

Manifiesta la entidad demandada que el a quo incurrió en errores y hace referencia a los artículos 81 del Decreto 1848 de 1968, al Decreto 1868 de 1969 en su artículo 84 y a la Ley 100 de 1993.

Alega que el Consejo de Estado en concepto de fecha 8 de mayo de 2003 plantea que a partir de la ley 100 de 1993 el sistema de seguridad social no admite que un pensionado por vejez pueda adquirir una segunda pensión, también por vejez, ni aun en la hipótesis de que la entidad administradora sea diferente dentro del mismo sistema.

Seguidamente alega que en una petición formulada por la Secretaria de Educación del Distrito de Cartagena sobre la posibilidad de conceder pensiones de vejez a unos funcionarios que ya están pensionados por vejez, por el ISS expresó que en el caso presente lo procedente es que las entidades públicas en las cuales han laborado los solicitantes, giren al ISS el capital correspondiente al tiempo de servicio correspondiente, con el fin de que este reliquide el monto de las pensiones concedidas.

Por ultimo manifiesta el demandado que el fallador de primera instancia omitió aplicar el artículo 84 del Decreto 1848 de 1969 en el caso presente, teniendo en cuenta que el mencionado artículo impone la incompatibilidad de la pensión de retiro por vejez, con la percepción de toda asignación provenientes de entidades que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones de vejez, con las excepciones planteadas en el mismo Decreto, las cuales la demandante estaba obligada a probar que era cobijada por alguna de ellas en el presente caso.

(...)"

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Alegatos de la parte demandante

La parte demandante no presentó escrito de alegatos

5.2. Alegatos de la parte demandada

La parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión ratificando básicamente lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente caso.

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 23 de abril de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl 195)

Por auto del 10 de mayo de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl.197)

El proceso ingresó al Despacho el 18 de noviembre de 2013 (fl 202)

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 demandada contra la sentencia del 21 de enero de 2013 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

2. ACTO ACUSADO

Acto administrativo 210-SED-EE-735 del 14 de enero de 2010 emanado de la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Cartagena, por el cual se niega el reconocimiento de la pensión de retiro por vejez a la demandante.

3. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso concreto el problema jurídico consiste en establecer si es procedente reconocer a la demandante el derecho a la pensión de retiro por vejez, teniendo en cuenta que en la actualidad la actora goza de una pensión de la misma naturaleza, debidamente reconocida por el Instituto de Seguros Sociales.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Con respecto al tema el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 manifiesta lo siguiente:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto.”

Seguidamente con respecto a este tópico el Decreto 3135 de 1968 establece:

“A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.”

Más adelante el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 81 consagra los requisitos para acceder a la pensión de vejez de la siguiente forma:

Derecho a la pensión.

“1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del decreto 2400 de 1968, sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia conforme a su posición social.

2. *La falta de medios propios para la congrua subsistencia se demostrará con los siguientes medios probatorios:*

a) *Con dos declaraciones de testigos sobre la carencia de bienes o rentas propios del interesado para atender a su congrua subsistencia, conforme a su posición social ante un juez del trabajo, o civil, con citación del respectivo agente del ministerio público; y*

b) *Con la presentación, además, de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado, expedida por la administración de hacienda nacional respectiva.*

3. *Si con posterioridad al reconocimiento de la pensión se estableciere por cualquier medio que el pensionado poseía bienes o rentas suficientes para su subsistencia en el momento del reconocimiento, la entidad pagadora revocará dicho reconocimiento y podrá repetir por las sumas pagadas indebidamente.”*

En lo referente a la compatibilidad pensional se plantea lo siguiente:

Establece el artículo 128 de la Constitución Política que:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”.

Consagra el anterior precepto constitucional la imposibilidad de (I) desempeñar más de un empleo público y (II) percibir más de una asignación que provenga del (a) tesoro público o de (b) empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de un “sueldo” que provenga de más de un empleo público, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como pensiones, entre otros.

Al respecto, en sentencia C-133 de 1º de abril de 1993, M. P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa, se consideró:

“Este mandato constitucional (el contenido en el artículo 128 de la Constitución Política) consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, además de autorizar a la ley para fijar los casos en que no opera dicha prohibición.

Tal incompatibilidad está redactada en los siguientes términos:

(...)

Esta disposición apareció por primera vez en la Constitución Política de 1886 cuando el constituyente de esa época prescribió: "Nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes" (art. 64). Este precepto, como se lee en los antecedentes legislativos obedeció al deseo del constituyente de evitar posibles abusos por parte de los empleados públicos, al permitírseles la acumulación de cargos y por ende de sueldos.

Posteriormente se expidió el acto legislativo No. 1 de 1936 cuyo artículo 23 modificó el 64 de la Carta de 1886 en el sentido de cambiar el término "sueldo" por el de "asignación" con el fin de incluir allí toda clase de remuneraciones, emolumentos, honorarios, etc., que pudieren percibirse del erario público; amplió el campo de cobertura de la disposición al extender su aplicación a las empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, y precisó el significado y alcance de la expresión "tesoro público" en el sentido de comprender "el de la nación, los departamentos y los municipios", dejando incólume la parte de la norma que autorizaba a la ley para señalar excepciones a dicha regla general.

La citada norma, que rigió hasta la expedición de la nueva Carta Política, dispuso:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios".

Como se puede apreciar, en la Constitución de 1991 se conserva el precepto antes vigente en su integridad, agregándole la prohibición que tiene toda persona de desempeñar más de un cargo público, y adecuando su texto a la nueva normatividad, al extenderse la definición de tesoro público, también al patrimonio correspondiente a las entidades descentralizadas.". Lo puesto en negrilla es agregado nuestro.

Por su parte, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política", dispuso:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”.

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 certificación de tiempo laborado expedido por la Gobernación de Bolívar. (fl. 10).
2. Copia simple del formato de certificación de historia laboral, expedido por la Secretaria de Educación Distrital (fl. 11).
3. Copia simple de certificación de salarios expedido por la Secretaria de Educación Distrital (fl. 12).
4. Copia autentica del Registro Civil de la demandante. (fl. 13).
5. Copia de la decisión 210-SED-EE-735 del 14 de enero de 2010 emitida por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena mediante la cual se le niega a la actora el reconocimiento de la pensión de vejez. (fl. 14 y 15).
6. Copia simple de la Resolución 001177 de 2000 expedida por el Instituto de Seguros Sociales, donde le es otorgada pensión a la demandante (fl. 16).
7. Original del Decreto 1170 de 2009 expedido por la Alcaldía Distrital, por medio de la cual se retira del servicio a la docente por haber cumplido 65 años de edad (fl. 17).
8. Testimonios de las señoras Vanessa Vargas, Darly Luz Ramírez Ballestas, Luz Teresa Paternina Monterrosa. (fl.134 a 136).
9. Reporte de semanas cotizadas desde el año de 1967 a 1994 expedido por el Instituto de Seguros Sociales. (fl. 145 a 151).
10. Copia autentica del expediente administrativo de la actora expedido por la Secretaria de Educación Distrital.

7. ANÁLISIS DEL CASO

En el caso presente teniendo en cuenta el marco jurídico traído a colación y el material probatorio obrante el en el plenario, para esta Sala es procedente el reconocimiento de la

pensión que invoca la actora en la demanda, esto teniendo en cuenta las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar es necesario hacer referencia a lo que tiene que ver con la compatibilidad pensional.

Con respecto a este tema la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha manifestado que independientemente de la naturaleza pública o privada del ente que administra los aportes destinados a la seguridad social, estos recursos, en ningún caso, entran a formar parte del patrimonio de éstas y su destinación, debe ser la que expresamente ha señalado la ley: el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Haciendo referencia al Instituto de Seguros Sociales expresamente, la misma corporación en su jurisprudencia ha manifestado lo siguiente:

*“En tratándose del régimen de prima media con prestación definida, cuya administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales "empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (...)” según el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, **no es válido afirmar que por la naturaleza jurídica de este Instituto o por su vinculación al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los recursos que administra por concepto de los aportes que realizan sus afiliados y empleadores, hacen parte de su patrimonio o puedan catalogarse como ingresos de la Nación, como parece entenderlo el demandante. Pues, como fue explicado, los aportes que administra el Instituto, así como sus rendimientos, en razón a su naturaleza parafiscal no pueden reputarse de propiedad ni del ente administrador ni del Estado.**”*

Con respecto al mismo tema la misma corporación en sentencia T-340 del 2004 señaló lo siguiente:

*“La Corte analizó la naturaleza jurídica del fondo público que administra el Seguro Social y llegó a la conclusión de que la expresión acusada resultaba exequible siempre y cuando se entendiera que “la naturaleza pública que se reconoce al fondo común que se constituye con los aportes de los afiliados en el régimen de prima media con prestación definida, dado su carácter parafiscal, en ningún caso, debe ser entendida en el sentido que los dineros que de él hacen parte pertenecen a la Nación”. **A tal conclusión se llegó al observar que los recursos que ingresan al mencionado fondo tienen naturaleza parafiscal y, por lo mismo, no ingresan al patrimonio del administrador.**”*

En referencia al mismo aspecto el Consejo de Estado ha manifestado en su jurisprudencia lo siguiente:

“no se configura ninguna incompatibilidad entre la recibir sueldo en un cargo público y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la Ley 100.”

De lo aquí explicado, aflora con claridad que el fondo económico del cual emana el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, pese a estar radicado en cabeza del ISS en su momento, no hace parte del Tesoro Público, por tal motivo los recursos destinados para el pago de acreencias pensionales no integran el Presupuesto General de la Nación, lo que deja como consecuencia sin piso jurídico los argumentos expuestos por la entidad demanda en el presente caso.

Teniendo en cuenta lo anterior y haciendo referencia al caso concreto, para esta Sala las dos pensiones en referencia tienen orígenes distintos, por lo tanto son compatibles entre si, siendo procedente su reconocimiento por parte de la entidad demandada, sumándole a esto que la actora, como se demuestra en las pruebas obrantes en el expediente, se encontraba cotizando al Instituto de Seguros Sociales desde mucho antes de su vinculación con la administración desde el año 1990, lo que para esta Sala evidencia la independencia de las dos pensiones.

Ahora bien explicado lo anterior se procederá verificar si la actora cumple con los requisitos planteados por los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968, artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 y 81 del Decreto 1848 de 1969.

Revisado el expediente se observa que a folio 17 reposa el Decreto número 1170 del año 2009 expedido por la Secretaria de Educación Distrital, donde se retira a la actora del servicio docente por haber cumplido 65 años de edad.

A folio 12 del expediente reposa certificación del salario de los dos últimos años de trabajo de la actora, evidenciándose que en el año 2009 ésta devengaba como salario promedio de dos millones veintitrés mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos (\$2.023.854).

A folio 16 reposa Resolución No. 001177 del 2000 en donde le es reconocida a la demandante la pensión de vejez por el monto de un salario mínimo legal mensual vigente para la época.

Teniendo en cuenta lo anterior para esta Sala es evidente que la actora se vio desmejorada en sus condiciones y calidad de vida, ya que se infiere que al momento de ser retirada del servicio, y sin poder reunir los requisitos de tiempo para obtener la pensión de jubilación, a causa del retiro forzoso por la edad, automáticamente quedó sin otro medio de subsistencia distinto al de la pensión que ya se le había reconocido por parte del Seguro Social, la cual es de un salario mínimo legal, dejándola sin los medios congruos de subsistencia en razón de que venía devengando un salario muy superior al que posee actualmente antes de su retiro.

Por lo anteriormente explicado la demandante se hace beneficiaria de la pensión a que se refieren los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968, artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 y 81 del Decreto 1848 de 1969.

En consecuencia, con fundamento en los anteriores argumentos y atendiendo a que no asiste razón al recurrente, esta Sala procederá a confirmar la sentencia de fecha 31 de enero de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

8. DE LA CONDENACION 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 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 treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Rosa Tulia Paternina Monterrosa contra la Nación – Ministerio de Educación – Secretaria de Educación Distrital – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por las razones expuestas en esta providencia.


SEGUNDO: Sin costas.

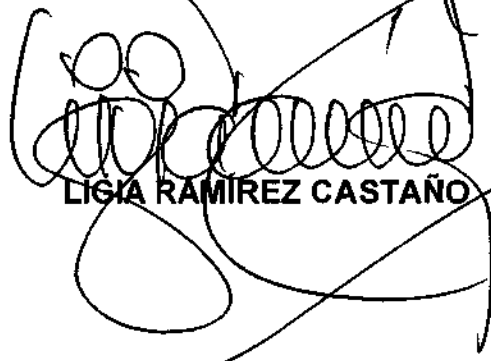
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

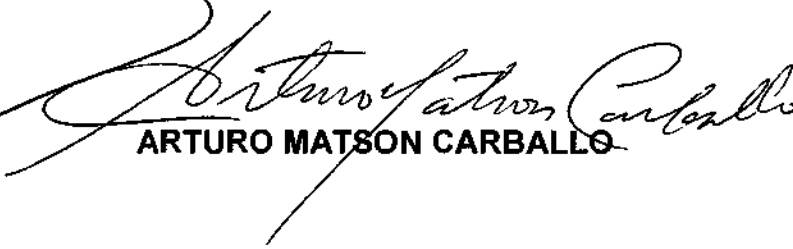
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0036
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: EDWIN GODOY RIVERA
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2005-01878-01
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 BOLÍVAR

SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-33-31-007-2005-01878-01
Demandante : Edwin Godoy Rivera
Demandado : Distrito de Cartagena

TEMA: Contrato realidad

La Sala de Decisión 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 11 de febrero de 2013 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 Oficio de fecha 16 de mayo de 2005, emitido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, mediante el cual se niega la vinculación del actor a la Alcaldía de Cartagena SED como funcionario de planta, y se niega el reconocimiento de las prestaciones adeudadas.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene al Distrito de Cartagena, al pago de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales adeudados durante toda su vinculación.

Que se condene en costas a la demandada.

1.2. HECHOS

Se resumen así:

Se narra en el libelo, que el señor Edwin Godoy Rivera prestó sus servicios personales en la Institución Educativa San Francisco de Asís en el cargo de celador diurno y nocturno en forma continuada desde el 3 de septiembre de 2002 hasta el 2 de junio de 2004, vinculado mediante órdenes de servicios suscritas con la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias.

Cuenta que a pesar de que no le hayan sido expedidas más órdenes de servicios después de diciembre de 2002, continuó prestando sus servicios como celador en la mencionada institución educativa hasta el 2 de junio de 2004, cuando fue definitivamente desvinculado.

Se afirma además, que el actor cumplió a cabalidad y con dedicación las funciones de celaduría y vigilancia a él encomendadas, y que nunca le fueron liquidados los conceptos que tenía derecho como cesantías, vacaciones, primas de navidad y primas de servicio; así como tampoco se le entregaron las dotaciones de calzado, ropa de labor ni se le reconocieron los valores correspondientes a subsidio de transporte y de alimentación.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante cita como violadas, las siguientes disposiciones:

- Arts. 25 y 53 de la Constitución Política.
- Art. 38 de la Ley 715 de 2001
- Art. 32 de la Ley 80 de 1993 ord. 3º.

En el acápite del concepto de la violación de las normas citadas en la demanda, se expone la entidad demandada desconoce la verdadera relación laboral surgida con el actor, fingiendo la celebración de un contrato de prestación de servicios, negando totalmente el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en la Constitución Política de Colombia.

Que con el acto acusado, se viola el inciso tercero de la Ley 715 de 2001, pues se debió incorporar en legal forma al demandante y no desconocer los efectos jurídicos, salariales y prestacionales con la vinculación mediante prestación de servicio. Que frente a los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos, que sean financiados con recursos del Sistema General de Participaciones debe reconocérseles el régimen salarial y prestacional establecido en la Ley 715 de 2001.

Finalmente, alega que el acto acusado es nulo y vulnera el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, debido a que la vinculación que se le realizó al actor no responde a las características típicas de los elementos consagrados en aquella disposición. Y en esa medida, se desbordaron los marcos legales, y se desconocieron las mínimas garantías a que tendría derecho la persona si se hubiera designado por la vía legal apropiada.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, y solicitó que fueran desestimadas las mismas, pues alega que la contratación que se le realizó al actor, fue en los términos del numeral 3º de la Ley 80 de 1993.

Excepciones. Invoca las siguientes:

- *Inexistencia de la relación laboral*, pues alega que la decisión de no acceder al pago de las prestaciones sociales reclamadas por el actor se encuentra ajustada a la ley.

Que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra la modalidad de los contratos de prestación de servicio para el desarrollo de actividades de la administración, cuando éstas no se puedan cumplir con las personas de planta, y que en esos casos, dichos contratos no general relación laboral ni de prestaciones sociales.

Que para que se admita que una persona pueda desempeñar un empleo público, y pueda obtener los derechos que de allí se derivan, se requiere de la existencia de elementos propios de los empleos estatales.

- *Inadecuada selección de la acción*, sostiene que debió instaurar la acción de reparación directa, pues alega que hubo un periodo de tiempo en el que estando vinculado, el actor continuó sus servicios sin que mediara orden de prestación de servicios.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia mediante la cual resolvió declarar no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. Además concedió las pretensiones de la demanda, condenando al Distrito de Cartagena – Secretaría de Educación, que a título de reparación del daño, reconociera, liquidara y pagara a favor del actor las prestaciones sociales legales correspondientes al periodo durante el cual se demostró la existencia de la relación laboral, comprendido en los periodos del 1º de enero al 30 de diciembre de 2002, del 1º de febrero al 30 de diciembre de 2003; y del 1º de enero al 15 de mayo de 2004, tomando como base para la liquidación los honorarios establecidos en las distintas órdenes de prestación de servicios suscritas por el actor.

También se condenó a la demandada, a reconocer y pagar el equivalente de la cuota del empleador por concepto de pensión, por el periodo reconocido en la sentencia.

El fallo de primera instancia consideró que en el presente caso, se configuraron los elementos de la relación laboral, por lo que debía declararse la existencia de la misma, con la consecuente orden de pago de prestaciones que derivan de la misma.

Se valoraron los documentos aportados por la parte actora en copia simple conforme al principio de buena fe, considerando que éstos habían sido aportados a la demanda desde el inicio del proceso, que además su contenido fue ratificado con otras pruebas decretadas y practicadas en la oportunidad legal.

Que en el caso particular del actor, adujo que se podía extraer notoriamente la configuración de los elementos de la relación laboral, pues se acreditó que el actor suscribió órdenes de prestación de servicios con el Distrito de Cartagena para efectos

de prestar sus servicios en las actividades de vigilancia, control de acceso de personal, custodia y cuidado de los bienes en el establecimiento educativo; y que tal labor la realizó durante los períodos del 1º de enero al 30 de diciembre de 2002, del 1º de febrero al 30 de diciembre de 2003; y del 1º de enero al 15 de mayo de 2004, según se desprende de las certificaciones expedidas por el Distrito de Cartagena, y los reportes de novedades laborales que señalan las horas laboradas por el actor.

Que de las certificaciones expedidas por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, se registra que se trataba de órdenes de prestación de servicios dirigidas a “prestar sus servicios en las actividades de vigilancia, control de acceso del personal, custodia y cuidado de los bienes en el establecimiento educativo”; por lo que es obvio que se configuró una relación laboral que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a las de los celadores de planta, en los términos de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, y lo que impone que se dé aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

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:

Alegó que el contrato de prestación de servicios es de naturaleza civil y no laboral, por lo que no está sujeto a la legislación de trabajo y no genera vínculo laboral.

Que de las pruebas que reposan en el expediente, se observa que el actor estuvo vinculado al Distrito de Cartagena mediante órdenes de prestación de servicios para la Secretaría de Educación Distrital, y que tales órdenes no constituyen una auténtica relación laboral, ya que por su naturaleza no genera los elementos que se requieren para ello.

Que en el presente asunto, no están probados los supuestos de los que el accionante pretende hacer derivar su derecho, y tampoco está demostrado que el demandante fuera empleado de planta de la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena y que por ello tenga derecho a las prestaciones reclamadas.

Que el actor estuvo desde el comienzo de su relación con el Distrito consciente del alcance de su vinculación mediante órdenes de servicios y que por tanto, el fallo de primera instancia incurre en una confusión al pretender la existencia de una relación laboral desprendida de una orden de servicio.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante.

Guardó silencio.

Parte demandada.

Reiteró los argumentos del recurso de apelación (f. 167ss)

Ministerio Público.

La Delegada del Ministerio Público rindió concepto solicitando se confirme el fallo de primera instancia, argumentando lo siguiente:

Alega que el vínculo entre las partes desbordaba los límites impuestos por la ley para distinguir el contrato de prestación de servicios de la relación laboral. Que las pruebas que reposan en el proceso demuestran que las funciones desempeñadas por la accionante no fueron de carácter transitorio sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo; y que dicha desproporción evidencia que la contratación se dio con el ánimo de emplearlo de modo permanente en la entidad, pero en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales que son de carácter irrenunciables.

Que en el presente caso se encuentran configurados los elementos propios de una relación laboral y no los de un contrato de prestación de servicios, por lo que estimó procedente que se acceda a las pretensiones de la demanda, dándose primacía a la realidad frente a las formalidades, y se declare la nulidad del acto acusado.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 25 de junio de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 163).

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 166).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. 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.

2. La caducidad

La demanda de la referencia se interpuso el día 16 de septiembre de 2005¹, y como quiera que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa es de fecha 16 de mayo de 2005; 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.

3. El acto acusado

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad del Oficio de fecha 16 de mayo de 2005 proferido por el Asesor Jurídico de la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, mediante el cual se niega al demandante el reconocimiento de una relación laboral.

4. 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 si es procedente reconocer a título de reparación del daño las prestaciones sociales de

¹Ver folio 8.

personas vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, siempre que se demuestren los elementos de la relación laboral.

5. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la providencia apelada, pues en este caso los requisitos de la relación laboral están dados, 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.

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

6. Análisis de la Sala

6.1. La declaración del contrato realidad.

Conforme con el problema jurídico planteado, deberá la Sala precisar si entre la entidad demandada y el señor Edwin Godoy Rivera, 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 jurisprudencia² 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:

²Consejo 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.”³

³Sentencia 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 Estado⁴:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.

(...)

⁴Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No.3074-2005, Magistrada Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, declarando la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, condenando a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por la actora, liquidada con base en los honorarios contractuales, pagando a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación. (...)”.

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 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.

No sucede lo mismo con la actividad desarrollada por los docentes, pues el Consejo de Estado ha señalado que la subordinación y la dependencia se encuentran presentes en las labores desarrolladas por los educadores estatales. Por consiguiente, tratándose de este tipo de empleados, los elementos de la relación laboral se presumen, pues hacen parte de la labor que estos desarrollan.

Teniendo en cuenta lo anterior, salvo el caso de los docentes, los demás contratistas vinculados por órdenes de prestación de servicios deberán acreditar la existencia de los tres (3) elementos tantas veces citados, para poder así proceder a un eventual reconocimiento del mismo.

Ahora bien, en lo que concierne al caso específico de los celadores o vigilantes contratados a través de órdenes de prestación de servicio, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha dicho⁵:

“Frente al contrato realidad de celadores, esta Sección en auto de 3 de mayo de 2007, Exp. 4583-04, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, realizó un análisis de las diferentes posiciones que ha tenido la Corporación frente al tema, así:

“Las subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda sostuvieron criterios diferentes en cuanto al contrato realidad de los celadores.

La Subsección “A” accedió por considerar que la decisión de la entidad accionada de incorporar en la planta de personal a los celadores antes vinculados por contrato de prestación de servicios, implicaba aceptación de la existencia de la relación laboral y que el mismo efecto debían tener las cláusulas del contrato según las cuales la actividad de los celadores se cumplía conforme a las indicaciones del contratante, Alcaldía Municipal de Duitama, sobre las áreas por vigilar. Pueden verse como ejemplos las sentencias de 17 de noviembre de 2005, actor Julián Tovar Goyes, No. Interno 2737-2004, 24 de noviembre de 2005, actor Alonso Ponce Pérez, No. Interno 0527-2005, y 24 de noviembre de 2005, actor Edison Sánchez Castro, No. Interno 4058 – 2004.

Las decisiones no fueron unánimes. En el salvamento de voto se expuso que el vínculo contractual que subyace a los contratos de prestación de servicios es legal porque la Ley 80 de 1993, artículo 32, lo prevé; la relación jurídica derivada del contrato realidad no es igual a la originada en una relación legal y reglamentaria; y no existe violación del derecho a la igualdad porque una es la situación del empleado público y otra la que se origina en un contrato de prestación de servicios.

La Subsección “B” negó la existencia de “contrato realidad” en tratándose de celadores porque las orientaciones impartidas por la entidad obedecen a que la vigilancia debe servir a los propósitos de la administración; y el

⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 19 de julio de 2007 Exp 3322-03 CP Bertha Lucia Ramírez de Páez

sometimiento a un horario no implica relación de subordinación pues es razonable que el servicio de vigilancia se preste en unos horarios determinados. Esta posición puede consultarse, entre otras, en las sentencias de 8 de agosto de 2003, expediente No.0249-2003, actor José Tiberio Vargas González, demandado Departamento del Casanare; y de 12 de mayo de 2005, expediente No.1516 - 2004, actor José de Jesús Ruiz Guerra, demandada Corporación Autónoma Regional de Sucre, Carsucre.”

De lo anterior, la Sala ha concluido que si una persona presta servicios como vigilante por varios años resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes, pues carece de cualquier lógica que quien desarrolla dicha actividad pueda presentarse en la entidad sólo en los momentos en que se requiera y en horarios disímiles.

Las pruebas relacionadas son suficientes para afirmar que en este caso se encuentra probado que las labores de celador desarrolladas por el demandante configuran una verdadera relación laboral pues cumplen con los tres elementos que la integran como son la prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio.

El hecho de que no se hubiera allegado al expediente prueba de que el demandante desempeñaba las mismas funciones de los empleados de planta no desvirtúa la existencia de una verdadera relación laboral pues es la labor de celaduría la que en sí misma desdibuja la independencia que caracteriza el contrato de prestación de servicios.” (Subrayado fuera de texto)

En pronunciamiento reciente ha dicho⁶:

“Tampoco es posible afirmar que las actividades que desempeñó el actor requieran de conocimientos técnicos o científicos específicos, los cuales son elemento esencial para la celebración del contrato de prestación de servicios.

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 22 de marzo de 2012 Exp. 0782-10 C.P Alfonso Vargas Rincón

Debe aclararse que el material probatorio obrante en el expediente, permite inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto como se mencionó anteriormente, la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los vigilantes o celadores; es decir, son consustanciales al servicio de cada entidad.

No desconoce la Sala lo que se ha expuesto en otras oportunidades, en el sentido de que la parte interesada en que se declare la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria, debe revestir el proceso de pruebas documentales y testimoniales que permitan llegar a la convicción de que realmente no se trataba de un contrato de prestación de servicios, y si bien, en el presente asunto no obra prueba abundante, la que reposa es suficiente para deducir los elementos de la relación laboral, por cuanto, del empleo mismo se deduce su falta de libertad para llevar a cabo las funciones de Celador e igualmente que no se trataba de labores de carácter científico, siendo necesaria además la prestación personal del servicio dentro de los horarios regulares de funcionamiento de la Entidad y la remuneración igualmente están probadas." (Subrayado fuera de texto)

Hecho el anterior recuento jurisprudencial, procede la Sala a revisar el acervo probatorio contenido en el expediente, y con base en los parámetros desarrollados en las sentencias del máximo órgano de lo contencioso administrativo, verificar si realmente existió un vínculo laboral entre las partes.

6.2. Lo probado.

- Que mediante certificación suscrita por la Rectora de la Institución Educativa San Francisco de Asís, el actor laboró en dicha institución como vigilante contratado mediante orden de prestación de servicios expedida por la Secretaria de Educación Distrital, para las siguientes fechas: Desde septiembre hasta diciembre de 2002; desde enero hasta diciembre de 2003; y desde enero hasta mayo de 2004.(f. 12)

- Se observan reportes de novedades laborales en el que se consignan las nóminas por sueldo de docentes y administrativos de los Establecimientos Educativos, en los que se relaciona al demandante en los siguientes periodos:

* Del 1º al 31 de octubre de 2002 (f.19)

- * Del 1º al 30 de noviembre de 2002 (f. 20)
- * Del 1º al 30 de diciembre de 2002 (f.21)
- * Del comprendido entre el 15 al 30 de mayo de 2004 (f.13)
- * Del 1º al 30 de septiembre de 2003 (f. 22)
- * Del 1º al 30 de agosto de 2003 (f. 23)
- * Del 1º al 30 de noviembre de 2003 (f.24)
- * Del 1º al 15 de abril de 2004 (f. 14)
- * Del 1º al 30 de marzo de 2004 (f.15)
- * Del 1º al 30 de febrero de 2004 (f. 16)
- * Del 1º al 30 de enero de 2004 (f.17)
- * Del 1º al 30 de septiembre de 2002 (f. 18)

- Orden de Prestación de Servicios No. 14 suscrita por el actor con la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, en la que se le vincula como Celador en la Institución Educativa San Francisco de Asís (Sede Hijos del Agricultor).

- Que de acuerdo a la Certificación expedida por el Director Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación Distrital, el actor prestó sus servicios como celador en calidad de contratista en los siguientes períodos (f.70):

- * Del 1º de enero de 2002 al 30 de diciembre de 2002.
- * Del 1º de marzo de 2003 al 30 de diciembre de 2003.
- * Del 1º de enero de 2004 al 15 de mayo de 2004.

6.3. Análisis del caso.

De acuerdo con el material probatorio antes relacionado, se observa que en efecto, el demandante, prestó de manera directa un servicio, que fue el de celador en la Institución Educativa Distrital San Francisco de Asís, cumpliendo horario de trabajo pues lógicamente debía tener asignados unos turnos para atender las labores de vigilancia, y las demás funciones que le fueron asignadas a través del contrato de prestación de servicios; recibía a cambio de ello una remuneración mensual, circunstancias que permiten concluir, que los requisitos de la relación laboral están dados y que por ende debe atenderse lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, cuando se advierta la existencia de un contrato realidad; por tanto, ha de colegirse que el actor sí tiene derecho a que se le reconozca y paguen sus

prestaciones sociales pero a título de reparación del daño integral⁷, con base en el monto de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Al respecto, mediante providencia de fecha 6 de septiembre de 2012, esta Corporación⁸ rectificó su criterio en casos como el que ahora nos ocupa, exponiendo lo siguiente:

“En estos casos y dentro de ésta acción se prueba contra los contratos, es decir, que éstos no sólo acreditan la prestación efectiva de los servicios durante el lapso que señalan sino que constituyen punto de partida para que con el restante material probatorio se desvirtúe su contenido, lo que sin duda alguna impone para la parte actora la carga probatoria de aportarlos y en ausencia de ello, obliga al juez a desechar los períodos que no se encuentren respaldados por la fundamental prueba que permite el análisis jurídico que conduce a la prosperidad de las pretensiones entratándose el asunto de la demostración de un contrato realidad⁹.”

De acuerdo con lo anterior, 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 (3) 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.”

En el presente asunto se encuentran demostrados los periodos laborados por el actor, esto es, entre el 1º de enero de 2002 hasta el 15 de mayo de 2004 (f. 70), cuando prestó de manera directa el servicio de celaduría y vigilancia en la Institución Educativa San Francisco de Asís; que para la ejecución de dicho servicio, debía cumplir un horario de trabajo; que las funciones que le fueron asignadas se dio a través del

⁷Consejo 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 (. .)”

⁸Sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, MP. Jorge Eliecer Fandiño. Exp. 13-001-23-31-003-2004-00715-01 Actor: Víctor Villamil Cantillo Ddo: ESE Hospital Local de Cartagena de Indias.

⁹Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 4 de mayo de 2010, Rad. 1413-08, C P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

contrato de prestación de servicios, y que a cambio de dichos servicios percibía una remuneración mensual; lo cual permite concluir a 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 integral¹⁰ como 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, tal como lo concluyó el fallo que se revisa, por lo que en esta oportunidad se impone confirmar dicho pronunciamiento.

6.4. Condena en costas

La Sala considera que en esta instancia, no hay lugar a condenar en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, ya que no se observó 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,

¹⁰Consejo 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 (..)”

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha 11 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accede a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

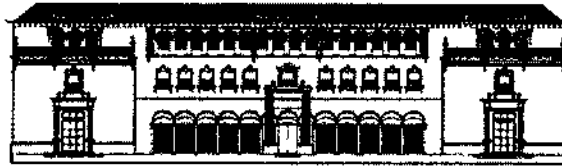
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas: sentencia de segunda instancia dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Rad. 13001-33-31-007-2005-01878-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0037
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: IRINA CARO LEONES
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE SAN JACINTO BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2010-00193-01
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 DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-33-31-007-2010-00193-01
Demandante : IRINA CARO LEONES
Demandado : MUNICIPIO DE SAN JACINTO
Tema : Reconocimiento de salarios empleado público

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 30 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que declaró probada la excepción de falta jurisdicción.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales

5.1. Declarar la existencia del Silencio Administrativo Negativo frente a las peticiones elevadas por la señora Irina Juliana Caro Leones en fecha mayo 29 de 2007 y septiembre 4 de 2009.

5.2. Como consecuencia de la anterior declaración, Declarar la Nulidad de los actos presuntos mediante los cuales el Municipio de San Jacinto negó a la señora Irina Juliana Caro Leones el reconocimiento y pago de los salarios adeudados entre el 12 de Mayo de 2004 y el 6 de Marzo de 2007 tiempo en el cual se desempeñó en el cargo de Coordinadora de Promoción y Prevención de la Secretaría de Salud del Municipio de San Jacinto.

5.3. A título de restablecimiento y como consecuencia de las anteriores declaraciones, Condénese al Municipio de San Jacinto a reconocer y cancelar a la señora Irina Julia Caro Leones las siguientes sumas:

(...)

5.4. Condenar al Municipio de San Jacinto a cancelar a la señora Irina Juliana Caro Leones intereses moratorios en monto de una y media veces el interés bancario corriente a partir del momento en que debió realizarse el pago de cada uno de los salarios adeudados por la entidad demandada. Dispóngase, por tratarse de pago de tracto sucesivo, aplicar la formula separadamente mes por mes, para cada mesada salarial.

5.5. Condenar al Municipio de San Jacinto a ajustar las sumas que resulten a favor de la señora Irina Juliana Caro Leones, en consonancia con el restablecimiento del derecho que se solicita en el punto 5.3 de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso (...)

5.6. Condenar al Municipio de San Jacinto (sic) a cancelar las costas del proceso incluidas en estas las agencias procesales en el monto máximo permitido por el numeral 3.1.2. del artículo 6° del Acuerdo 1887 de 26 de Junio de 2003 (...)

5.7. Ordenar al Municipio de San Jacinto a dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A”.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen así:

La señora Irina Caro Leones laboró en el Municipio de San Jacinto en el cargo de Coordinadora de Promoción y Prevención de la Secretaria de Salud desde el 12 de mayo de 2004 hasta el 6 de marzo de 2007. En virtud de su condición de servidora pública del orden territorial le eran aplicables en materia salarial las disposiciones señaladas en la Ley 4 de 1992, las disposiciones salariales anuales expedidas por el Gobierno Nacional y las que para los precisos efectos expidiera la entidad territorial, sin embargo no se le cancelaron los siguientes periodos:

Junio a Diciembre de 2004

Agosto a Diciembre de 2005

Enero a Diciembre de 2006

Enero a Marzo de 2007

Que la demandante solicito al señor Alcalde de San Jacinto mediante sendas peticiones de fecha mayo 29 de 2007 y septiembre 4 de 2009 realizar el reconocimiento y pago de las sumas adeudadas.

El Municipio de San Jacinto no ha realizado pronunciamiento alguno, por tal razón se ha configurado silencio administrativo en los términos del art. 40 del C.C.A.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Normas violadas:

Convenio C-95 de 1949 de la OIT

Constitución Política: artículos 1,2, 13, 25, 53, 83, 122 ,150 #19 literal e y 313#6

Ley 4 de 1992: artículos 10 y 12

Decreto 1647 de 1967

Decreto 4177 de 2004

Decreto 945 de 2005

Decreto 398 de 2006

Decreto 627 de 2007

Lo anterior lo fundamenta en que estuvo vinculada en un cargo de la planta de personal de la administración municipal de San Jacinto concretamente en el cargo de Coordinadora de Promoción y Prevención, el cual contaba con remuneración acorde a los topes fijados por el Gobierno Nacional mediante los Decretos anuales que establecen el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales, y que durante el lapso en que estuvo vinculada prestó sus servicios en forma personal, lo cual da origen a la cancelación de las acreencias salariales solicitadas.

2. LA DEFENSA

La entidad demanda contestó la demanda¹, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Como razones de defensa, manifestó que el municipio no tiene archivos completos que sirvan para establecer la existencia de la deuda reclamada, debido a que las administraciones anteriores no entregaron dicha documentación; agrega que en la estadística de las demandas del Municipio de San Jacinto se logra verificar que la demandante, interpuso varias acciones de tutela para lograr el pago de las acreencias laborales reclamadas.

Por último propone la excepción de prescripción de las acreencias laborales reclamadas.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Folio 81 a 83

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 30 de mayo de 2012², declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

(...)

“Para el Despacho del contenido de las precitadas pruebas se desprende que si bien se quiso provocar un acto administrativo por parte de la entidad demandada respecto del reconocimiento y pago de los salarios que se le adeudan a la demandante, el Municipio de San Jacinto ya se había (sic) las mencionadas obligaciones laborales originadas de un relación legal y reglamentaria, a través de las certificaciones y las nominas expedidas a favor de la señora IRINA CARO LEONES; es decir que no es necesario que se declare la existencia de tales obligaciones , puesto que la entidad accionada ya las reconoció.

En otras palabras, existe un documento proveniente del deudor en el cual se reconocen las acreencias de tipo laboral derivadas del no pago de los salarios devengados por la señora IRINA CARO LEONES, por lo que la acción procedente era la ejecutiva y no la acción de nulidad y restablecimiento del derecho puesto que esta última es de tipo declarativo, sin embargo, resulta imposible adecuar la acción para su estudio no solo porque se trata de proceso cuyo trámite es diferente sino porque la jurisdicción contencioso administrativa no es competente para pronunciarse al respecto, ya que esta únicamente conoce de los procesos ejecutivos originados de contratos o sentencias proferidas por dicha jurisdicción, y en el sub lite el título se deriva de obligaciones laborales derivada de una relación legal y reglamentaria , por lo que es materia que debe ser decidida por la jurisdicción ordinaria laboral de conformidad con el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, vigente para la época de la presentación de la demanda (...)”

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y hace las siguientes anotaciones:

Afirma que el Juez de primera instancia inobservó que por disposiciones especiales contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el Decreto 111 de 1996, las certificaciones realizadas por el Municipio de San Jacinto no podían considerarse un Título Ejecutivo con los presupuestos señalados en el art. 488 del C.P.C, se transcribe así el art. 71 de dicho Decreto.

Señala que el Decreto 568 de 21 de marzo de 1996, “*por medio del cual se reglamentan las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 orgánicas del Presupuesto General de la Nación*” dispone en su artículo 20 como el Registro

² Folio 193 a 199

Presupuestal es una operación a través de la cual se perfeccionan los compromisos asumidos por las entidades públicas.

De la norma transcrita advierte que siempre que se pretenda afectar el presupuesto de una entidad pública, dicho acto debe contar no sólo con certificado de disponibilidad presupuestal, sino que además será requisito ad sustanciam actus o de existencia que dicho documento cuente con registro presupuestal, documento este del cual adolecían las señaladas certificaciones de 5 de septiembre de 2006, 24 de octubre de 2006 y marzo 6 de 2007 emitidas por el Alcalde Municipal de San Jacinto.

Por último señala el recurrente que la sentencia inhibitoria adoptada por el A Quo quebrantó la confianza legítima frente a las actuaciones previamente adoptadas por el Juez y cercenó la posibilidad de hacer exigible el derecho pretendido.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Demandante:

No alegó

5.2. Demandado:

No alegó.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La señora agente del Ministerio Público³ rindió concepto en los siguientes términos:

“Que la demandante solicito al señor Alcalde de San Jacinto mediante sendas peticiones de fecha mayo 29 de 2007 y septiembre 4 de 2009 realizar el reconocimiento y pago de las sumas adeudadas.

El Municipio de San Jacinto no ha realizado pronunciamiento alguno, por tal razón se ha configurado silencio administrativo en los términos del art. 40 del C.C.A

En consecuencia, ya no está en discusión la vinculación laboral que existió de la demandante con el municipio de San Jacinto, ni la existencia de unas acreencias laborales, las cuales la mayoría fueron canceladas (sic)

Es decir resulta pertinente lo deprecado por la accionante en el sentido que se declare la existencia de un acto ficto por la negligencia del municipio de dar respuesta al derecho de petición formulado.

³ Folio 228 a 230

Y por tanto lo que procedería es determinar si el municipio cancelo en tu totalidad las acreencias y cuales están pendientes.

Por lo que solicitaremos muy respetuosamente la revocatoria de sentencia de primera instancia y en su lugar se dicte una (sic) auto de mejor proveer solicitándole al municipio certifique si ya cancelo la totalidad de las acreencias adeudadas de 2004 a 2007.”

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 25 de febrero de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 224).

El 4 de abril de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 226).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 18 de noviembre de 2013 (folio 231).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar ¿si mediante la acción contenciosa impetrada es viable la declaratoria de los derechos laborales invocados por la demandante?

De ser procedente lo anterior, determinar ¿si es procedente la declaratoria del acto ficto o presunto demandado y a título de restablecimiento el reconocimiento de los derechos laborales reclamados?

3. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Titulo Ejecutivo

Las obligaciones ejecutables, según la ley procesal civil, artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, requieren de demostración documental en la cual se advierta la satisfacción de las condiciones tanto formales, como de fondo establecidas por el legislador.

Las primeras (las de forma), exigen que se trate de documento o documentos auténticos, que conformen unidad jurídica; que emanen de actos o contratos del deudor o de su causante (títulos contractuales), o de una sentencia de condena proferida por el juez (títulos judiciales) etc. Las segundas condiciones (las de fondo), atañen a que de ese o esos documentos, con alguno de los orígenes indicados, aparezca a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, una "obligación clara, expresa y exigible y además líquida o liquidable por simple operación aritmética si se trata de pagar una suma de dinero".

Frente a esas calificaciones, ha señalado la doctrina que por expresa debe entenderse cuando la obligación aparece manifiesta en la redacción misma del título, es decir, que en el documento o documentos que contienen la obligación, debe constar en forma nítida el "crédito - deuda", sin que sea necesario acudir a elucubraciones o suposiciones. Por ello, como lo ha dicho la doctrina procesal colombiana, "faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógico jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta".

Otra de las cualidades necesarias para que una obligación contractual sea ejecutable es la claridad, esto es, que debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido.

Y la última cualidad para que la obligación sea ejecutable, es que sea exigible, es decir, que pueda demandarse su cumplimiento por no estar pendiente de un plazo o una condición. Dicho de otra forma, la exigibilidad de la obligación se debe, a la que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acontecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no haberse sometido a plazo ni a condición, previo requerimiento

Decreto 111 de 1996

Artículo 71 *“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.”*

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49).

Del Acto Ficto o Presunto

El artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, consagra la figura del silencio negativo dentro de la vía gubernativa de las actuaciones administrativas que se tramitan por el procedimiento del Código Contencioso Administrativo. Y lo presenta como circunstancia de omisión administrativa respecto de la notificación de la decisión expresa de los recursos de reposición o apelación, **dentro de los dos meses siguientes a su interposición en debida forma.**

En virtud de tal omisión, nace un acto administrativo ficto o presunto que contiene una decisión negativa o adversa al administrado, y, por tanto, confirmatoria del acto recurrido.

En términos de la misma norma – el artículo 60 del C. C. A. -, la ocurrencia del silencio administrativo negativo no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Este silencio es, entonces, una forma de sancionar a la Administración negligente y de garantizar al administrado la posibilidad de demandar la decisión definitiva que le creó, modificó o extinguió alguna situación jurídica, junto con el acto presunto que la confirmó

(artículo 135 del Código Contencioso Administrativo). Por tanto, el acto presunto negativo constituye una forma de agotar la vía gubernativa⁴.

Conforme a la Jurisprudencia y la normatividad aplicable el término de caducidad de aquellas acciones instauradas contra actos administrativos presuntos, producto del silencio de la Administración frente a la petición inicial, pueden presentarse en cualquier tiempo.

Del pago de los salarios adeudados

El Presidente de la República, en desarrollo de las normas generales en la Ley 4^a de 1992, expidió el Decreto 4177 de 2004 de diciembre 10 de 2004 “por el cual se establece el límite máximo salarios de los empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”

El Decreto 1467 de 1967, en su artículo 1º establece que los pagos por sueldos o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

Igualmente el artículo 2º ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondencia justificación legal.

El Decreto 941 de marzo 30 de 2005, dictado por el Gobierno Nacional señaló el monto máximo de remuneración salarial para los empleados del Orden Territorial a partir del 1º de enero de 2005.

Así mismo el convenio C-95 de 1949 de la OIT ratificado por Colombia, relativo a la protección del salario dispone:

Artículo 6. “Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario”

Artículo 12. “El salario se deberá pagar a intervalos regulares. A menos que existan otros arreglos satisfactorios que garanticen el pago del salario a intervalos regulares, los intervalos a los que el salario deba pagarse se establecerán por la legislación nacional o se fijarán por un contrato colectivo o laudo arbitral.

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 18 de octubre de 2007, expediente 15484, Consejero Ponente Dr. Héctor J. Romero Díaz.

Caso Concreto

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por las partes procede la Sala a resolver el problema jurídico, consistente en determinar si mediante la acción contenciosa impetrada es viable la declaratoria de los derechos laborales invocados por la demandante.

En el sub-examine se pretende la nulidad de los actos administrativos fictos negativos, producto del silencio de la Administración respecto de las peticiones de 29 de mayo 2007 y 9 de abril del mismo año, presentadas por la demandante, en procura de obtener el reconocimiento y pago de los salarios dejados de pagar.

Al respecto, obran en el expediente tres certificaciones⁵ emitidas por el Alcalde Municipal de San Jacinto fechadas 5 de septiembre 2006 , 24 de octubre de 2006 y marzo 6 de 2007 en las cuales hace constar cuales son los meses adeudados a la señora Irina Juliana Caro Leones durante su vinculo legal y reglamentario con el municipio.

Pues bien; una vez revisada la normatividad aplicable se logró determinar que dichas certificaciones no constituyen por si mismas un titulo ejecutivo, dado que para el cobro judicial de salarios adeudados por una entidad pública, el titulo no es simple como los serian las certificaciones, sino que requieren de otros documentos para ser integrados, constituyéndose lo que la doctrina ha denominado titulo ejecutivo complejo, pues la sola certificación aportada, no compromete la responsabilidad del ente territorial, toda vez que para ello tendrían que traerse el certificado de disponibilidad presupuestal que respaldara los salarios o por lo menos el acto administrativo que reconociera la prestación.

Al respecto, nada impide al alcalde de la entidad expedir certificación sobre salarios debidos al trabajador. Lo que sí es claro es que este documento no constituye titulo ejecutivo, pues de esta certificación no se desprende que el gasto se haya decretado; que esté inscrito el egreso en el presupuesto de gastos y menos aun que se haya expedido el giro y ordenado el pago.

Siguiendo este hilo conductor, se concluye que no le asiste razón al a quo para considerar configurada la excepción de falta de jurisdicción en el caso concreto y por tal razón deberá revocarse dicho pronunciamiento, lo que impone que se realice por la Sala el estudio de fondo de lo planteado en la demanda.

⁵ Folio 21 a 23

Pues bien; el numeral 3 del artículo 136 del C.C.A., establece que la acción sobre los actos presuntos se puede ejercer en cualquier tiempo, lo que significa que en los casos en los que se configura un acto ficto o presunto producto de un silencio de la Administración, no existe término perentorio alguno que dé cabida al fenómeno de la caducidad, situación totalmente aplicable para el caso que nos ocupa, toda vez que no obra en el expediente prueba alguna donde conste respuesta a mencionadas peticiones.

Señala el Municipio de San Jacinto que a la actora se le canceló la suma de \$11.865.148 a través de la Tutela Rad. 2006-00069, los meses de enero-abril a diciembre de 2005, febrero y marzo le fueron cancelados por tesorería. (fl90)

Sin embargo, se observa en el expediente oficio No. JUPMSJB 0355 D (fl 149), donde el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de San Jacinto, certifica que la señora Irina Caro Leones funge como demandante en la tutela radicada bajo el número 136444089001-2006-00296-00 en fecha 25 de septiembre de 2006, y que una vez constatado el expediente se observó que no hubo pagos ni títulos pertenecientes al Municipio de San Jacinto de Bolívar, situación esta que deja en evidencia que los pagos afirmados por el accionando no se han realizado.

En este orden de ideas, está probado que la demandante laboró en el Municipio de San Jacinto en el Cargo de Promoción y Prevención de la Secretaría de Salud desde el 12 de mayo de 2004 hasta el 6 de marzo de 2007, en virtud de su condición de servidora pública del orden territorial a la señora le eran aplicables en materia salarial las disposiciones señaladas en la Ley 4 de 1992, las disposiciones salariales anuales expedidas por el gobierno nacional y las que para los precisos efectos expidiera la entidad territorial.

Así las cosas, se concluye que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios causados por el ejercicio del cargo de Coordinadora de Promoción y Prevención de la Secretaría de Salud del Municipio de San Jacinto, y en tal sentido se procederá a declarar la nulidad del acto ficto o presunto y se ordenará el pago de los salarios dejados de percibir por la actora.

Para el restablecimiento del derecho debe precisarse que durante el desarrollo de su relación legal y reglamentaria, dicho municipio omitió la cancelación y pago de las siguientes asignaciones salariales:

Periodo 2004

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
JUNIO	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
JULIO	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
AGOSTO	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
SEPTIEMBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
OCTUBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
NOVIEMBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
DICIEMBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)

Periodo 2005

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
AGOSTO (Parcial)	Seiscientos Veinticuatro Mil Cuatrocientos Ochenta y Un Pesos (\$624.481)
SEPTIEMBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)
OCTUBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)
NOVIEMBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)
DICIEMBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)

Periodo 2006

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
ENERO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
FEBRERO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
MARZO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
ABRIL	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
MAYO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
JUNIO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
JULIO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
AGOSTO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
SEPTIEMBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)

OCTUBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
NOVIEMBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
DICIEMBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)

Periodo 2007

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
ENERO	Un Millón Cuatrocientos Cincuenta y Tres Mil Ciento Cincuenta y
FEBRERO	Un Millón Cuatrocientos Cincuenta y Tres Mil Ciento Cincuenta y Cinco Pesos (\$1.453.155)
MARZO	Doscientos Sesenta y Ocho Mil Ciento Siete Pesos (\$268.107)

Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente fórmula:

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

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago de cada mesada salarial.

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,

FALLA

REVOCAR la sentencia de fecha 30 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la se declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto, mediante el cual se negó el reconocimiento del pago de salarios de la señora Irina Caro Leonas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al Municipio de San Jacinto a pagar a la actora las siguientes sumas de dinero:

Periodo 2004

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
JUNIO	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
JULIO	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
AGOSTO	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
SEPTIEMBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
OCTUBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
NOVIEMBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)
DICIEMBRE	Un Millón Doscientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Siete Pesos (\$1.283.307)

Periodo 2005

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
AGOSTO (Parcial)	Seiscientos Veinticuatro Mil Cuatrocientos Ochenta y Un Pesos (\$624 481)
SEPTIEMBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)
OCTUBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)
NOVIEMBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)
DICIEMBRE	Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$ 1.353.889)

Periodo 2006

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
ENERO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1 421.583)
FEBRERO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
MARZO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
ABRIL	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
MAYO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
JUNIO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
JULIO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
AGOSTO	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
SEPTIEMBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)

OCTUBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
NOVIEMBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)
DICIEMBRE	Un Millón Cuatrocientos Veintiún Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos (\$1.421.583)

Periodo 2007

SALARIOS ADEUDADOS	SUMA A CANCELAR
ENERO	Un Millón Cuatrocientos Cincuenta y Tres Mil Ciento Cincuenta y
FEBRERO	Un Millón Cuatrocientos Cincuenta y Tres Mil Ciento Cincuenta y Cinco Pesos (\$1.453.155)
MARZO	Doscientos Sesenta y Ocho Mil Ciento Siete Pesos (\$268.107)

TERCERO: Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente fórmula:

$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$

Índice inicial

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago de cada mesada salarial.

CUARTO: Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, remitir al juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

ref. al despacho
MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ

Arturo Matson Carballo
ARTURO MATSON CARBALLO

Ligia Ramirez Castaño
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0038
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: MILENA RAMOS MURILLO
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2012-00089-01
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 ESPECIAL DE DESCONGESTION 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante : Milena Ramos Murillo

Demandado : Distrito de Cartagena de Indias

Expediente : 13-001- 33-31-001-2012-00089-01

Tema : Contrato Realidad

I. ANTECEDENTES

La Sala de Descongestión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el acuerdo No. PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2012, proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho seguido por MILENA RAMOS MURILLO contra el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, que concedió las pretensiones de la demanda.

1. LA DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

"PRIMERA: Que por parte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, ha operado el fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo, en razón de no haberse desatado dentro del término legal el escrito presentado el día 11 de Julio de 2000, sobre el cual guardó absoluto silencio.

"SEGUNDA: Que se declare que es nulo el acto administrativo ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo al no responder la administración del Distrito de Cartagena de Indias, la (sic) petición presentada el día 11 de Julio de 2000, para reclamar el pago de los derechos laborales contenido en dicho memorial.

¹ Ver Folio 69 a 82 y 84 a 99

“TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al pago a favor de mi poderdante la suma correspondiente a la indemnización equivalente al valor de los salarios y prestaciones sociales aquí reclamadas y dejados de pagar.

“CUARTA: Que se condene al DISTRITO TURISTICO y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, a pagar a mi mandante, las sumas de dinero aquí reclamadas y que fueron dejadas de percibir, debidamente indexadas, o en su lugar, que sean liquidadas en su totalidad con el factor salarial existente de un cargo igual o similar, para la fecha en quede ejecutoriada la sentencia que resuelva favorablemente esta acción. Sumas que se deberán actualizar sin solución de continuidad desde su desvinculación hasta el momento del pago de la obligación.

“QUINTA: La liquidación y pago de las sumas reconocidas como resultado de esta acción, se hará en sumas de dinero de curso legal en Colombia, devengando intereses moratorios correspondientes, conforme al último inciso del artículo 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, conforme a la certificación que expida la Superintendencia Bancaria para el momento.

“SEXTA: Que a la sentencia que esa Honorable Corporación profiera en este caso, se le dé cumplimiento en el término improrrogable señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

“SEPTIMA: Que en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades y teniendo en cuenta que el trabajador demandante tenía una relación con la entidad, a éste le asiste, los mismos derechos laborales del personal de planta que cumplía las mismas funciones y en el mismo cargo, con todas las prestaciones sociales de Ley, o a título de indemnización, se proceda a reconocer y pagar el equivalente a las prestaciones sociales y diferencias salariales que perciban los empleados de planta en el cargo de Conserje.

“OCTAVA: Condenar encostas y agencias en derecho.”

1.2. HECHOS

Se afirma como soporte fáctico lo siguiente:

Que la señora MILENA RAMOS MURILLO, prestó sus servicios al DISTRITO DE CARTAGENA en el cargo de Conserje, con una remuneración mensual de \$324.324.00, durante el tiempo comprendido desde 2 de Febrero de 1995 hasta 1° de Febrero 1999, vinculado mediante orden de trabajo, cumpliendo horario de 8 horas laborales diarias y las extras (4 diarias); además cuatro (4) turnos nocturnos al mes, Sábados, Domingos y festivos, así sucesivamente. Que la demandante trabajó ininterrumpidamente todo el tiempo señalado anteriormente, sin solución de continuidad.

Que la entidad demandada vinculó a la señora Ramos mediante órdenes de trabajo, que también expidió la Secretaria de Desarrollo Social y Humano del Distrito, dependencia sin personería jurídica; siempre bajo la jefatura del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, en el cargo de Conserje en la Clínica Maternidad Rafael Calvo orientando y supervisando a las adolescentes en el desarrollo de las actividades de rutina y programas, acompañando a las adolescentes a desplazarse a otras instituciones, supervisando los turnos de las adolescentes en la preparación de las comidas, aseo y mantenimiento de la unidad, supervisando el menú diario, haciendo los pedidos a los mercados, recibiendo orientación de la Nutricionista, brindando a la adolescente un trato humano, respondiendo por el inventario de manejo de cocina, cumpliendo con el reglamento interno de trabajo; al salir y llegar de cada turno, recibir y entregar la Unidad limpia y supervisada y las demás que le fueran asignadas. De igual forma, manifiesta la parte demandante que dicha orden de trabajo simuló la verdadera naturaleza jurídica, ya que se trataba de un contrato de trabajo por los tres elementos que lo constituyen, y que se dieron en ésta situación como son: A- La prestación personal de servicio. B.- La permanente y continuada subordinación y dependencia. C.- La remuneración recibida como contraprestación.

Que dicha "subordinación permanente" consistía en que la actora estaba sujeta a un horario determinado, estaba obligada a asistir al trabajo todos los días, y a cumplir las órdenes e instrucciones impartidas por el Jefe de la División de Recursos Humanos y la Directora del Programa de Adolescentes Embarazada sin autonomía técnica, administrativa o financiera, y del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias.

Que los pagos se hacían mensualmente, con cargo al presupuesto del Distrito.

Que la labor desempeñada por MILENA RAMOS MURILLO se cumplía en igualdad de condiciones que los empleados que ocupaban el cargo de CONSERJE en la Secretaría

de Desarrollo Social y Humanos de Planta, y CONSERJE del Distrito de Cartagena de Planta, pues su única diferencia consistió en que su vinculación era mediante orden de trabajo y los de planta estaban vinculados mediante nombramiento por resolución; a estos últimos se les paga mejor salario y prestaciones sociales y a la actora no.

Que la señora Ramos Murillo reclamó al Distrito que se le incorporara en la planta de personal mediante nombramiento por resolución y se le pagaran sus prestaciones sociales y diferencias salariales, y la Administración prometió que así se haría; buscó asesoría profesional para solucionar ésta reclamación, que fue absuelta en sentido favorable, para que se pagara, y muy a pesar de ello la Administración nunca la nombró en planta así como tampoco pagó las prestaciones sociales y diferencias salariales que se le asistían.

En memorial que se presentó el día 11 de Julio de 2000, ante la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias se surtió la reclamación de dichas obligaciones laborales, no dando respuesta de ninguna clase, constituyéndose el silencio administrativo negativo ya que pasaron los tres (3) meses desde esa fecha, quedando así agotada la vía Gubernativa.

Que las autoridades administrativas del Distrito de Cartagena no contestaron la petición de pago de los derechos, conducta negativa, la cual se concreta en el no pago de los derechos laborales que se reclaman.

1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1.3.1. NORMAS VIOLADAS.

La parte demandante considera que se han vulnerado las siguientes disposiciones:

Artículos 13, 25, 53, 122 Constitución Nacional Ley 80 artículo 36 del 1993

Decreto No. 1333 artículo 1/86 y artículo 292.

Ley 11 de 1986 artículo 42.

Ley 115 de 1994 artículo 105.

Ley 60 del 1993 artículo 6.

Ley 3 del 1969, Ley 11 del 1984, Ley 70 del 1988, artículo 1; Decreto reglamentario No. 1978 del 1989, artículos 1, 2, 3 y 5.

Artículo 16 del Decreto N° 52 del 10 de Enero de 1994; Decreto N° 82 del 10 de Enero de 1995, artículo 14; Decreto N° 45 del 5 de Enero de 1996, artículo 13.

Decreto N° 52 del 10 de Enero de 1994, artículo 23; Decreto N° 82 del 10 de Enero de 1995, artículo 21; Decreto N° 45 del 5 de Enero de 1996, artículo 20.

Ley 4 de 1966.

1.3.2. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la demandante que se han violado los artículos 2 y 25 de la Constitución Política por cuanto el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, no ejerció su poder dentro de los presupuestos legales, ni aseguró el cumplimiento de los deberes que le eran propios, derivando la correspondiente responsabilidad administrativa; cuando la entidad demandada infringió normas constitucionales y legales, al decretar la desvinculación, lo efectuó sin observar ni cumplir los parámetros y ordenamientos que sobre la responsabilidad plena y comprobada están estatuidos para evitar el reino de la ilegalidad y la injusticia.

Señala que el acto Administrativo acusado quebranta de forma manifiesta tales preceptos constitucionales, por cuanto desconoció la obligación pública de proteger el trabajo, pues se supone que el Administrador Público es el primer obligado a respetar las normas que regulan la función pública.

Respecto a la estabilidad del empleo, afirma la actora que es una manifestación del principio de seguridad, pues como el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. Pero sí es conveniente que se sienta como principio laboral la estabilidad, como garantía del trabajador a permanecer en su actividad de provecho tanto propio como social. Toda norma que tienda a vulnerar este principio es, en definitiva, no sólo un retroceso que supone olvidar logros laborales por los cuales, la humanidad ha luchado denodadamente, sino que contraría los fines de la persona en sociedad.

En cuanto a la discrecionalidad y buen servicio, relata que respecto de un funcionario de Libre Nombramiento y Remoción, puede incurrir la insubsistencia de su nombramiento en cualquier momento, sin embargo la discrecionalidad de la administración pública no es absoluta ni ilimitada porque debe realizarse dentro de las

condiciones legales, ser adecuada a los fines de la norma que la permite y proporcional a los hechos que le sirven de causa, tal como lo dispone el artículo 36 del C.C.A.

En el caso que nos atañe la Administración abusó de su competencia discrecional al declarar la insubsistencia de la demandante, pues no se demostró previamente la ineptitud o la inmoralidad de una funcionaria que llevaba desempeñándose eficientemente en un cargo por más de cuatro (4) años. La discrecionalidad no puede llegar al desconocimiento de las exigencias legales para convertirse en una decisión arbitraria.

De igual forma, afirma que en el caso *sub judice* se produjo un Desvío de poder, ya que se obró con móviles diferentes al buen servicio, y aunque el acto acusado sea de los llamados discrecionales, por tratarse de un funcionario público, no vinculado a carrera alguna, debe tenerse en cuenta, que la finalidad de estos, no debe ser otra que la de lograr el buen servicio público.

A lo anterior hay que agregar que la Constitución y la Ley establecen la exigencia de motivar todo acto administrativo, en consideración al buen servicio; así al no existir tal motivación se llega al desvío de poder, porque si, externamente, el acto puede parecer válido, realmente no lo es por comprender motivaciones extrañas a los intereses del Estado y de los particulares. Si el fin perseguido por el acto es distinto del logro del Buen Servicio, como en este caso, hay quebrantamiento de los principios esenciales del derecho.

Acreditada la relación laboral con sus tres elementos ya relacionados, a la demandante le asiste el derecho al pago de las prestaciones sociales que le asiste a todo empleado que tenga un status de empleado público como son: un mes de sueldo por cada año de servicio, según el literal A del artículo 17 de la Ley 6ª del 1945, que debió cancelarse con el último salario devengado, para dar cumplimiento a la preceptiva del artículo 1º del Decreto 2567 del 1946. El derecho de percibir el auxilio de cesantías derivado de que el Parágrafo Único de la Ley 65 de 1946, extendió éste beneficio a los trabajadores de Orden Municipal, y el art. 2 ibídem estableció las reglas para las liquidaciones, y la actora no las ha recibido; la Ley 244 del 1995, artículos 1 y 2, establece que la cancelación que el auxilio de cesantías debe hacerse dentro de los 60 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud hecha por el interesado; se presentó la solicitud el día 11 de Julio de 2000, y como la entidad no le ha contestado muy a pesar de que sus asesores jurídicos así lo sugirieron, violó la ley, lo que trae como consecuencia una sanción consistente en el pago a favor del demandante de un

día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías. Igualmente nunca disfrutó de vacaciones en el tiempo de servicio, por ello debe compensarse en dinero; y como no se pagaron se infringió el contenido de los artículos 1 y 3, del Decreto 2939/1944; numeral 8 inciso final del artículo 10, del Decreto 3135 del 1968; del art. 10 del Decreto 1848 de 1969 y 8, 12 y literal b del artículo 20 del Decreto 1045/1978, normas estas que disponen que el trabajador gozará de 15 días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio y proporcional por fracción de año, y que en éste caso la demandante fue retirada del servicio sin disfrutar vacaciones, por lo que se deben compensar.

Igualmente, alega la parte demandante que es beneficiaria de una Prima de Navidad establecida en la Ley 4ª de 1966, la que es equivalente a un mes de trabajo por año de servicio y proporcional a la fracción de año trabajado, que de conformidad con el artículo 11 del decreto 3135 del 1968; artículo 51 del Decreto 18481/1969 y 32 del Decreto 1045/1978, debe ser pagado dentro de la primera quincena de Diciembre. Tiene derecho además a la dotación de uniformes y calzados, conforme a la Ley 3ª de 1969; Decreto reglamentario 1978, arts. 1, 2, 3 y 5, normas que también resultaron violadas, al no entregar dicha dotación, lo que impone el pago de la indemnización por lo que los peritos señalen como perjuicios. Finalmente, el auxilio de transporte es un derecho al que también le asiste, de acuerdo con el Decreto 52/1994 art. 16; Decreto 82 del 1º de Enero de 1995, art. 14; Decreto 45 de Enero/1996 art. 13.

Alega que las decisiones administrativas negativas contenidas en el acto ficto o presunto objeto de esta demanda contravienen en forma palmaria y ostensible los preceptos constitucionales y legales arriba transcritos. Lo anterior, por cuanto se desconocieron las prerrogativas y los principios contenidos en el artículo 36 del Estatuto de Contratación Administrativa (Ley 80/1993), y conociendo la Administración Distrital de la reclamación de los trabajadores por Órdenes de Trabajo, quienes solicitan el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, y teniendo certeza de que en efecto, la permanencia del servicio, la subordinación permanente que sujetaba a los trabajadores al cumplimiento de un horario de trabajo, a asistir todos los días al lugar de trabajo, y recibir y cumplir órdenes de la Administración a través de sus Directores y Gerentes, Secretarios de Despachos y Alcalde, la Administración Distrital ha persistido en su negativa de pagar los derechos laborales que le asiste a sus trabajadores vinculados por la mal llamada "Orden de Trabajo", que no es más que un Contrato de Trabajo por los elementos tipificantes del mismo, lo que le generará consecuencias sancionatorias laborales como los salarios o indemnización moratoria.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda² extemporáneamente.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias mediante sentencia de fecha 29 de octubre de 2012³, concedió las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

“(…)”

2.- En tratándose de la remuneración devengada por la actora, se puede evidenciar que existió una contraprestación económica según se deduce de los pagos hechos a nombre de la señora MILENA RAMOS MURILLO; a su vez, dichos pagos lo cuales se encuentran en comprobantes de egreso, ordenes de pago y planillas de pago en copia simple y autenticadas, describen que se cancelan en virtud de órdenes de prestación de Servicios Generales — Programa Adolescentes Embarazadas como Conserje de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias. Lo anterior indica que existió una retribución económica que aunque no se asemeje a una remuneración con los factores salariales que demandan una relación laboral, sí corresponden a la relación laboral que mantenía el Distrito demandado con la actora.

3.- Por otra parte, la entidad demandada afirma que el único tipo de vinculación existente entre la señora MILENA RAMOS MURILLO y el DISTRITO DE CARTAGENA fue la conocida como Contrato de Prestación de Servicios, la cual carece del elemento Subordinación y por lo tanto no comporta un contrato laboral.

En este punto, el Despacho considera necesario subrayar que la naturaleza del cargo que ocupaba la señora Ramos Murillo en la Unidad de Atención a la Adolescente Embarazada adscrito a la Secretaria de Desarrollo Social y Humano de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias (el de Conserje), no le permitía prestar sus servicios sin que existiera una subordinación, ya que no podía ésta tomar la decisión de moverse del lugar de servicio o de prestar el servicio en determinados momentos, como bien le pareciera, por lo que debía cumplir la jornada laboral que se le señalaba y lo que en

² Folio 113 a 119

³ Folio 275 a 304

consecuencia, genera una efectiva disponibilidad propia de la Subordinación; al respecto se ha pronunciado el H. Consejo de Estado así:

"(...)"

Con base en lo anteriormente expuesto, no es dable a la entidad demandada afirmar que el elemento "subordinación" no existió durante la prestación de los servicios como CONSERJE por parte de la señora MILENA RAMOS MURILLO en el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS. Todo lo contrario, se hace inevitable y necesaria la existencia de dicho elemento en el caso sub examine.

"(...)"

Para el Juzgado, las pruebas demuestran la existencia de los tres elementos (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación) propios de la relación laboral; por lo que si bien no se cuestiona la legalidad del contrato de prestación de servicios, en él subyace una verdadera relación laboral, la cual permite, como bien lo solicitó la accionante, reconocerle a título de indemnización las prestaciones surgidas en la prestación del servicio tomando como base el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo, por el periodo de mayo 1 de 1997 a diciembre 31 de 1998."

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

"(...)"

Frente al proveído debo manifestar que la primera aclaración que hay que hacer es que no nos encontramos frente a un contrato laboral y que bien ha dicho el togado en la parte motivada de la sentencia que el reconocimiento de la relación laboral no se puede hacer existiendo un contrato de prestación de servicios, cuya existencia se encuentra debidamente probada en folios, así como también se pudo establecer que el dinero recibido a título de honorarios no constituye una remuneración laboral y que la relación existente entre la demandante y el Distrito de Cartagena se encuentra ajustada al artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sin lugar a dudas el estado puede contratar personal especializado y técnico para ejercer funciones específicas de acuerdo con su preparación y formación profesional, constituyéndose en un apoyo a la gestión dentro del (sic) los entes estatales. No hay lugar a interpretar que las funciones realizadas por la señora RAMOS MURILLO, constituyeron en momento alguno relación laboral con el Distrito de Cartagena, toda vez que las funciones que ejercía las podía realizar incluso en los horarios que ella misma se colocara, tan es así que una de sus funciones consistía en orientar y supervisar a las adolescentes en el desarrollo de las actividades de rutina y programas, esto significa que era ella quien coordinaba los horarios en los que realizada tal actividad programaba su agenda para cumplir con funciones específicas para el buen servicio a la entidad.

A si mismo se encargaba de realizar visitas a otras instituciones acompañando a las adolescentes embarazadas, esto es que no tenía un horario específico para entrar o salir de la CLINICA MATERNIDAD RAFAEL CALVO, en consecuencia los tales horarios forzosos y de estricto cumplimiento de que habla la demandante en no existían ya que en oportunidades se encontraba fuera de la institución donde prestaba sus servicios realizando actividades propias del servicio que debía (sic) encomendado.

En consecuencia no se encontraba frente a la supervisión constante a que se refiere el juzgado en su sentencia para que se diera realmente una relación laboral. Conjugándose los preceptos exigidos por la ley laboral para la existencia de un contrato laboral. Si bien a la demandante se le realizaban pagos mensuales no en razón de una remuneración o salario si no en calidad de honorarios por la prestación de sus servicios y debían ser justificados mensualmente con un lleno de actividades que como dije anteriormente eran programadas por la demandante y acreditadas por el director de la división de recursos humanos de la secretaria de desarrollo social y humano.

Consecuencia de lo anterior es improcedente condenar al Distrito al pago de acreencias laborales que no existen por la ya mencionada inexistencia de relación laboral entre la demandante y este, ahora pues es tan poco clara la interpretación que de la norma que hacen a lo largo y ancho de la sentencia que confunde el enjuiciador al punto que debió declararse incompetente para fallar ya que no es el Juez Administrativo quien debe dirimir los conflictos laborales o derivados de la relación laboral si no el juez especialista para estos casos, que no es otro del Juez Laboral.

La señora MILENA RAMOS MURILLO fue contratada como conserje dentro del programa de unidad de adolescentes embarazadas, bajo la dirección y vigilancia de la secretaria de desarrollo social, bajo la modalidad de apoyo a la gestión con tiempo

determinado y funciones específicas conforme a lo establecido por la Ley 80 de 1993, y realizaba funciones que no podía realizar el personal de planta ya que era insuficiente y como lo dije antes debía realizar actividades fuera de la institución, para lo cual precisamente se contrata un personal que brinde el apoyo que a la entidad estatal, bajo la premisa de realizar un trabajo idóneo y prestar un servicio óptimo a la institución.

Es por esto que la demandante tenía unos turnos para laboral bajo una agenda que ella se encargaba de organizar y acordar todas las actividades que debía realizar de acuerdo al programa de las adolescentes embarazadas.

La demandante igualmente cumplía órdenes impartidas por el director de la división de recursos humanos de la secretaría de desarrollo social y humano, los que debía obedecer por una sola razón la prestación de un buen servicio.

Es normal que cuando el estado contrata colaboradores para que le ayuden al cumplimiento de sus deberes, estos deban realizar las acciones encomendadas dentro de las condiciones propias de los servicios confiados y de las necesidades de la entidad contratante. Este es un hecho normal que surge la prestación de un servicio que no tiene por qué desvirtuarse y convertir el contrato de prestación de servicio en un contrato laboral ya que no es la naturaleza jurídica del mismo

“(...)”

De lo anterior que es reglado por la ley 80 de 1993, las formas y mecanismos para la contratación entre el estado y los particulares sin que haya lugar a confusión alguna con un contrato laboral o relación laboral entre el particular y el estado, ya que los trabajadores públicos están reglados por normar definidas y específicas dentro del compilado normativo nacional, para el caso en concreto era necesaria la contratación de una persona con las características profesionales del perfil de la demandante y el Distrito de Cartagena realizo la contratación como prestadora de servicios tal y como lo estipula la Ley sin que haya lugar a indemnizaciones o pagos de acreencias laborales porque tal como se expresó antes no existe una relación laboral.

“(...)”

Por lo anteriormente expuesto me permito recurrir la sentencia de la referencia teniendo en cuenta dos situaciones de fondo apuntadas en las premisas del Juez Administrativo; (i) si el togado de primera instancia considera que le atañe a la actora un reclamación de acreencias laborales, carece de competencia para otorgarla pues en proceso idóneo

para ello es frente a los jueces laborales (ii) por otro lado si estamos como realmente lo es frente a un contrato de prestación de servicios, no le corresponde de manera alguna a la demandante y por ningún concepto el pago de indemnización a razón de prestaciones sociales, características propias de un contrato o relación laboral que a luces no se configura en el caso estudiado, frente a estos dos presupuestos solicito formalmente sea estudiado el caso por el superior jerárquico para que dirima la controversia expuesta.”

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

3.1. EL DEMANDANTE:

No alegó

3.2. LA DEMANDADA:

No alegó

4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público rindió concepto como consta a folio 338 a 345 del expediente y solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia toda vez que considera que están acreditados los elementos para que se configure una relación laboral.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

1. El 22 de marzo de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 331)
2. El 10 de mayo de 2013 se corrió traslado para alegar (folio 336)
3. El 18 de noviembre de 2013 ingresa al Despacho para dictar sentencia (folio 119)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA.

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD.

La acción de la referencia fue impetrada oportunamente, toda vez que se demanda el acto ficto o presunto derivado de la petición presentada ante la entidad accionada el día 11 de julio de 2000, que de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo pueden ser demandados en cualquier tiempo.

3. ACTO ACUSADO

- Acto ficto o presunto derivado de la petición de presentada ante la entidad accionada el día 11 de julio de 2010, mediante la cual se negó entre otros, el reconocimiento de la relación laboral entre la actora y la entidad demandada.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar como primera medida, si entre la demandante y el Distrito de Cartagena de Indias existió una relación laboral; y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo.

5. TESIS DE LA SALA

La Sala comparte el criterio del Juez de primera instancia, por considerar que se probaron todos los elementos que dan lugar a configurar la existencia de una relación laboral; razón por la cual confirmará en la sentencia de fecha 19 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena.

6. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

6.1. DEL CONTRATO REALIDAD

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, estudió la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral. Al respecto, consideró lo siguiente:

“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; al 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 independiente⁴.

Lo anterior, permite concluir 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, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, surge el derecho a que sea reconocida tal relación; y que como consecuencia de ello, se ordene a favor del contratista el derecho al pago de las prestaciones sociales, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

Por otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ ha reiterado, que cuando se pretende el reconocimiento de una relación laboral, desvirtuando con ello la existencia de un contrato de prestación de servicios, deben acreditarse fehacientemente en el proceso la existencia de los siguientes elementos: *i)* la subordinación, *ii)* la prestación personal del servicio, y *iii)* la existencia de una remuneración por el trabajo cumplido, 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

⁴ Subrayas son de la Sala.

⁵ Ha sido definido en sentencias de la Sección Segunda Subsección "B" C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez de fecha 20 de septiembre de 2007, Radicación número 25000-23-25-000-2000-01217-01(4107-04); también mediante sentencia de fecha 6 de marzo de 2008 de la misma Sección, Subsección "A" C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06), al estudiar si era viable el reconocimiento de un contrato realidad por los periodos laborados bajo la modalidad de contratos u Órdenes de Prestación de Servicios, sentencia de 12 de febrero de 2009, radicación No. 70001-23-31-000-1999-01156-01(1982-05) con ponencia del Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, en la Subsección "A".

para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se deba desempeñar.

Por lo expuesto, se procede a analizar si en el caso concreto se dan los elementos antes anotado.

7. HECHOS PROBADOS

La Sala encuentra probado lo siguiente:

1. Se encuentra aportada al expediente la orden de prestación de servicios personales de septiembre 5 de 1997 suscrito por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y la señora Milena Ramos Murillo que tiene por objeto la prestación de servicios como conserje en la Unidad de Atención Integral a la Adolescentes Embarazadas. Dicho contrato tuvo un término de duración de seis (6) meses (folio 146 a 147)
2. Orden de prestación de servicio de fecha Julio de 1998 suscrito por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y la señora MILENA RAMOS MURILLO que tiene por objeto prestar los servicios como Conserje del Programa de Adolescentes Embarazadas, con un término de duración de seis (6) meses contados a partir del 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 1998 (folio 66)
3. Comprobante de Egreso de fecha marzo 7 de 1995, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de febrero, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 12)
4. Comprobante de Egreso de fecha julio 30 de 1996, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de junio de 1996, por valor de \$237.000, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 16)
5. Comprobante de Egreso No. 10953 de fecha noviembre 6 de 1996, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de octubre de 1996, por valor de \$237.000, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 14)
6. Comprobante de Egreso No 2463 de julio 22 de 1997, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de mayo de 1997, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO, por valor de \$237.000 (folio 19)

7. Comprobante de Egreso No 2518 de agosto 5 de 1997, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de junio de 1997, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO, por valor de \$237.000 (folio 20)
8. Comprobante de Egreso No 23524 de septiembre 23 de 1997, de la Fiduciaria La Previsora, por los servicios prestados en julio y agosto de 1997, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO, por valor de \$609.729 (folio 158)
9. Comprobante de Egreso de 1997, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de septiembre de 1997, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 18)
10. Comprobante de Egreso No. 2776 de fecha Noviembre 11 de 1997, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados Mes de Octubre de 1997, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 17)
11. Comprobante de Egreso No. 2809 de fecha diciembre 10 de 1997, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados según orden de trabajo del mes de noviembre de 1997, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio. 22)
12. Comprobante de Egreso No. 2864 de fecha enero 5 de 1998, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de diciembre de 1997, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 28)
13. Comprobante de Egreso de fecha enero 4 de 1998, de la Fiduciaria La Previsora, por valor de \$ \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 148)
14. Orden de Pago 029159 de fecha 4 de enero de 1998, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 149)
15. Planilla de Pago ordenes de trabajo de mes de marzo de 1998, a nombre de la demandante por valor de \$304.865.00 (folio 152)
16. Comprobante de Egreso de la Fiduciaria La Previsora, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO, por los servicios prestados en el mes de abril de 1998 (folio 153)

17. Comprobante de Egreso de fecha junio 10 de 1998, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de mayo de 1998, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 26 reverso)
18. Comprobante de Egreso de fecha julio 13 de 1998, de la Fiduciaria Tequendama, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 37)
19. Comprobante de Egreso de fecha noviembre 27 de 1998, de la Fiduciaria Tequendama, por los servicios prestados en el mes de noviembre de 1998, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 36)
20. Comprobante de Egreso 1461 de fecha diciembre 29 de 1998, de la Fiduciaria Tequendama, por valor de \$304.865.00, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 29)
21. Comprobante de Egreso 1602 de fecha marzo 3 de 1999, de la Fiduciaria Tequendama, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO (folio 30)
22. Comprobante de Egreso 41332 de fecha agosto 2 de 1999, de la Fiduciaria La Previsora, a nombre de MILENA RAMOS MURILLO, por \$304.865 (folio 137)
23. Certificación de 1 de abril de 1997 expedida por la coordinadora de la Unidad de Adolescentes en Embarazo de la Clínica Maternidad Rafael Calvo en la que hace constar que la señora MILENA RAMOS MURILLO se encuentra realizando sus funciones como Conserje en el programa de Unidad de las Adolescentes Embarazadas desde el 1 de marzo al 31 de marzo de 1997 (folio 39)
24. Certificación de 1 de diciembre al 30 de diciembre de 1996 expedida por la trabajadora social de la Clínica Maternidad Rafael Calvo en la que hace constar que la señora MILENA RAMOS MURILLO se encuentra laborando en la unidad de Adolescentes en Embarazo, desempeñando el cargo de Conserje durante el periodo comprendido del 1 de diciembre al 30 de mismo de 1996 (folio 38)
25. Mediante memorial obrante a folio 44 obran las funciones del Conserje suscrita por la señora MILENA RAMOS MURILLO en calidad de Conserje y la señora Dalcy Goenaga, las cuales nos permitimos transcribir:

"Orientar y supervisar a las adolescentes en el desarrollo de las actividades de rutina y programadas.

Acompañar a los adolescentes que requieran desplazarse desde la Unidad a otras Instituciones ya sea para recibir atención médica u odontológica técnica y nivelación educativa.

Supervisar los turnos de las Adolescentes en la preparación de las comidas y en las labores de aseo y mantenimiento de la unidad.

Establecer y supervisar el menú diario de las Adolescentes.

Hacer los pedidos correspondientes a los mercados, la bienestarina y útiles faltantes en la Unidad, para que la coordinadora lo haga directamente a la Secretaría de Desarrollo.

Recibir orientación de la Nutricionista para la preparación de las dietas alimenticias de las adolescentes.

Brindar a las Adolecentes un trato humano y justo, adecuado al proceso formativo.

Responder por el inventario de menaje de cocina y dotación personal de las adolescentes y sus bebés.

Cumplir con el reglamento interno de trabajo

Al salir de cada turno y llegar a cada turno, recibir y entregar la Unidad limpia y supervisada.

Las demás funciones inherentes al cargo.” (Subraya la Sala) (folio 44)

26. A folio 45 obra oficio de fecha 18 de mayo 1998 suscrito por la Secretaria de Desarrollo Social y Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, dirigida a DELCY GOENAGA, Directora del Centro Adolescente Embarazada, en la que le informa que todo el personal de esa dependencia debe trabajar en turnos diurnos y nocturnos y deben rotarse semanalmente, además señala que los turnos son de estricto cumplimiento y la directora debe hacerlo cumplir a cabalidad (folio 45)

27. Cuadro de horarios de la Unidad de Atención a la Adolescencia Embarazada correspondiente al mes de julio y agosto de 1998, en la que figura la señora MILENA

RAMOS MURILLO, suscrito por la señora DELCY GOENAGA, Directora del Centro Adolescente Embarazada (folios 48 y 49)

28. Declaración de Delcy Goenaga Barboza:

"A continuación se le informa el objeto de la prueba el cual consiste en que declare sobre las circunstancias laborales respecto de la demandante y que son objeto de la presente demanda, y se le concede el uso de la demanda para que manifieste lo siguiente: "Conocí a la Señora Milena cuando empecé a laborar como Coordinadora de la Unidad de Atención a la Adolescente Embarazada la señora Milena se desempeñaba como Conserje en esa institución mi funciones eran hacer cumplir las órdenes de la Secretaría de Desarrollo Social y Humano de donde dependíamos directamente, la Secretaría en esos momentos era la doctora Claudia Galindo, la Secretaría mensualmente emitía ordenes de servicios de todos los trabajadores de dicha unidad dichas ordenes eran mensuales pero ininterrumpidamente en ningún momento nos suspendieron las ordenes cumpliendo un horario estipulado por dicha Secretaría en un horario rotativo de acuerdo al cargo que desempeñaba cada una de las personas que laboraban ahí, las conserjes cumplían horarios que se rotaba semanalmente, una semana era de día otra era de noche, pero les correspondía asistir todos los días de la semana incluyendo los fines de semana porque esas eran funciones similares a la de una Ama de Llaves en donde tenía que ejercer control y vigilancia constante sobre las adolescentes internad de la Unidad, todo el personal de la Unidad debía cumplir las ordenes de la Secretaría de Desarrollo, y esta Secretaría depende de la Alcaldía, el personal o tenía autonomía ni financiera ni científica para actuar es decir dependíamos de la Secretaría de Desarrollo Social y Humano." Dicho lo anterior se le concede el uso apoderado de la parte demandada quien pregunta lo siguiente: "Diga al declarante si conoce o no a la señora Milena Ramos Murillo en caso afirmativo desde cuando la conoce y porque." CONTESTÓ: "Si, desde cuando empecé a laborar en la Unidad de Atención a la Adolescente Embarazada, ella ya laboraba ahí". PREGUNTADO: "Diga usted al Despacho que funciones cumplía doma (sic) Milena Ramos Murillo en el cargo de Conserje y que horario de labores cumplía, y bajo ordenes de quien cumplía esas funciones". CONTESTO: Laboraba como Conserje, sus funciones eran supervisar vigilar a la (sic) adolescentes internas coordinar ciertas actividades de mantenimiento de la entidad como la limpieza, organización del área de labores y la parte de servicios generales de comedor y cocina, su horario era todo los días en horario diurno y nocturno, EMITIDOS POR LA Secretaría de Desarrollo y Humano quienes exigían que los horarios fueran así" PREGUNTADO: "Explique al despacho que día de la semana laboraba y si el empleador le proporcionaba los días

de descanso semanal de la ley durante el tiempo que laboró con la Alcaldía de Cartagena." CONTESTO: "Sobre el descanso puedo decir este se daba solo para los cambios de turnos..." PREGUNTADO: "En el expediente a folio 45, (en ese momento se le pone de presente el documento en cuestión) se encuentra de fecha mayo 18 comunicación escrita dirigida a usted como Directora del Centro de Adolescentes Embarazada y firmada por la señora Claudia Galindo Osorio de la Alcaldía de Cartagena de Indias, diga usted el al despacho si usted aplicó e hizo cumplir dicha directriz a todos los trabajadores y a Milena Ramos Murillo". CONTESTÓ: "Si la hice cumplir a todos el personal que debía rotar incluida Milena Ramos." PREGUNTADO: "A folio 44 del expediente obra escrito titulado "funciones de la Conserje" firmado por usted y por Milena Ramos Murillo (en ese momento le pone de presente el mencionado documento), explique si todas las ordenes e instrucciones del documento se cumplieron a satisfacción y si esas directrices la fijaba la Alcaldía Mayor de Cartagena." CONTESTÓ: "Si, cumplió todas las funciones y esas directrices las fijaba la Alcaldía de Cartagena..." PREGUNTADO: "A folio 48, 49, 50, 51, 53 y 54 del expediente que ponemos a su vista y consideración sobre turnos de trabajo de los empleados de programas de adolescentes del programa de adolescentes embarazadas de la Alcaldía de Cartagena (en ese punto de la diligencia se le pone de presente el documento en mención al testigo), diga usted si dichos turnos fueron cumplidos por Milena Ramos Murillo". CONTESTÓ: "Si, fueron cumplidos, y me consta porque yo era la Coordinadora en ese momento y elaboré los turnos...." (Subraya la Sala) (Folio 132 a 133)

De las pruebas allegadas al expediente se tienen probados lo siguientes hechos: I) La señora MILENA RAMOS MURILLO LABORÓ estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios, de forma continua, como Conserje en la Unidad de Atención Integral de Adolescentes Embarazadas de la entidad demandada durante los periodos comprendidos entre marzo de 1997 a 31 de diciembre de 1998; pues si bien se trajeron comprobantes de egreso con fechas anteriores, no se soportaron en ordenes de servicios expedidas para esas fechas II) Por la labor prestada devengaba unos honorarios, tal y como constan en los comprobantes de egresos y de pagos obrantes en el expediente; III) La Directora de la Unidad de Atención Integral de Adolescentes Embarazadas le ordenaba cumplir horarios de trabajo, haciendo turnos de trabajo, así mismo dentro de sus funciones se encontraba la de cumplir con el reglamento interno de trabajo y la de salir de cada turno y llegar a cada turno, recibir y entregar la Unidad limpia y supervisada, entre otras.

8. ANALISIS DEL CASO

En el presente caso se encuentra demostrado que la señora MILENA RAMOS MURILLO estuvo vinculada al Distrito de Cartagena de Indias mediante contratos de prestación de servicios, los cuales ejecutó en la Unidad de Atención Integral de Adolescentes Embarazadas de la Secretaría de Desarrollo Distrital Social y Humano, durante los periodos comprendido de marzo de 1997 a 31 de diciembre de 1998.

Ahora bien, tal y como se concluyó en el acápite correspondiente, con los comprobantes de egreso y pago obrantes en el expediente se demostró plenamente que la actora recibía una remuneración por la labor que desempeñaba en la Unidad de Atención Integral de Adolescentes Embarazadas.

Respecto, al tercer elemento, esto es, la subordinación, existen de bulto pruebas en el plenario que dan cuenta sobre este requisito, en primer lugar se observa de la declaración rendida por la señora Delcy Goenaga Barboza, quien se desempeñaba al momento de los hechos como Directora de la Unidad de Atención Integral de Adolescentes Embarazadas, quien afirma que la señora MILENA RAMOS MURILLO estaba sometida a un horario de trabajo, es decir, turnos de trabajo, tal y como dan cuenta las planillas de horario laborales recaudadas en el expediente suscritas por la declarante y que ella ratifica.

Así mismo corrobora el oficio que le fue remitido por la Secretaria de Desarrollo Distrital Social y Humano en la que le informa a la Directora que todo el personal de esa dependencia (Unidad de Atención Integral de Adolescentes Embarazadas) debía trabajar en turnos diurnos y nocturnos y rotarse semanalmente, además que los turnos son de estricto cumplimiento y la misma debía hacerlos cumplir a cabalidad; expresó en su declaración, que obedeció el oficio y lo ejecuto sobre todo el personal que se encontraba laborando, incluyendo a la actora.

De igual forma, de las funciones a las que estaba sometida la actora y que le fueron informadas por la misma Directora de la Unidad de Atención Integral de Adolescentes Embarazadas y que reafirma en su declaración, se encuentra la de cumplir con el reglamento de trabajo y la de salir de cada turno y llegar a cada turno, recibir y entregar la Unidad limpia y supervisada, por lo que se infiere de dichas funciones que la actora se constituía en una trabajadora permanente de la planta de personal de la dependencia, cumpliendo con los horarios de trabajo, los cuales son inherentes a la función que le correspondía desempeñar.

Del anterior análisis se colige sin ambages que la señora RAMOS MURILLO desempeñaba una labor dependiente o subordinada a la entidad demandada.

Así las cosas, se tienen plenamente demostrados los elementos para considerar que existió una relación laboral entre la actora y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, tal y como bien concluyó el fallo que se revisa, siendo menester confirmarlo.

9. DE LA CONDENA EN 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 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

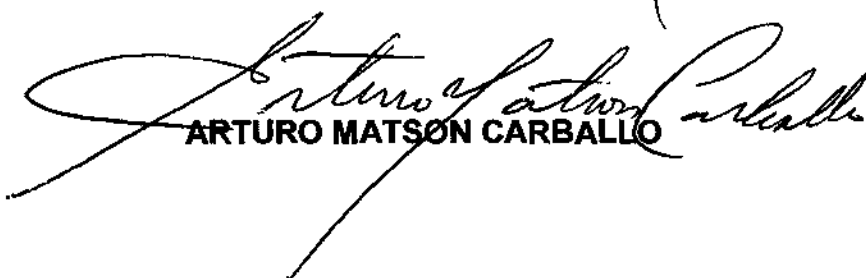
SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, remitir al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


MÁRCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0039
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA "INANTRA"
DEMANDADO	: U-A-E DIAN-
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2004-00970-02
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



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C. veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-23-31-000-2004-00970-02
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Interandina de Transportes Ltda. - INANTRA
Demandado : Dian

Tema: Resuelve excepciones cobro coactivo.

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia del 25 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La sociedad INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA- INANTRA., por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES – DIAN, tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000522 del 19 de marzo de 2004, mediante la cual se resuelven las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago No. 000194 del 28 de octubre de 2003 y ordena seguir adelante la ejecución contra la transportadora Inantra Ltda y la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda.

Rad: 000-2004-00970-02
Dte. Interandina de Transportes Ltda.
Ddo: DIAN

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la DIAN devolver las sumas de dineros debidamente indexadas que hubiere llegado a cancelar la demandante y la Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda.

Tercero: Que se condene en costa a la parte demandada.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Narra la demandante que mediante Resolución No. 00046 de enero 29 de 1997, la administración aduanera declaró el incumplimiento del régimen aduanero autorizado en la continuación de viaje No. 04479 del 26 de diciembre de 1995 y ordenó hacer efectiva la póliza expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia por la suma de \$12.544.932.
2. Dentro de la oportunidad legal la aseguradora interpuso los recursos de ley y la actora de la misma manera a través del memorial calendado 17 de febrero de 1997, presentó escrito solicitado la revocatoria del acto administrativo que declaró el incumplimiento.
3. Que mediante Resolución No. 0101 del 27 de agosto de 1998, la demandada resolvió el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora, pero no se pronunció sobre el escrito presentado por la sociedad demandante.
4. En ese orden señala la actora que por Resolución No. 00098 del 27 de noviembre de 1998, la DIAN resuelve el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora confirmando la decisión inicial; no obstante en la parte resolutive de éste acto administrativo la Directora Regional del Caribe, *"indica que dentro del expediente aparece el escrito radicado con el No. 227 de febrero 17 de 1997, ... sobre el cual no figura acto administrativo alguno por parte de la División de Liquidación que se pronuncie sobre el mismo, por lo tanto se remitirá los antecedentes a fin de que se pronuncie al respecto.."*
5. Que esta última resolución se notificó a la aseguradora, pero no se notificó a la sociedad actora, sin embargo se tuvo conocimiento de ella, por cuanto la aseguradora informó de la existencia de las resoluciones que resolvieron los recursos, lo que a juicio de la demandante frente a su escrito no se había agotado la vía gubernativa.
6. Que mediante petición de fecha de recibo 04 de abril de 2001, la demandante solicitó ante la Administración Especial de Aduanas de Cartagena que se pronunciara sobre el recurso de reposición interpuesto el día 17 de febrero 1997; petición que fue resuelta a través de comunicación adiada 19 de abril de 2001

Rad. 000-2004-00970-02
Dte. Interandina de Transportes Ltda.
Ddo. DIAN.

donde se le indicó a la libelista, que "...La manifestación por Usted aludida en el acto No. 0098 del 27 de noviembre de 1998, no tenía el carácter de recurso..."

7. No obstante, la actora nuevamente presenta sendos derechos de peticiones (028242 y 28243 del 19 de septiembre de 2001), reiterando el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución No. 098 que ordena remitir el expediente a la División de Liquidación para lo de su competencia; sin embargo, la División de Liquidación mediante oficio No. 016487 informa que el expediente se encuentra en la División Jurídica de esa administración.
8. Con base en esta última respuesta, manifiesta la libelista que nuevamente presenta derecho petición a fin de que el expediente administrativo se remita a la División de Liquidación tal como lo ordenó la Resolución No. 098 de 1998; petición que fue resuelta de manera desfavorable, por cuanto la División Jurídica a través de oficio No. 020674 del 28 de diciembre de 2010, informa que después de revisado el expediente, éste no corresponde a la información reseñada por la peticionaria y en consecuencia no accede a remitirlo a dicha división.
9. Finalmente dos años después la demandada profiere mandamiento de pago No. 00194 del 28 de octubre de 2003, por la suma de \$12.544.932 más los intereses de actualización se causen desde cuando se hizo exigible la obligación y hasta cuando se cancele. Contra dicho mandamiento la actora propuso las excepciones de falta de ejecutoria del título y la falta de título ejecutivo por cuanto no se ha agotado la vía gubernativa para la sociedad Inantra.
10. Que con Resolución No. 000522 del 19 de marzo de 2004, la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena, declaró no probadas las excepciones propuestas y ordenó seguir adelante la ejecución contra la demandante. Resolución que se notificó el día 29 de marzo de 2004.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la sociedad accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

Constitucionales: Artículo 29 de la Carta Política.

Legales: Arts. 35, 44, 47, 52 y 53 del C.C.A.; art. 829, nral. 3 y 7 del art. 831, art. 834 y 835 del Estatuto Tributario.

A continuación se resumen los cargos de violación alegados por la demandante.

- *Falta de ejecutoria del título que da origen al mandamiento de pago No. 00194 del 28 de octubre de 2003.*

Rad: 000-2004-00970-02
Dte Interandina de Transportes Ltda.
Ddo: DIAN.

Aduce que se presenta esta excepción, por cuanto la Administración de Aduanas no ha resuelto el recurso interpuesto por la actora, dado que en la Resolución No. 0098 del 27 de noviembre de 1998, solamente desató el recurso de apelación impetrado por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda, y no el presentado por Interandina de Transportes Ltda.

Que dicha omisión quedó reflejada en esta resolución, por cuanto la Directora Regional Caribe, señaló que no existe acto administrativo alguno donde se pronunciara sobre el memorial de fecha 17 de febrero de 1997, por lo que ordena la remisión de los antecedentes a la División de Liquidación para que se pronuncie sobre ello.

Es por lo anterior que la sociedad demandante considera en este caso, que no se cumplió con el requisito procesal que se exige para que librar mandamiento de pago, configurándose así la excepción prevista en el numeral 3º del artículo 831 del Estatuto Tributario.

- *Violación del debido proceso, ya que no se dio aplicación al artículo 53 del Código Contencioso Administrativo: rechazo del recurso.*

Señala que la demandada viola el debido proceso por cuanto no dio aplicación a lo previsto en el artículo 53 del C.C.A. concerniente a que no rechazó el recurso interpuesto por la demandante, pese a que confrontado el memorial presentado ante la administración y lo dispuesto en la norma de referencia no se indica ningún requisito especial que no se haya tenido en cuenta para su interposición.

- *Vicios de forma: el documento invocado por la DIAN, oficio donde dice haber informado que el escrito presentado por Inantra no era un recurso, no reúne los requisitos de los artículos 44, 47 y 53 del C.C.A.*

Advierte que la DIAN pretende darle al escrito presentado por la actora el alcance de una providencia con los requisitos previstos en el artículo 53 del C.C.A., sin embargo esta posición no se ajusta a la realidad por cuanto, la mencionada comunicación fue recibida por Interandina de Transportes Ltda., por lo que hasta ahora se conoce y en ese momento no se atacó.

De otra parte, si se hubiese recibido, este oficio no reúne los requisitos de acto administrativo con las formalidades expuestas en el artículo 53 del C.C.A.

Que teniendo en cuenta que al considerar que el escrito presentado por la demandante a juicio de la DIAN no era un recurso, ponía término a una actuación administrativa el cual debía notificarse personalmente al interesado y si ello no era posible, se le debía citar por correo.

Rad. 000-2004-00970-02
Dte. Interandina de Transportes Ltda.
Ddo: DIAN.

- *Falta de título ejecutivo.*

Que no habiendo quedado ejecutoriada la Resolución No. 0046 de 29 de enero de 1997, la obligación contenida en ella no es exigible por los motivos expuestos.

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Aduce la DIAN que una vez declarado el incumplimiento del tránsito aduanero por parte de la actora, ésta no ejerció ninguno de los recursos a los cuales tenía derecho para agotar la vía gubernativa, quedando en firme el acto administrativo que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la póliza que para tales efectos se había constituido.

Que quien ejerció los recursos correspondientes fue la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., los que le fueron resueltos oportunamente con la Resoluciones No. 0101 del 27 de agosto de 1998 y No. 098 del 27 de noviembre de 1998 respectivamente.

En cuanto al cargo de falta de ejecutoria del título que da origen al mandamiento de pago No. 000194 del 28 de octubre de 2003, señaló, que a la demandante se le dio toda la oportunidad para ejercer su derecho de defensa; que el hecho de que no le haya ejercido en tiempo, no le da lugar a congestionar a un más a la justicia, tratando de revivir términos y /o espacios ya perdidos.

Agrega que la administración claramente explicó y demostró a la actora que el título se constituyó válidamente, y que las excepciones interpuestas no estaban llamadas a prosperar, toda vez que es cierto que el Jefe de la División Jurídica le devolvió el expediente a la División de liquidación porque a su juicio al estudiar el recurso de apelación interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., encontró que con respecto al escrito radicado No. 2227 de febrero 17 de 1997, no existía dentro del expediente pronunciamiento alguno, no es menos cierto, que este hecho no implicaba en modo alguno, darle el carácter de recurso, ya que solo a la División de Liquidación le competía determinarlo.

Que ante esta remisión, la División de Liquidación fue tajante al pronunciarse al manifestar, que la resolución indicaba claramente los recursos que podía hacer uso la actora y que al no hacer hecho uso de ellos podía solicitar la revocatoria ante el administrador de aduanas exponiendo sus motivos de inconformidad.

En ese orden aclara la Dian que la División de Liquidación no le contestó el recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por la demandante, porque se demostró que la División si le contestó y le dejó claro que el documento no era recurso y que tenía otro medio de defensa, el cual no fue utilizado.

Rad: 000-2004-00970-02
Dte: Interandina de Transportes Ltda.
Ddo: DIAN.

Arguye en lo atinente a la falta de ejecutoria del título, que se debe tener presente que si bien el título se constituye en la base de ejecución para obtener el pago, dentro de sus características, al tenor del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra la de contener una obligación expresa, clara y actualmente exigible, es decir, se impone la existencia de una obligación exigible, lo que indica que no es que a partir del título que la obligación sea exigible, sino que ésta es una condición para la procedibilidad de la ejecución.

Que en el sub lite, la notificación se efectuó en debida forma y que la transportadora INANTRA LTDA, no agotó la vía gubernativa dándose uno de los presupuestos de la firmeza del acto administrativo, procediendo la administración a ejecutar la obligación.

Que el título objeto de estudio está conformado por la Resolución no. 00046 del 29 de enero de 1997 y la póliza No. 000017 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia.

Con relación al cargo de violación al debido proceso, reitera la DIAN, que en el procedimiento administrativo quedó plenamente comprobado que Interandina de transportes Ltda., no interpuso recurso alguno para agotar la vía gubernativa.

En contraste con el argumento de la sociedad actora relativa a que no se le notificó el oficio No. 0006A-064-0073, la DIAN advierte que si el querellante no hubiese recibido respuesta alguna, porque no acudió a las vías procesales a las cuales tenía derecho, bien por la acción de revocatoria directa ante la misma administración o ante lo contencioso demandando el silencio administrativo negativo, una vez haya cumplido los requisitos de su procedencia.

Excepción.

Propone la parte demandada la excepción de **indebido agotamiento de la vía gubernativa**, toda vez que la parte actora no presentó recurso, puesto que no obra prueba alguna tendiente a demostrar que la notificación por correo efectuada por la DIAN haya sufrido alguna irregularidad y por consecuencia haya sido devuelta o no haya llegado a su destino final, por lo tanto goza de la presunción de legalidad y le corresponderá al interesado la carga de desvirtuarla.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendada 25 de octubre de 2011, concedió las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Considera en cuanto a la excepción propuesta por la demandada que la misma no está llamada a prosperar como quiera que el acto acusado es la Resolución No. 000522 del 19 de marzo de 2004, mediante la cual se resuelven las excepciones propuestas contra el

Rad 000-2004-00970-02
Dte Interandina de Transportes Ltda.
Ddo: DIAN.

mandamiento de pago; que el numeral quinto de dicha resolución, señala que contra ella procedía el recurso de reposición, el cual es facultativo y por lo tanto no se requiere de su obligatoria interposición para tener por agotada la vía gubernativa.

De otro lado, advierte el *a quo* frente al escrito presentado por la sociedad actora el día 17 de febrero de 1997, que éste está dirigido a la División de Liquidación y en el mismo en forma expresa se solicita que "*se revoque la resolución de la referencia*"; por lo que a su juicio dicho escrito expone las razones por las cuales la Resolución No. 00046 del 29 de enero de 1997, debe ser revocada y se indica en el membrete cual es la dirección en donde tiene su sede la demandante.

Que este escrito necesariamente debe ser tenido como un recurso, pues claramente contiene la manifestación del afectado por acto administrativo en el sentido de oponerse a la decisión adoptada y explicar las razones de la inconformidad. Expresamente se está solicitando que se revoque y este es justamente uno de los propósitos que tiene la interposición de recursos.

Que es cierto que el escrito presentado por la actora carece de técnica en cuanto no precisa que se trata de un recurso y tampoco aclara si es de reposición o de apelación; sin embargo, esto no exonera a la autoridad del deber de interpretar la petición que contiene sin vulnerar derechos fundamentales como el de petición y el debido proceso.

En ese orden señala el operador judicial que la Resolución No. 0046 del 29 de enero de 1997 no le son aplicables las previsiones de los numerales 1, 3 y 4 del artículo 62 del C.C.A., dado que para que adquiriera firmeza se requiere que los recursos interpuestos contra ella hayan sido resueltos.

Así las cosas concluyó la primera instancia que no se ha acreditado procesalmente que el recurso presentado por la sociedad demandante el día 17 de febrero de 1997 haya sido resuelto, por lo que la Resolución No. 0046 del 29 de enero de 1997 no ha adquirido firmeza y por lo tanto carece de fuerza ejecutoria como título ejecutivo. (fl. 263-276)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, reiterando básicamente lo expuesto en el escrito de contestación de demandada. (fl. 278-281)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante.

Solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (fl. 301-303)

Rad: 000-2004-00970-02
Dte: Interandina de Transportes Ltda.
Ddo: DIAN.

Parte demandada.

Se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso y la contestación de la demanda.
(fl. 304-308)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 18 de abril de 2012, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. (fl. 298)

Luego, por auto del 24 de mayo de 2012, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 300)

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, entra a Sala el expediente para resolver de fondo el proceso de referencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual se concedió las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. **000552 del 19 de marzo de 2004**, por medio de la cual se resuelven las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago No. 000194 del 28 de octubre de 2003.

Caducidad.

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. **000552 del 19 de marzo de 2004**, por la cual se resolvió las excepciones propuestas por la parte actora, se notificó el día 29 de marzo de 2004 (fl. 65) y la demanda se impetró el día 29 de julio de 2004; es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Rad. 000-2004-00970-02
Dte: Interandina de Transportes Ltda.
Ddo DIAN.

Cuestión Previa.

De conformidad con los argumentos esbozados por la parte demandada y que reitera en esta instancia, manifiesta que existe un **indebido agotamiento de la vía gubernativa**, como quiera que la sociedad demandante no presentó los recursos de ley contra el acto administrativo que resolvió las excepciones interpuestas contra el mandamiento de pago.

Por su parte el Juez de primera instancia, consideró que esta excepción no estaba llamada a prosperar dado que contra la Resolución No. 000522 del 19 de marzo de 2004, procedía el recurso de reposición, el cual es facultativo y no requiere de su obligatoria interposición para tener por agotada la vía gubernativa.

Al respecto la Sala después de revisar la resolución de referencia a folio 66-73, observa que la administración señaló en la parte resolutive (numeral quinto) que contra ella procedía el recurso de reposición ante el Jefe de la División de Recaudación y Cobranzas, dentro del mes siguiente a su notificación.

En ese orden esta judicatura comparte la decisión adoptada por el *a quo*, dado que efectivamente el recurso de reposición según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico por regla general no es obligatorio interponerlo toda vez que éste tiene el carácter de potestativo y en consecuencia no es menester que el administrado haga uso de él.

En efecto el Honorable Consejo de Estado¹, sobre este tópico señaló: *"De otro lado, el artículo 834 del E.T. prevé que contra la resolución que decide las excepciones procede el recurso de reposición, el cual no es obligatorio para agotar la vía gubernativa (art. 51 C.C.A.), y así al ser demandable tal acto debe determinarse si la acción fue interpuesta dentro del término legal"*. (Subraya fuera del texto)

Así las cosas, en el caso sub examine, si la parte actora no interpuso el recurso de reposición contra el acto administrativo que resolvió las excepciones que atacan el mandamiento de pago, se entiende agotada la vía gubernativa, toda vez el recurso de reposición no es obligatorio ejercerlo ante la administración tributaria.

Por consiguiente, la excepción propuesta por la demandada no está llamada a prosperar.

Problema Jurídico.

¿Se configuran los presupuestos legales para que la administración tributaria ejecute la obligación contenida en la Resolución No. 00046 del 29 de enero de 1997; cuando al parecer la administración no tuvo en cuenta el recurso interpuesto por la actora contra dicho acto administrativo? En caso negativo; ¿Existe una falta de ejecutoria del título que da origen al mandamiento de pago No. 000194 del 28 de octubre de 2003?

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. C.P. María Inés Ortiz Barbosa. Bogotá D.C. 23 de marzo de 2006. Rad: 13001-23-31-000-2004-00667-01(15896)

Rad: 000-2004-00970-02
Dte: Interandina de Transportes Ltda
Ddo. DIAN.

Lo probado.

Sea pertinente advertir en primer lugar que dentro del presente asunto se tendrán en cuenta las piezas procesales allegadas por la sociedad demandante, dado que el expediente administrativo que anexó la demandada no corresponde con las actuaciones controvertidas.

Así las cosas, la Sala se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 00046 del 29 de enero de 1997, la administración aduanera, decidió contra la sociedad actora declarar el incumplimiento del tránsito aduanero y ordenó hacer efectiva la póliza de seguro por la suma de \$12.544.931.00

A su vez el numeral quinto de la resolución en cita, señaló que contra esa decisión procedían los recursos de reposición ante el mismo funcionario y el de apelación ante el Administrador de Impuesto y Aduanas Nacionales. Dicha resolución se notificó personalmente al apoderado de la demandante el día 10 de febrero de 1997. (fl. 19-22)

Milita a folio 23 copia del memorial calendado **17 de febrero de 1997**, presentado por la entidad demandante ante la Dian, el cual pese a estar en copia simple se le dará valor probatorio como quiera que no fue objetado por la contraparte.

De otra parte se allegó al proceso, copia auténtica de la Resolución No. 0101 del 27 de agosto de 1998, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición en subsidio de apelación interpuesto por la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., en la que se confirma la decisión inicial y se concede el recurso de apelación (fl. 25-28), sin que en dicho acto administrativo se mencione la solicitud presentada por Interandina.

A folio 29-35 reposa copia de la Resolución No. 0098 del 27 de noviembre de 1998, por medio del cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia. No obstante, en el penúltimo párrafo del mencionado acto administrativo, la Directora Regional Caribe, advierte: *“revisado el expediente se encuentra un escrito de febrero 17 de 1997, con radicado No. 2227 sobre el cual no figura acto administrativo alguno por parte de la División de Liquidación, que se pronuncie sobre el mismo, por lo tanto se remitirá los antecedentes a fin de que se pronuncie al respecto.*

Se aprecia que la parte demandante con base en esta última decisión, a través de sendos derechos de petición solicita que la administración se pronuncie sobre el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 0046 de enero 29 de 1997, así mismo que se le dé cumplimiento a lo estipulado por la Directora Regional Caribe. (fl. 36-37; 40-43; 46-47)

Se allegó igualmente el mandamiento de pago No. 00194 del 28 de octubre de 2003, mediante el cual se libra orden de pago a favor de la DIAN contra la sociedad Inantra Ltda., y Solidaria de Colombia por la suma de \$12.544.932.00 más los intereses y la

Rad 000-2004-00970-02
Dte Interandina de Transportes Ltda.
Ddo. DIAN.

actualización que se causen desde cuando se hizo exigible la obligación contenida en la Resolución No. 00046 del 29 de enero de 1997. (fl. 50-51)

A reglón seguido reposa escrito de excepciones contra el mandamiento de pago de referencia, donde se destaca que la parte actora propuso como excepciones la falta de ejecutoria del título y la falta de título ejecutivo. (fl. 53-55)

Finalmente se acreditó la Resolución No. 000522 del 19 de marzo de 2004, por la cual se resuelve las excepciones propuesta por la demandante y que es objeto de estudio en esta instancia. (fl. 66-73)

Análisis del Caso.

De conformidad con el acervo probatorio de referencia y teniendo en cuenta los cargos esbozados por las partes; la Sala siguiendo lo dispuesto en la norma, se adentrara a resolver el presente asunto, analizando los problemas jurídicos planteados.

- **¿Se configuran los presupuestos legales para que la administración tributaria ejecute la obligación contenida en la Resolución No. 00046 del 29 de enero de 1997; cuando al parecer la administración no tuvo en cuenta el recurso interpuesto por la actora contra dicho acto administrativo? En caso negativo; ¿Existe una falta de ejecutoria del título que da origen al mandamiento de pago No. 000194 del 28 de octubre de 2003?**

En primer lugar advierte la Sala que en este caso se controvierte la legalidad de la Resolución No. 000522 del 19 de marzo de 2004, a través de la cual se resuelven las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago No. 000194 del 28 de octubre de 2003. No obstante, el título que se ejecuta en este caso contra la actora se encuentra contemplado en la Resolución No. 00046 del 29 de enero de 1997, que declaró el incumplimiento de la obligación de tránsito aduanero y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Pues bien, asevera la demandante en su escrito de excepciones contra el mandamiento de pago y que reitera en sede judicial, que la obligación contenida en la Resolución No. 0046 del 29 de enero de 1997, no se encuentra debidamente ejecutoriada, dado que contra ella se interpuso el recurso de reposición y la administración no lo resolvió.

Por su parte, la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, manifestó en respuesta a dicha excepción que *“si bien es cierto existe un escrito con el cual se está fundamentando las excepciones, también lo es el hecho que en su momento el Jefe de la División de Liquidación con oficio 0006 A 064-0073 de enero 25 de 2000 le informó a la misma Transportadora INANTRA LTDA que el escrito radicado con el No. 2227 de febrero 17 de 1997 no era un recurso y que podía presentar revocatoria ante el Administrador, no entendemos, como ahora a sabiendas de esta situación la transportadora esté utilizando*

Rad: 000-2004-00970-02
Dte Interandina de Transportes Ltda.
Ddo. DIAN.

este documento, para que este despacho le apruebe las excepciones de falta de título y falta de ejecutoria del título, cuando tuvo la oportunidad de presentar revocatoria o de alguna manera manifestar lo que consideraba pertinente con respecto a este oficio.

En ese orden la Sala en aras de desatar esta controversia considera pertinente determinar si el escrito presentado por la parte demandante contra la resolución que declaró el incumplimiento de la obligación aduanera realmente constituye un recurso. Veamos:

La parte actora el día **17 de febrero de 1997** presentó memorial dirigido a la entidad demandada donde manifestó su inconformidad sobre lo decidido en la Resolución No. 0046 del 29 de enero de 1997, en los siguientes términos:

“En mi condición de Representante Legal de la Empresa Interandina de Transportes Ltda. “Inantra” con sede en esta ciudad y encontrándome dentro del término legal de la misma manera más atenta nos permitimos comunicar al despacho a su digno que no aceptamos la resolución de la referencia por las razones que a continuación exponemos:

- 1. La Resolución que nos ocupa en los considerandos habla del incumplimiento de la continuación de viaje No. 004479, versión que resulta totalmente equivocada pues como lo demostraremos quien proyectó el contenido no se detuvo a revisar en forma detallada las causales que dieron origen a las erróneas imputaciones que se quiere hacer valer en contra de la empresa por mi representada, puesto que en el tercer párrafo de la Resolución tantas veces nombrada se dice que el término para registrar la continuación del viaje No. 04479 venció el 26 de diciembre de 1995, sufrió un lapsus calendarial puesto que los días 23, 24 y 25 de diciembre de 1995 fueron días inhábiles por ser festivos, y que el derecho contencioso administrativo suspende los términos ya que todas las dependencias públicas oficiales y desde luego las privadas no operan pues en este caso el plazo para entregar no sería el 26 de diciembre de 1995 sino el 29 de mismo mes y año de que hemos venido hablando.*
- 2. Así las cosas la continuación del viaje fue registrado el día 27 de diciembre de 1995, y es por eso que dentro de la jurisprudencia que regula los términos es taxativa y nos enseña que en tal materia los días inhábiles no cuentan dentro del aspecto jurídico pues se deduce que estos no son laborables y mucho menos en el ramo del transporte de carga terrestre pues es bien sabido que el mismo gobierno por intermedio del hoy Ministerio de Transporte prohíbe el tránsito de automotores que transportes (sic) mercancías a nivel nacional.*
- 3. El primero (sic) párrafo de los considerados se dice que se debe registrar en la zona aduanera de almadelco S.A., cuando en realidad se debe registrar en Alcomex S.A. depósito autorizado, como aparece firmado y sellado en nuestra remesa No. 16507 que ampara dicho transporte y por ende dicho documento.*

Rad. 000-2004-00970-02
Dte: Interandina de Transportes Ltda.
Ddo. DIAN.

4. *Como medio probatorio acompañamos fotocopia de nuestra remesa No. 16507 y del ingreso de almacén No. 4857 de Alcomex S.A. que lo mismo que nuestra remesa se (sic) entrada sellada y firmada de conformidad.*
5. *Por lo anteriormente expuesto y seguros que su señoría en firma salomónica entenderá que lo aquí narrado es la veracidad de los hechos, solicitamos muy respetuosamente se revoque la resolución de la referencia ya que la carta magna nos exonera de toda responsabilidad e incumplimiento."*

Se desprende de lo descrito que la parte actora solicita con base en los argumentos allí esgrimidos la revocatoria de la Resolución No. 0046 del 29 de enero de 1997, que declaró el incumplimiento de la obligación y ordenó hacer efectiva la garantía.

Ahora bien, sin lugar a dudas para esta Sala el escrito presentado por la parte demandante ante la DIAN no especifica el tipo de recurso interpuesto, sin embargo pese a esta omisión, a juicio de este Tribunal los argumentos allí consignados permiten claramente entrever que la sociedad actora está controvirtiendo la decisión adoptada por la entidad demandada, por lo que dadas estas circunstancias dicho escrito debió ser considerado por la DIAN como un recurso, y así garantizarle a la actora su derecho de defensa y contradicción.

En efecto, atendiendo lo dispuesto en el ordenamiento legal, el artículo 52 del C.C.A dispone que los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

"1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad y con la indicación del nombre del recurrente.

(...)

4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente."

A su vez el artículo 53 ibídem dispone que *"Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo; contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja"*.

Se tiene entonces que la parte actora presentó su escrito de inconformidad de dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la Resolución No. 0046 del 29 de enero de 1997, además indicó el nombre y la dirección de quien está recurriendo la providencia, y señaló los argumentos de inconformidad frente a la decisión adoptada por la entidad demandada, se agrega además que solicitó la revocatoria de la decisión en cita, luego, armonizado lo descrito, no cabe la menor duda para esta Judicatura que el memorial presentado por la parte actora constituía un recurso de reposición dado que se interpuso

Rad 000-2004-00970-02
Dte: Interandina de Transportes Ltda
Ddo: DIAN.

ante el mismo funcionario que profirió el acto administrativo, el cual debió ser resuelto éste en su debido momento.

Ahora bien, a juicio de la parte demandada el escrito presentado por la actora no tenía el carácter de recurso, toda vez que la División de Liquidación así lo consideró, pues de acuerdo a lo demostrado en este caso, para esta Sala el mencionado memorial si tiene el carácter de recurso de reposición y en consecuencia, debía ser resuelto por la demandada para de esta manera se le permitiera controvertir lo decidido inicialmente por la DIAN.

Es por lo anterior que ante la falencia de la demandada de no dar alcance de recurso al memorial presentado por la demandante y como quiera que nunca le fue resuelta en debida forma su petición, para esta Sala sin mayor discusión encuentra que la Resolución No. 0046 del 29 de enero de 1997, hasta la fecha no alcanzó su firmeza toda vez que el recurso de reposición interpuesto contra ella aún no han sido decidido por la administración de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 62 del C.C.A.

En esa medida, dando respuesta al problema jurídico inicialmente planteado, no se configuran para esta Sala los presupuestos legales para que la administración tributaria a través del proceso de cobro coactivo ejecute la obligación contenida en la Resolución No. 00046 del 29 de enero de 1997, dado que al no alcanzar ésta su firmeza, el título ejecutivo contenido en ella no se encuentra ejecutoriado.

En concordancia con todo lo anterior y lo considerado por el Juez de primera instancia, esta Sala de Decisión concluye que la excepción propuesta por la parte actora relativa a la falta de ejecutoria del título está plenamente demostrada, como quiera que el título que contiene la obligación no ha alcanzado su firmeza, por lo que hay lugar para confirmar la decisión proferida en la sentencia de fecha 25 de octubre de 2011.

En cuanto a la excepción de falta de título ejecutivo, propuesta por la parte demandante sea pertinente advertir que la misma sigue la misma surte que el argumento anterior, puesto que pese a contener una obligación clara y expresa, la misma no es exigible en vista de que el acto que la contiene, no ha adquirido firmeza.

De otro lado la Sala no condenará en costas, 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, al asumir una conducta que obedece única y exclusivamente al ejercicio de su derecho de defensa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Rad: 000-2004-00970-02
Dte. Interandina de Transportes Ltda
Ddo: DIAN.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 25 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO

Nota: La presente hoja de firmas corresponde al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Interandina de Transportes Ltda. Contra la DIAN. Rad: 000-2004-00970-02



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0040
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JUDITH MARTINEZ DE ALVAREZ
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2008-00079-01
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 DESCONGESTIÓN 002

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13001-33-31-004-2008-00079-01
Demandante : JUDITH MARTÍNEZ DE ÁLVAREZ
Demandado : DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema : Reajuste Pensional- Decreto 2108 de 1992

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 del 30 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

“PRIMERO: Que es nulo el acto administrativo expedido por el Gobernador del Departamento de Bolívar, resolución No.41 del 7 de febrero de 2008, por medio de la cual le negó el derecho al reconocimiento y pago del reajuste pensional, solicitado por la señora JUDITH MARTÍNEZ DE ÁLVAREZ, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 116 de la ley 6 de 1992, reglamentado por el decreto 2108 del 29 de diciembre de 1991 y la sentencia del Honorable Consejo de Estado del 11 de diciembre de 1997, con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, dejando de aplicar por el efecto la expresión “ del orden nacional” contenida en el artículo primero del citado decreto por ser contraria al artículo 13 de nuestra Constitución Política.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Departamento de Bolívar, representado

por su actual Gobernador, Dr. JOACO BERRIO VILLAREAL, por quien haga sus veces, a reconocer y pagar, previa la liquidación correspondiente, el reajuste de la pensión que le fue reconocida a la señora JUDITH MARTINEZ DE ALVAREZ, ordenado por el artículo 116 de la ley 6 de 1992, reglamentado por el decreto 2108 del 29 de diciembre de 1992.

TERCERO: Que el respectivo pago será actualizado conforme a los ajustes al valor de que trata el artículo 178 del C.C.A., desde que se originó la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.

CUARTO: Que lo ordenado en la sentencia se cumpla conforme a lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del código contencioso administrativo”.

1.2. HECHOS

El demandante funda sus pretensiones en los siguientes que a continuación se sintetizan:

Mediante Resolución 3016 de 13 de diciembre de 1991 la Gobernación del Departamento de Bolívar, reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación postmortem al señor Alfredo Álvarez Carbonell, la cual fue sustituida en el mismo acto administrativo a la señora Judith Álvarez y sus hijos, quienes cumplieron la condición resolutoria a que estaba sometido su derecho, en razón de haber cumplido 25 años.

Dicha pensión fue reconocida a partir del 10 de julio de 1987, omitiendo la inclusión del reajuste solicitado.

En virtud de lo anterior se presentó reclamación administrativa, la cual fue negada a través del acto administrativo acusado, generándole a la demandante un perjuicio económico en un derecho adquirido.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Argumentó la accionante que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, estableció un ajuste a las pensiones del sector público nacional para compensar las diferencias de los aumentos de los salarios y pensiones efectuadas con anterioridad al primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989); para lo cual el Gobierno Nacional, debía expedir un decreto reglamentario.

Lo anterior tuvo como fundamento que, antes del año mil novecientos ochenta y nueve

(1989), existían diferencias entre lo que se le aumentaba a los trabajadores activos y a los pensionados, vulnerándose con ello el principio constitucional de la igualdad.

Alegó que la demandada se releva de cumplir con la obligación de ajustar las pensiones que para los años anteriores a mil novecientos ochenta y nueve (1989), reajustó en el mismo porcentaje y en la misma cantidad a los trabajadores que se encontraban en servicio activo.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda¹, desestimando la totalidad de las pretensiones de la actora.

Sostuvo que el artículo primero (1°) del Decreto 2108 de 1992, fue declarado nulo mediante la sentencia del Consejo de Estado de fecha once (11) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998). De igual forma, los artículos 2, 3 y 4 de dicho decreto fueron declarados nulos por la misma Corporación, mediante la sentencia de fecha quince (15) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), lo que produjo la consecuencia casi que natural de la declaratoria de inexecutable del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y, por decaimiento, el Decreto 2108 del mismo año.

En virtud de que las disposiciones indicadas como violadas fueron declaradas nulas, no le asistía razón alguna al Departamento de Bolívar para reconocer un reajuste sin respaldo legal y, menos, si para ello debía tomar como fundamento normativo una norma declarada inexecutable como lo era el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992.

Propone además la excepción de prescripción, señala que las mesadas laborales tienen un término de prescripción de tres años, los cuales se deben contabilizar desde que efectivamente se cree tener el derecho hasta cuando se hace la respectiva reclamación ante la entidad.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 30 marzo de 2012², concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

“(…)

¹ Folio 35 a 44

² Folio 95 a 108

El Despacho, conociendo de fondo el presente asunto, accederá a las pretensiones de la demanda, y sostendrá la tesis que no obstante la declaratoria de inexecutable y nulidad, del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, respectivamente, sus disposiciones que consagran el reajuste gradual de las pensiones, le es aplicable a la actora por haber adquirido este derecho con antelación a los pronunciamientos antes señalados, por haber sido reconocida la pensión con anterioridad al 1º de enero de 1989, y existir diferencia del aumento salarial.

Por consiguiente, la señora JUDITH MARTÍNEZ DE ÁLVAREZ si tiene derecho a la reliquidación de su pensión.

(...)

En todo caso, en razón de la prescripción trienal de los derechos laborales, por haber sido presentada la petición del reajuste de la pensión ante la entidad el día 26 de septiembre de 2007, se encuentran prescritos los valores causados con anterioridad al 26 de septiembre de 2004, por lo que se declarará probada la excepción de prescripción sobre dicho periodo, de conformidad con lo normado por el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A.

(...)"

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada³, interpone recurso de apelación contra la sentencia de 30 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, manifestando entre otros, los siguientes motivos de inconformidad:

"(...)

Contrario a lo considerado por esa instancia no entendemos como unas normas que habían quedado en Suspense, (los artículos 116 de la Ley 6 de 1992 y el artículo 1 de su Decreto Reglamentario No. 3108 del mismo año), al ser demandada su Inexecutable (sic), pueden otorgar, en razón, precisamente de haber sido declarados Inexecutable, unos derechos como el pretendido por la demandante, normas que, a la postre fueron retiradas del ordenamiento jurídico y por consiguiente sin ningún poder vinculante, es decir, que no obligaban a la parte que represento a darle cumplimiento ya que su poder coercitivo nunca nació a la vida jurídica.

(...)

³ Folio 110 a 113

Con fundamento a lo anteriormente expuesto solicito Honorable Magistrado Reponga la Sentencia proferida por el Juzgado Adjunto Administrativo el día 30 de Marzo de 2012 por medio de la cual Declaró la Nulidad de la Resolución No.41 del 7 de Febrero de 2008, proferida por la Secretaria de Talento Humano del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Bolívar y en su defecto Declare no le asiste Derecho a la demandante señora JUDITH MARTINDEZ DE ALVAREZ el reconocimiento y pago de los reajustes de la pensión que le fue reconocida.

“(..)”

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Demandante:

No alegó.

5.2. Demandado:

No alegó.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La señora Agente del Ministerio Público⁴, rindió concepto en los siguientes términos:

“(..)”

Concluimos entonces, que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, tuvo vigencia desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 cuando fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron, durante su eficacia el derecho al reajuste pensional.

Es decir, el incremento dispuesto en las normas declaradas inexecutable para las pensiones reconocidas antes del 1 de enero de 1989 y que se ordena pagar a las entidades no puede ser inaplicable por la inexecutable de las normas que lo contemplaron.

(..)

Es pertinente por tanto, se reconozca el reajuste en los porcentajes decretados en la norma mencionada pero aplicado la prescripción trienal al incremento de las mesadas causadas desde el 1 de Enero de 1993 al 26 de septiembre de 2004, habida consideración que la parte actora formulo su solicitud desde el 26 de septiembre de 2007.

Así las cosas, y con las precisiones realizadas, y dado que la providencia impugnada se ajusta al ordenamiento jurídico y no vulnera derechos fundamentales, debe ser confirmada.

“(..)”

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

⁴ Folio 143 a146

Mediante auto de 26 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación (folio 139).

El 25 de enero de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 141).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 18 de noviembre de 2013 (folio 170).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena

2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

En la demanda se solicita la nulidad del acto administrativo expedido por el Gobernador de Bolívar, Resolución No. 41 del 7 de febrero de 2008, a través del cual se negó a la actora la nivelación de su pensión con base en la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el acto administrativo fue notificado el día 18 de febrero de 2008, y la demanda fue presentada el día 14 mayo de 2008, se tiene entonces que la misma fue presentada en tiempo acuerdo a lo dispuesto en el artículo 136 núm. 2º del C. C. A.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a los argumentos de la parte recurrente, y a lo dispuesto en la sentencia apelada, el problema jurídico a resolver en esta instancia consiste en establecer si le asiste derecho a la actora a que le sea reajustada su pensión conforme a lo dispuesto en la Ley 6ª y el Decreto 2108 de 1992.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

LEY 6ª DE 1992: Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de

pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.

"Artículo 116. Ajuste a pensiones del sector público nacional.

Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo."

- DECRETO 2108 DE DICIEMBRE 29 DE 1992: Mediante este acto jurídico, en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, el Gobierno Nacional ajusta las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional.

"ARTICULO 1o. Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995 así:(Negrillas fuera de texto)

AÑO DE CAUSACION DEL DERECHO A LA PENSION	% DEL REAJUSTE APLICABLE A PARTIR DEL 1° DE ENERO DEL AÑO		
	1993	1994	1995
1981 y anteriores distribuidos así:	12.0	12.0	4.0
1982 hasta 1988 distribuidos así:	7.0	7.0	--

ARTICULO 2o. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación

tomarán el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1°.

El 1° de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

ARTICULO 3o. El reconocimiento de los reajustes establecidos en el artículo 1° no se tendrá en cuenta para efectos de la liquidación de mesadas atrasadas.

ARTICULO 4o. Los reajustes ordenados en el presente decreto comenzarán a regir a partir de las fechas establecidas en el artículo 1° y no producirán efectos retroactivos.”

El artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional⁵, por ser violatorio al principio de unidad de materia, expresando que:

“...Es a la Corte a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe y protección de los derechos adquiridos, la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional. Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos y eficacia y celeridad de la función pública, la ineficiencia de

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-531 de 20 de noviembre de 1995, Demanda No D-827, M P: Dr. Alejandro Martínez Caballero

las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello”.

De lo anterior se tiene, que a través del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, se ordenó el reajuste de pensiones de jubilación del sector público del orden nacional, para los años de mil novecientos noventa y tres (1993) a mil novecientos noventa y cinco (1995), con el fin de compensar las diferencias con los aumentos de salarios y pensiones. Dicho reajuste aplicaba a quienes se les hubiera reconocido su pensión con anterioridad al primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Respecto al campo de aplicación del Decreto 2108 de 1992 el Consejo de Estado manifestó que el decreto mencionado se aplica a todos los pensionados del Estado, sin distinción alguno. En sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del 11 de diciembre de 1997, expediente 15723, CP: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, inaplicó la expresión **“del orden nacional”** contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, por considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad, lo que significa que la citada disposición, durante su vigencia y según los efectos señalados en los párrafos precedentes, gobernó la situación de los pensionados de los órdenes nacional y territorial.

En igual sentido en sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, de 30 de noviembre de 2006, expediente 2449-05, C.P: Ana Margarita Olaya Forero, manifestó el Consejo de Estado lo siguiente:

“En relación con la aplicación del decreto bajo análisis, a los empleados del nivel territorial, igualmente esta Corporación en reiterada jurisprudencia⁶ ha señalado que el Decreto 2108 de 1992 gobierna a todos los pensionados del Estado sin distinción alguno, por inaplicación de la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º del decreto en mención, y de la expresión “nacional” del artículo 116 de la ley 6º de 1992 en cuanto contienen una discriminación que viola el derecho a la igualdad.

⁶Sentencia del 11 de diciembre de 1997 Expediente 15723 Consejera Ponente Dolly Pedraza De Arenas

La Sala reitera los anteriores planteamientos para significar que el citado artículo 1º del Decreto 2108, durante su vigencia y según los efectos señalados en párrafos antecedentes, gobernó la situación tanto de los pensionados del orden nacional como de los pensionados del orden territorial.

Ahora, el artículo 116 de la ley 6ª de 1992 que dio origen al decreto cuya aplicación se demanda, contiene un juicio general sobre las diferencias causadas en el incremento de las mesadas pensionales de quienes obtuvieron su pensión con anterioridad a 1989 pues parte del supuesto de que dicho desajuste existe. Este es el sentido natural de la expresión del legislador: "...para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional efectuados con anterioridad al año 1989...". Por ello considera la Sala que no se requiere prueba específica sobre el desajuste que es supuesto de la norma, atendiendo a que ella tiene implícita una presunción del legislador que invierte la carga de la prueba."

Conforme a lo anterior, se concluye que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario rigieron desde su expedición hasta el veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), fecha en que fueron retirados del ordenamiento jurídico por la declaratoria de inexecutable, pero siguen teniendo efectos para quienes sin distinguir alguno adquirieron, bajo su vigencia, el derecho al reajuste pensional.

LO PROBADO EN EL PROCESO.

- Mediante Resolución No. 3016 de 13 de septiembre de 1991, el Fondo de Previsión Departamental de Bolívar reconoció pensión de jubilación al señor ALFREDO ÁLVAREZ CARBONEL a partir del 10 de julio de 1987 y ordenó su sustitución a la señora JUDITH MARTÍNEZ DE ÁLVAREZ (Fls. 12-14)
- Con resolución No. 41 de 7 de febrero de 2008, la Gobernación del Departamento de Bolívar, negó la reliquidación de su pensión conforme al artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 (Fls. 21-22).

ANÁLISIS DEL CASO

Al señor Alfredo Álvarez Carbonell, le fue reconocida una pensión de jubilación con

cargo al Departamento de Bolívar desde el mes de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), situación fáctica que se desprende de la Resolución No. 3016 de 13 de septiembre de 1991, emanada por la Caja Departamental de Previsión Social.

Ahora, si bien el status pensional fue adquirido en el año 1987, resulta aplicable el reajuste pensional consagrado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y en el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, en vista de que el único requisito consagrado legalmente para acceder a dicho reajuste, consiste en que el reconocimiento de la prestación haya sido efectuado con anterioridad al primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), situación que se materializa en el asunto bajo estudio.

En ese orden de ideas, podía la accionante reclamar el beneficio pensional establecido en las normas estudiadas, toda vez que se cumplen con los presupuestos legalmente establecidos para el reconocimiento del mencionado reajuste

Al respecto el H. Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente⁷:

“...En esta disposición el legislador ordenó claramente reajustar las pensiones de jubilación “reconocidas” antes del 1º de enero de 1989 para compensar las diferencias de los aumentos salariales frente a las pensiones de jubilación del sector público nacional.

De aquí se desprenden dos situaciones que en un principio se deben tener en cuenta al momento de aplicar lo ordenado en este artículo:

-) La primera de ellas es que la pensión –que se pretende reajustar- haya sido reconocida antes del 1º de enero de 1989, lo cual debe entenderse en el sentido que dicha pensión tenga efectos fiscales anteriores a dicha fecha; se hace esta precisión porque es posible que con fecha posterior a enero 1º de 1989 se haya expedido el acto administrativo que “reconoce” la prestación periódica, pero con efectos anteriores a la fecha citada en la Ley, lo cual la hace pasible del reajuste de la Ley 6 de 1992.
(Subrayado fuera de texto)

-) La otra situación a tener en cuenta es que este reajuste pensional se aplica para efectos de mitigar la diferencia entre los incrementos de las pensiones de jubilación del sector público nacional frente a los aumentos de salarios anteriores a 1989 y que el legislador reconoce que se han dado, razón por la cual no se requiere prueba de estas diferencias en cada caso concreto.

Dicha diferencia hace que las mesadas pensionales tuvieran un poder adquisitivo cada vez menor, en detrimento de los pensionados, por lo cual la ley pretendió corregir esa

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 27 de marzo de 2003, expediente 2620-02, CP: Dr. Tarsicio Cáceres Toro

injusticia con ese grupo de antiguos servidores estatales. Una prueba de la existencia de dichas diferencias es precisamente los reajustes pensionales anuales decretados a los pensionados, con lo cual se pretendía corregir el detrimento económico...”

En virtud de lo anterior, se procederá a confirmar la sentencia proferida por la Juez del Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual, se accedió a las pretensiones de la parte actora.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

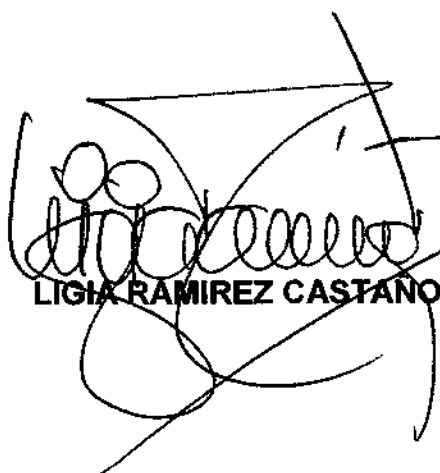
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012), mediante la cual, se accedió a las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

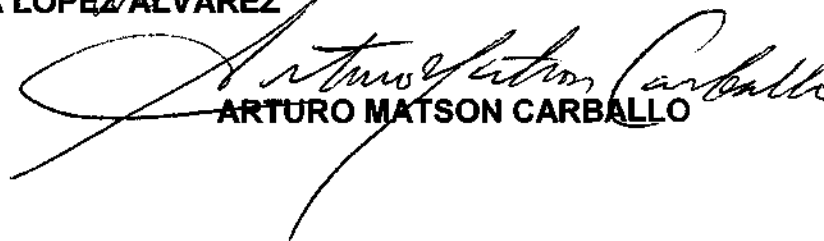
LOS MAGISTRADOS



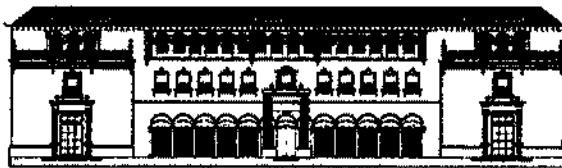
LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0041
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JUVENAL PEREZ ROCHA
DEMANDADO	: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO D E LA POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2011-00154-01
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 DECISIÓN No. 2
SENTENCIA EN GRADO DE CONSULTA

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Clase de Acción : Nulidad y Restablecimiento
Radicación : 13-001-33-31-009-2011-00154-01
Demandante : Juvenal Pérez Rocha
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Tema : REAJUSTE DE I.P.C

La Sala de Decisión 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede a revisar en el Grado de Consulta la sentencia del 30 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

"Primera: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el OFICIO N° 1127/OAJ del 01 de junio de 2011, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual negó al actor el reajuste anual de la Asignación de Retiro, en los términos del artículo 14 en aplicación de parágrafo 4° del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 238 de 1995

"Segundo: Que como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reajustar la asignación de retiro del actor , con base en el Índice de Precios al Consumidor, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, adicionando los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional por el principio

de oscilación y variación porcentual del (I.P.C.) del año inmediatamente anterior; en 1997 el 2,76% en 1999 el 1,79%, 2002 el 1,65% y 2004 el 0,2%, cambiando la base de liquidación, lo cual deberá afectar el sueldo básico que conforma la prestación social, a partir de 1997 y subsiguientes con la inclusión en la nómina.

Tercero: *Para que el derecho sea restablecido, el reajuste y liquidación de la asignación mensual de retiro del actor, debe afectarse y reflejarse año por año, conforme el siguiente procedimiento: "Se toma el Sueldo Básico por oscilación del año anterior (1996) \$ 247.720, se incrementa sucesivamente aplicando el porcentaje más favorable entre la oscilación y el Índice de precios al Consumidor IPC para cada vigencia fiscal, generando así un nuevo sueldo básico para cada año.*

Cuarto: *Condenar a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudas, de acuerdo a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificados por el (DANE) con fundamento en el artículo 178 del C.C.A. desde el momento en el que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores, con la inclusión en la nómina*

Quinto: *Ordenar a la demandada dar cumplimiento al fallo objeto del presente proceso, dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.*

1.2. HECHOS

Señala el demandante que se le reconoció Asignación de Retiro a partir del 01 de julio de 1974 y que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en la vigencia de los años 1997, 1999, 2002 y 2004 le reajustó su asignación de retiro en un porcentaje inferior a la variación del (I.P.C.) del año inmediatamente anterior, afectándole la base prestacional con una diferencia en su contra de (6,22%) otorgándole derecho a que sea reajustada la Asignación de Retiro en los términos del artículo 1 de la Ley 238 de 1995, a partir del año 1997.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante considera como violadas las siguientes disposiciones normativas

- Constitución Nacional: en sus artículos 2,13, 23, 25, 48, 53, 58, 90, 229
- Código de Procedimiento Civil: Art 23 numeral 1, 18 y 20, 115, 116, 117, y 175

- Código Contencioso Administrativo: Artículos 45, 57, 61, 84, 85, 134 a 139, 141, 168, 176 a 178.
- Ley 100 de 1993: parágrafo 4 en su artículo 279 y artículo 14
- Ley 238 de 1995;
- Ley 923/04
- Decreto 1213/90

Como concepto de la violación, la apoderada judicial de la parte demandante formuló los siguientes cargos de infracción:

Violación de la ley 100/93, artículo 14 que consagra: *Con el objeto de que las pensiones de vejez y jubilación, de invalidez y sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran 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 ajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.*

Además la misma Ley en su artículo 279, excluyó del sistema integral de seguridad social, entre otros al personal de la Fuerza Pública.

La Ley 238 de 1995 le adicionó el parágrafo 4 al mencionado artículo lo siguiente:

Parágrafo 4: las excepciones consagradas en el presente artículo no implican la negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

Violación de la constitución política de Colombia, artículo 13: *cuando la caja, en el acto administrativo, niega una prestación fundamental, apoyándose en la tesis de la existencia de un régimen especial, permitiéndose la aplicación de porcentajes inferiores al del IPC en los incrementos legales anuales de las pensiones a su cargo, le está dando un tratamiento discriminatorio, no ajustándose a los 1771171MOS dispuestos por el Sistema General de Seguridad Social, incurre en la violación del Art. 13 de la constitución Política.*

Asegura que también se está violando el artículo 48 de la misma obra, que habla de que "la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

De la misma manera, asevera que viola el artículo 53 CN: *En virtud de la aplicación del principio de favorabilidad, para el reajuste de la asignación de retiro que en su momento le fuera reconocida al actor es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, mientras estuvo vigente la norma y no el principio de oscilación consagrado en el*

Decreto 1212 de 1990 y el Decreto 1213 de 1990, criterio que ha sido precisado con suficiente claridad por la sección segunda de H. Consejo de Estado (..)

En este orden de ideas, consideramos que el Director de la caja demandada, al realizar aumentos anuales de la asignación de retiro, en un porcentaje por debajo a la variación del Índice de precios al consumidor (IPC) actuó en abierta contradicción con el artículo 53 de la constitución, que en materia laboral contempla el principio de favorabilidad, y que le asiste a mi poderdante de acuerdo a los planteamientos expuestos, donde la constitución y la Ley lo disponen con carácter de obligatoriedad.

Aduce que se violó de la constitución en su artículo 58 ya que la entidad para negar los derechos reclamados por mí poderdante, dice que la Ley 100 de 1993, es una norma de carácter general que regula prestaciones de personal no uniformado y los decretos 1212 y 1213 de 1990 son las normas de carácter especial que REGULAN LA CARRERA DE OFICIALES, SUBOFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL siendo ilegal la aplicación de dos normas, porque la una regula el sistema general de pensiones y las otras decretos 1212 y 1213 de 1990, regulan las prestaciones de personal de la Policía Nacional; argumentación contraria con los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional en las reiteradas sentencias donde ha sentado doctrina, de que los regímenes especiales se ajustan a la constitución cuando contemplan iguales o superiores prestaciones que los contemplados en el régimen general.

(..)

También la caja fundamenta su negativa, en el principio de nivelación e igualdad; pues estos principios son aplicados a las pensiones en la medida que no quebrante la norma superior, al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, es decir, que el porcentaje a incrementar anualmente, sea igual o superior a la variación del IPC del año anterior.

Los mandatos superiores consignados en la carta magna, desarrollados en la Ley 100 de 1993, artículo 14, extendidos por el legislador a los pensionados de la fuerza pública, mediante Ley 238 de 1995, igualmente consignados en la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 constituye para las cajas pagadoras de pensiones de la fuerza pública, la obligación de oficio, reajustarías anualmente en los porcentajes mínimos que aquí se reclaman (IPC).

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contesto la demanda extemporáneamente.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena mediante sentencia de 30 de abril de 2012² concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

“(…)”

El accionante tiene derecho a que se le reajuste la asignación de retiro, conforme al Índice de Precios al Consumidor a efecto de que se conserve su valor adquisitivo.

En la medida en que la administración ha efectuado el reajuste de la asignación de retiro en virtud del principio de oscilación, está desconociendo lo previsto por la Ley 238 de 1995, de manera que está demostrado el cargo de nulidad propuesto en cuanto a la vulneración de disposiciones de orden superior.

La respuesta dada por la administración frente a la solicitud de reajuste de la asignación de retiro no está ajustada a los parámetros que ha fijado la línea jurisprudencial aplicable al caso.

Al resultar demostrado el cargo de nulidad, procede a entrar a analizar lo relativo al restablecimiento del derecho.

“(…)”

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Demandante:

Manifiesta que el grado de consulta surtido, no guarda las exigencias de Ley, pues a pesar de que la entidad demandada contestó la demanda sin el lleno de las formalidades, no es óbice para decir que no lo hizo, y en ningún momento procesal el derecho de la defensa le fue coartado por el despacho de conocimiento.

Demandado:

No alegó

² Folio 56 a 66

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El agente del Ministerio Público solicita confirmar la sentencia de primera instancia, por estar ajustada a derecho, siendo el reajuste pensional de carácter imprescriptible y para que no se vean afectadas las mesadas futuras del actor.

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 30 de mayo de 2013 se aprehendió el conocimiento de este asunto, en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el art 184 del C.C.A y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl 79)

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta 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 termino aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el termino 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).

Debe precisarse que para la Sala no es de recibo el argumento de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, cuando afirma que la sentencia revisada no era objeto de consulta porque la entidad demandada contestó la demanda, aunque extemporáneamente; pues en efecto, los términos para presentar la defensa por quien es demandado, son perentorios, y en esa medida, al haberse allegado por fuera del mismo tal actuación, se entiende como si nunca se hubiera presentado, cumpliéndose de esta manera los requisitos para que se surta el grado de jurisdiccional de consulta en este asunto.

Respecto de este tópico el H Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

... “Invocando la primacía del derecho sustancial y la verdad real, la recurrente solicita que en esta instancia se tengan en cuenta los argumentos contenidos en el escrito de contestación de la demanda, sin tomar en consideración que éste fue presentado fuera del término que la ley establece para el efecto. La petición de la recurrente será despachada de forma adversa, porque, de una parte, acceder a ella implicaría la violación del derecho al debido proceso, en la medida en que se desatendería una norma procesal que constituye una forma propia del juicio contencioso administrativo...”³

2. ACTO ACUSADO

- **Oficio N° 1127/OAJ**, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por el cual se negó al actor el reajuste anual de la Asignación de Retiro.

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

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, MP: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá 15 de abril de 2010.

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 1993⁴, 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

⁴ 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”.

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...

(...) 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 del actor 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 oportunidades⁵ 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

⁵ Sentencia N 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucía Sánchez de Manrique, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,⁶ aclarando que esa 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 2012⁷, 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 mesadas anteriores al 31 de diciembre de 2004 (fecha hasta la cual en reiterada jurisprudencia

⁶ 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.

⁷ 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.

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.17-20).
2. Copia simple del oficio 1127/OAJ respuesta dada por el Director General Caja de Sueldos Retiro Policía Nacional (fl. 14-16).
3. Copia de la Resolución del 21 de marzo de 1975 que concedió al actor el derecho a disfrutar de una asignación de retiro (fl. 23 a 25).

7. ANÁLISIS DEL CASO

De los hechos que resultaron probados en el expediente y de la lectura del acto acusado, se puede inferir que al demandante le fueron aplicados los Decretos 1213 de 1990 y 4433 de 2004, para reajustar su asignación de retiro 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, el 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.

En el presente caso la entidad demandada deberá reajustar la asignación de retiro con base en el IPC desde cuando adquirió el derecho y en los años en que sean más favorables, no aplicando un solo régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable al demandante.

Ahora bien, como quiera que la petición de la solicitud del reajuste y pago de la asignación de retiro con base en el IPC, fue radicada en la entidad el 3 de mayo de 2011, 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 03 de mayo de 2007 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 3 de mayo de 2007 y, por tanto no se pagarán a la demandante, sí deben tenerse en cuenta para reajustar su base pensional.

En consecuencia se procederá a confirmar la sentencia objeto de revisión

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 treinta (30) de abril de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

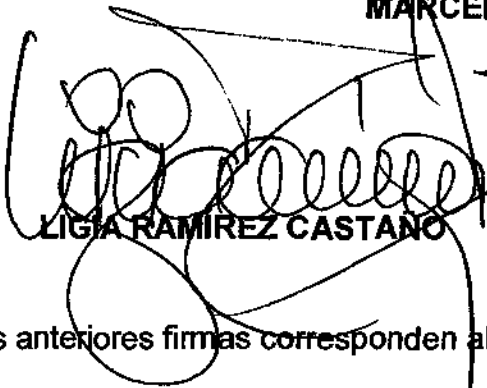
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

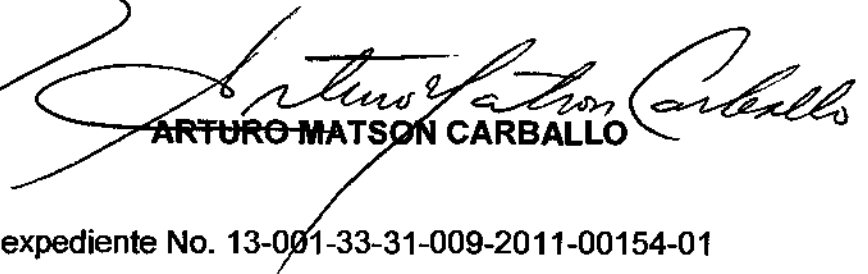
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


LIGIA RAMÍREZ CASTANO


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-009-2011-00154-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0042
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: HEIDIS CAMPO RANGEL
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN DE PUERTO RICO-TIQUISIO BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2010-00208-01
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) 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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Heidis Campo Rangel
Demandado : E.S.E. Hospital Local De San Juan De Puerto Rico - Tiquisio
Expediente : 13-001- 33-31-002-2010-00208-00
Tema : Contrato Realidad

I. ANTECEDENTES

La Sala de Descongestión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el acuerdo No. PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura procede a resolver recurso de apelación contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho seguido por HEIDIS CAMPO RANGEL contra la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN DE PUERTO RICO – TIQUISIO, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

1. *“Que se declare que entre la E.S.E HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, y mi representada señora HEIDY CAMPO RANGEL, se suscribieron contratos de prestaciones de servicios profesionales, con el cual fue vinculada laboralmente a la empresa, que por contener cláusulas contractuales inexistentes, ineficaces e inoponibles, van en contra del empleado, a quien se le despoja de los derechos mínimos adquiridos que como corolario de lo anterior, solicito se de aplicación prevalente al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, artículo 53 de la Carta Política y a título de indemnización se ordene el pago de las prestaciones sociales tomadas como base el valor pactado en los contratos en mención como honorarios.*

2. *“Así mismo se condene a la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, a cancelar a título de Restablecimiento del Derecho, las prestaciones sociales que se le adeuda a mi representada, tales como: las Cesantías de los periodos laborados, intereses de cesantías, (Ley 244/95 1071/06).-navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, indemnización por despido injusto, basado en la terminación unilateral de los contratos, Todo ello a título de indemnización.-*
3. *“Que se condene a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, a Título de Restablecimiento del Derecho, a pagar la indemnización por no cancelar oportunamente las prestaciones legales correspondientes con la debida indexación y, a título de sanción moratoria, “el equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de dichas prestaciones, desde la oportunidad en que se hicieron exigibles hasta el momento en que efectivamente se proceda a su cancelación.*
4. *“La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. aplicando los ajustes de valor (Indexación) desde de la desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*
5. *“La E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, DE PUERTO RICO TIQUISIO, identificada con el NIT. 806.007.567-1, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.*
6. *“Si no se efectúa el pago en la forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del C.C.A.*
7. *“Que se condene en costas a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO.”*

1.2. HECHOS

Se afirma como soporte fáctico lo siguiente:

“PRIMERO: La señora HEIDIS CAMPO RANGEL, laboró con la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO TIQUISIO, Bolívar, en la vigencia 2004, como enfermera profesional, cumpliendo con las labores encomendadas a satisfacción dentro de los horarios estipulados por la empresa los cuales eran controlados por el Jefe de personal y coordinador médico.

“SEGUNDO: Mi representada solicitó el día 20 de abril de 2006, a través de petición el pago de unos emolumentos como primas, de vacaciones, cesantías e intereses, primas extralegales, y demás sumas que se le adeudan a la demandante, en virtud del vínculo establecido con la demandada, todo lo anterior a título de indemnización.

“TERCERO: El día 10 de febrero de 2010, se citó al representante legal de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, para adelantar audiencia de

conciliación Prejudicial en Derecho, ante el Procurador Judicial 22, delegado ante los Jueces Administrativos, a la cual no asistió sin justificar su inasistencia, dentro de los tres (3) días siguientes; por lo que su conducta es considerada como indicio grave en contra de la demandada.

“CUARTO: La señora HEIDY CAMPO RANGEL, prestó sus servicios profesionales como ENFERMERA JEFE, en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, desde 06 de enero de 2004, hasta el 06 de julio de 2004 y del 06 de julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, con un contrato de prestación de servicios profesionales de la salud, en forma exclusiva y permanente, simulando una contratación laboral, debido a que la ejecución del contrato requería de la permanencia de manera personal e ininterrumpidamente ya que esta actividad hace parte de los servicios fundamentales o esenciales que la empresa presta hasta la actualidad, que no se trata de una actividad ocasional o eventual, en razón a ello, la empresa tiene la necesidad de contratar siempre los servicios profesionales de una Enfermera Jefa, circunstancia que da origen a una subordinación por parte de la empresa sobre el empleado, en el desarrollo de la actividad objeto de este contrato, el cual fue cabalmente cumplido en los termino (sic) establecidos en el mismo, ya que el primero se comprometió a laborar con el segundo bajo las directrices estipuladas por el contratante en este caso la empresa, la cuales se encuentran plasmadas en el contrato de trabajo disfrazado bajo la figura de contrato de prestación de servicios; pero realmente se ocultó una vinculación laboral con la E.S.E. donde mi representada contaba con una asignación mensual de UN MILLON CUATROCIENTOS MIL PESOS (1.400.000.00) M/cte, cuando fue retirada de su cargo por parte del gerente de la empresa, de manera unilateral y sin ninguna causa justificada, adeudándole además, a título de indemnización las prestaciones sociales correspondientes al año 2.004 y además prestaciones económicas derivadas de la contratación laboral celebrada con la E.S.E., dejando de cancelar los siguientes conceptos: prima de navidad, prima de navidad, prima de servicio, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, sanción moratoria, correspondiente a los primeros 24 meses de mora, desde el 1 de enero de 2005 hasta el 30 de diciembre de 2006, por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, así mismo, se reconozcan los intereses moratorios a la tasa del 2% mensuales a partir del mes de enero de 2007 hasta que se verifique el pago total de esta obligación, prórroga del contrato, por terminación unilateral del contrato, sin justa causa y sin mediar el preaviso.

1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

Artículos 1, 2, 13, 23, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución Nacional;

Artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1984;

Artículos 9, 13, 15, 16, 20 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo;

Artículo 2 y SS del Código de Procedimiento Laboral;

Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 244 de 1995;

Artículo 35 de la Ley 50 de 1990;

Artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

En lo referente el concepto de violación, estima la parte actora que las personas vinculadas al Estado tienen derecho a exigir que tanto su nombramiento como remoción se haga con observancia de las normas que regulan la función pública.

Aduce que la accionante laboró bajo órdenes de dirección de la E.S.E SAN JUAN DE PUERTO RICO TIQUISIO, cumpliendo horarios de trabajos establecidos por la empresa, bajo continua dependencia, por lo cual, se dejó sin efecto la presunción establecida en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda¹ oponiéndose a las pretensiones de la misma por las siguientes razones:

La entidad accionada sostiene que la actora confiesa que la vinculación jurídica entre las partes se dio mediante contratos administrativos sucesivos en desarrollo de los cuales, la actora prestó sus servicios como enfermera jefe. Que no le es dable a la demandada variar la naturaleza del contrato para convertirla en una relación de trabajo, para ello se requiere un juicio de valor respecto de las labores desempeñadas y los elementos configurativos de la relación de trabajo.

Considera la demandada que para justificar el cobro de una indemnización por la supuesta realidad laboral escondida bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, deberá ser demostrado por la actora, y la demostración de esa realidad requiere de una actividad probatoria eficaz por parte de la demandante, para desvirtuar el principio de legalidad que permea al contrato estatal, aspecto este no desvirtuado con la demanda.

¹ Folio 69 a 76

Por último, a fin de enervar las suplicas de la demanda propone las siguientes excepciones: prescripción, inexistencia del derecho y ineptitud sustantiva de la demanda.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias mediante sentencia de fecha 19 de octubre de 2012², denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

“(...)”

Nótese que en lo referente al requisito de la prestación personal del servicio, obra en el expediente pruebas que permiten corroborar la prestación personal del servicio, como son los contratos de prestación de servicios en los que se consagran los términos y condiciones para ejercer el cargo de enfermera jefe, el cual es coincidente con lo manifestado por el declarante al sostener que la actora fue contratada como enfermera jefe.

En lo atinente a las funciones desempeñadas por la actora en desarrollo del objeto contractual se tiene que, si bien el único testigo en el proceso, afirma que la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada como enfermera Jefe, también lo es que no se observa que el mismo hiciera una descripción de las funciones desplegadas por la actora en calidad de tal, es decir, simplemente se limitó a señalar el cargo para el cual fue contratada sin especificar las funciones asumidas y desarrolladas por la misma, lo cual, no permite identificar la configuración del requisito de subordinación laboral, pues, de la única declaración existente en el plenario no se demuestra la existencia de tal elemento indispensable para que se configure la relación laboral.

En ese sentido, no aparece demostrado que la demandante desempeñaba funciones propias del cargo de jefe de enfermería y mucho menos, que se encontraba sometida al cumplimiento de órdenes impartidas o emanadas por su superior jerárquico inmediato, en cuanto al modo, tiempo y lugar de la prestación de sus servicios, con lo cual, a juicio de este despacho, no quedó demostrado el elemento subordinación, requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de contratos de prestación de servicios se ocultó una verdadera relación laboral entre las partes.

² Folio 122 a 146

Debe advertir esta judicatura que, en gracia de discusión y admitiéndose como cierto que el cargo de jefe de enfermería podría conllevar la ejecución de una labor permanente y no ocasional, era menester que la actora acreditara las funciones que desempeñó en calidad de enfermera jefe y en desarrollo de la relación contractual. Así como también, la relación de subordinación al cual se encontraba sometida desde el punto de vista de la ejecución de sus labores y del cumplimiento de directrices, ordenes emanadas de superior jerárquico.

Aunado a lo anterior, observa el juzgado que si bien el declarante manifestó que en la planta de personal de la E.S.E demandada se encontraba creado el cargo de enfermera jefe, no menos cierto es que, al plenario no se allegó prueba documental alguna de la cual se pueda corroborar lo afirmado por el declarante.

En ese orden de ideas, debe precisarse que las plantas de personal de las entidades del Estado están debidamente soportadas en documentos, ya sea, en aquellos de creación de la respectiva entidad o en los actos de reestructuración administrativa a través de los cuales, se redefinan los cargos, funciones, emolumentos etc, de tal suerte que, la sola manifestación del declarante no podría tenerse como plena prueba sobre tal hecho en virtud de la existencia de pruebas documentales con las que se demostraría la existencia del cargo en la planta de personal de la E.S.E Hospital Local San Juan de Puerto Rico - Tiquisio.

Para el Despacho, las pruebas arrojadas al plenario no demuestran la existencia de los tres (3) elementos propios de la relación laboral, como quiera que no se probó el requisito de subordinación al cual se encontraba sometida la actora en desarrollo de la prestación del servicio de enfermera jefe para el cual fue contratada por parte de la E.S.E Hospital Local San Juan de Puerto Rico - Tiquisio, por lo que, resultan imprósperas las pretensiones de la demanda, no ser desvirtuada la legalidad del acto acusado.”

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

“Se centra la controversia de este fallo fundamentalmente en la posición adoptada por el despacho al manifestar que no existen elementos probatorios suficiente que acrediten que entre mi representada y el ente accionado existió un vínculo laboral que fue simulado atreves de un contrato de prestación de servicios.

A lo anterior debo señalar que existen pruebas suficientes que no merecen de un estudio minucioso para concluir que en el caso que hoy nos ocupa estamos frente a la simulación de una relación laboral.

Tal es el caso de la resolución de pago N°.069 del 31 de diciembre de 2004, mediante la cual se le reconoce el pago del contrato de prestación de servicios, suscrito entre las parte en contienda, señalando en el artículo primero de la parte resolutive, el pago de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS, por concepto de salarios, por los servicios restado (sic) como enfermera jefe, durante los meses de junio a diciembre de 2004, de igual manera, sino (sic) detenemos a observar el contenido del acto administrativo en comento podemos notar, que en la parte motiva se habla de asignaciones mensuales, equivaliendo la suma anterior a sueldos de siete meses, reconociéndose como tal, su jefe inmediato es decir el director de la E.S.E., a través de la resolución reconoce una relación laboral.

Así mismo contamos con el certificado presupuestal y su registro, donde está plasmado que el rubro 510101 denominado sueldo de personal, de la vigencia año 2004, se ha reservado la suma de 9.800.000, para amparar el compromiso de pago de la resolución N°. 069 Del 31 de diciembre de 2004, a favor de HEYDY CAMPO RANGEL como enfermera jefe, de los meses de junio a diciembre de 2004, de igual manera el registro presupuestal del 30 de diciembre d 2004, certifica el pago de una obligación el código 510101 sueldo de personal por valor de 9.800.000 siendo su beneficiario la accionante, en cuyo objeto es salario como enfermera jefe. Y finalmente existe en el expediente una certificación expedida por el gerente de la E.S.E., por medio de la cual reconoce una deuda a favor de la accionante por el valor antes anotado, por concepto de salario como enfermera jefe correspondiente a los meses de junio a diciembre de 2004. Para efectos de determinar las funciones realizadas por la accionante en calidad de enfermera jefe de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, basta solo con mirar la cláusula primera del contrato de prestación de servicios que a la letra dice: -objeto: el contratista se obliga por medio del presente contrato a prestar sus servicios profesionales en la ejecución de labores como enfermera jefe, en la atención de individuos, familias, y comunidad a la población adscrita a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO...

Sustentan todas las anteriores pruebas documentales, el testimonio que bajo la gravedad de juramento rindió el señor Víctor Rocha Moreno, quien manifiesta que cumplía horario que su horario era de 8 horas de lunes a viernes, de lo anterior se colige, que existía plena dependencia de mí representada con el jefe inmediato toda

vez que cumplía horarios y debía presentarse a sus labores de lunes a viernes es un cargo que no es ocasional porque es bien sabido que toda empresa prestadora del servicio de la salud, desde el primer nivel hasta el cuarto la regla es general, tiene su enfermera jefe; y como bien lo dice el declarante, en respuesta del interrogante ¿manifieste al despacho si otra profesional ejercía el cargo de enfermera jefe en la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, o solo estaba contratada la señora HEYDI CAMPO?, contesto: solamente laboraba HEYDI CAMPO. Como dije anteriormente en la planta de personal estaba creado el cargo para una sola enfermera jefe.

Con base en lo anterior, podemos concluir con gran certeza, que está probado que la accionante, si estaba vinculada mediante una verdadera relación laboral, simulada mediante orden de prestación de servicios, pues todos los actos derivados de tal contratación, no dejan duda que se trata de una relación laboral, los pagos que se le realizaron fueron a través del rubro de sueldo de personal del presupuesto de la vigencia fiscal 2004, así mismo el representante legal de turno reconoció una relación laboral al ordenar pagar salarios, algo si está claro y es que un contrato de prestación de servicios jamás será pagado con dineros de sueldo de personal, como ocurrió con el de mi representada, lo cual no dela (sic) dudas que estamos frente a una verdadera relación laboral, que le permite a mi representada el gozo de sus prestaciones sociales, pues es de amplio conocimiento que las enfermeras jefes tiene una funciones determinada y en este caso se encuentran definidas en la cláusula primera del contratado de prestación de servicios, ahora bien si en la declaración del señor VICTOR ROCHA, quien se desempeñó como jefe de control interno de la entidad demandada, en la época en que estuvo vinculada mi representada, no entro a definir las actividades realizadas por la demandante como enfermera jefe de la E.S.E., es algo irrelevante porque sería lo mismo preguntarse qué hace un médico en una E.S.E., el contrato lo define y está contratando sus servicios como tal, creo que solo se debe consultar las funciones un profesional de esta calidad y se sabrá cuales son.

Luego entonces no puede el despacho decir que no se dio el elemento de la subordinación cuando un contratista es obligado a cumplir horarios es decir no tiene disposición de su tiempo y debe ir todos los días a ejecutar las labores de manera personal, sobre todo porque este tipo de actividades es de tanta responsabilidad que no puede delegarse sino en una especialista de la misma área, la cual no se encontraba en la empresa, vale la pena anotar que la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, es una entidad de primer nivel, por lo tanto no es posible la

vinculación de dos enfermeras jefes, porque en la planta de personal solo esta creado para una sola, y porque la necesidad del servicio no lo amerita.

De lo anterior se desprende que en esta relación hacen presencia los tres elementos esenciales del contrato de trabajo así:

Realización de la actividad de manera personal por mí representada.

El representante legal de la empresa y su jefe inmediato le exigían cumplimiento de horarios y la realización de las actividades en cualquier momento, en cuanto al modo, el contrato en su cláusula primera indica que debía realizar actividades de manera individual, con familias y con la comunidad en general de las personas adscritas a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUN DE PUERTO RICO: en cuanto al tiempo o cantidad de trabajo, la señora HEYDI, laboro durante doce meses de manera ininterrumpida, de lunes a sábado, 8 horas diarias, durante este tiempo estaba sujeta al reglamento de la empresa y directrices de su jefe inmediato y el gerente:

Un salario como retribución del servicio, está probado que la señora HEYDY recibía como contraprestación por el servicio prestado un salario mensual, así como lo manifiestan los diferentes actos administrativos que obran en el expediente.

“(...)”

Por todo lo anterior solicito al señor juez, se sirva revocar parcialmente el fallo recurrido en lo relacionado con el artículo segundo y el tercero de la parte resolutive del mismo y en su defecto se concedan todas las pretensiones de la demanda.³

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

3.1. EL DEMANDANTE:

No alegó

3.2. LA DEMANDADA:

No alegó

³ Folio 148 a 151

4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

1. El 25 de febrero de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 116)
2. El 29 de abril de 2013 se corrió traslado para alegar (folio 118)
3. El 18 de noviembre de 2013 ingresa al Despacho para dictar sentencia (folio 119)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA.

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD.

La acción de la referencia fue impetrada oportunamente, toda vez que se demanda el acto ficto o presunto derivado de la petición de fecha 17 de agosto de 2010, que de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo pueden ser demandados en cualquier tiempo.

3. ACTO ACUSADO

- Acto ficto o presunto derivado de la petición de fecha 17 de agosto de 2010, mediante la cual se negó entre otros, el reconocimiento de la relación laboral entre la actora y la entidad demandada.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar como primera medida, si entre la demandante y la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO – TIQUISIO BOLÍVAR existió una

relación laboral; y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo.

5. TESIS DE LA SALA

La Sala comparte el criterio del Juez de primera instancia, por considerar que no se probaron todos los elementos que dan lugar a configurar la existencia de una relación laboral; razón por la cual confirmará en la sentencia de fecha 19 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena.

6. HECHOS PROBADOS

La Sala encuentra probado lo siguiente:

1. Contrato de prestación de servicios de fecha 6 de enero de 2004, suscrito entre HEIDIS CAMPO RANGEL y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN DE PUERTO RICO, el cual tiene por objeto lo siguiente:

"PRIMERA.- OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga por medio del presente contrato a prestar sus servicios personales en la EJECUCIÓN DE LABORES COMO ENFERMERA JEFE EN LA ATENCIÓN DE INDIVIDUOS, FAMILIAS Y COMUNIDAD A LA POBLACIÓN ADSCRITA A LA E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO. SEGUNDA.- DURACIÓN: EL término del presente contrato será de tres (3) meses a partir del 6 de enero hasta Julio 06 de 2.004..." "QUINTA.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: En ejecución del presente contrato el contratista tendrá derecho al pago del valor del presente contrato y se obliga atender oportunamente las solicitudes de servicios que le haga la E.S.E. SEXTA. – AREA DE DESEMPEÑO DE FUNCIONES: Para efectos del presente contrato el lugar donde se desarrollan las labores de Enfermera Jefe será la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN DE PUERTO RICO. SEPTIMA.-SUJECCIÓN DE LOS PAGOS A LAS APROPIACIONES PRESUPUESTALES." (Folio 9 a 10) (Subraya la Sala)

2. Contrato de prestación de servicios de fecha 1 de julio de 2004, suscrito entre HEIDI CAMPO RANGEL y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN DE PUERTO RICO, la cual tiene por objeto:

"PRIMERA: OBJETO. LA E.S.E. contrata los servicios profesionales de ENFERMERA JEFE y ese se obliga: a) a poner al servicio de la E.S.E. toda su

capacidad normal de trabajo, en la EJECUCIÓN DE LABORES COMO ENFERMERA JEFE de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta la E.S.E. directamente SEGUNDA.-DURACIÓN: El término del presente contrato será de Seis (6) meses a partir del 1 de Julio de 2004 hasta el 31 de DICIEMBRE de 2004. TERCERA. – VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: El valor del presente contrato es la suma OCHO MILLONES CUATRO MIL PESOS (\$8.400.000) que LA E.S.E. pagará a la enfermera Jefe por cuotas mensuales por valor de \$1.400.000 c/u. CUARTA.- DERECHOS y OBLIGACIONES DE LA E.S.E. ejercerá el control de la prestación del servicio, prestado por el CONTRATISTA, designado para el efecto a un funcionario de su dependencia y se obliga a pagar el valor del presente contrato. QUINTA.-DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: en desarrollo de este contrato, el contratista se obliga a prestar los servicios profesionales de enfermera jefe. SEXTA.- AREA DE DESEMPEÑO DE FUNCION: Para efectos del presente contrato el lugar donde se desarrolla las labores de Bacterióloga será en LA E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE PUERTO RICO SUJECCIÓN DE OS (sic) A LAS APROPIACIONES PRESUPUESTALES: los pagos a que se obliga la E.S.E. se imputaran con cargo a los recursos del presupuesto de LA E.S.E. para vigencia fiscal de 2.004...” (folio 11 a 12) (Subraya la Sala)

3. Resolución No. 069 de 31 de diciembre de 2004, por medio de la cual el Gerente de la E.S.E. hospital San Juan de Puerto Rico ordena el pago de una cuenta. En la parte resolutive de dicho acto se señaló lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Ordénase pagar a la Enfermera Jefe HEIDY CAMPO RANGEL, identificada con la cédula de ciudadanía N° 33.307.920 expedida en Magangué, a suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$9.800.000) M/L, por concepto de salarios por servicios de ENFERMERA JEFE prestado durante los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2.004.

“ARTÍCULO SEGUNDO: Impútese el gasto con cargo al presupuesto de la E.S.E. Hospital San Juan de Puerto Rico para la vigencia fiscal de 2.004.

“(...)” (Folio 13)

4. Certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 30 de diciembre de 2004 suscrito por el Jefe de Presupuesto de la E.S.E Hospital San Juan de Puerto Rico, por medio de

cual se ampara el pago de la Resolución antes mencionada, correspondiente a los meses de junio a diciembre de 2004 (folio 14)

5. Registro presupuestal de fecha 30 de diciembre de 2004 en la que aparece como beneficiaria la señora HEIDIS CAMPO RANGEL y que tiene por objeto el pago Salarios como Enfermera Jefe de junio a diciembre 2004 (folio 15)

6. El gerente de la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE PUERTO RICO certificó que la enfermera Jefe HEIDIS CAMPO RANGEL, se le adeuda la suma de nueve millones ochocientos mil pesos (\$9.800.000) M/L, por concepto de salario como Enfermera Jefe, correspondiente a los meses, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2.004 (folio 16)

7. Declaración de VICTOR ROCHA MORENO:

...PREGUNTADO: Sírvase decir la declarante si conoce a HEIDIS CAMPO RANGEL, en caso afirmativo sírvase decir desde cuando lo conoce y por qué circunstancia. CONTESTO: Si la conozco, desde el año 2004 cuando inició a laborar en la institución ESE Hospital Local San Juan de Puerto Rico del Municipio de Tiquisio El Despacho le solicita a la declarante, se sirva hacer un relato de todo cuanto le conste sobre los hechos de esta demanda. CONTESTO: Inicialmente yo laboraba en la institución también. Me desempeñaba como jefe de control interno de la entidad, por ende la conozco. Se que le hicieron dos órdenes de prestación de servicios durante el año en el cual laboró, vigencia 2004. Cada uno tenía un término de 6 meses, sin interrupción. Y por directrices de la gerencia de la administración fue sacada, no fue tomada en cuenta sin ningún previo aviso sin ninguna constancia de cual era el motivo de su salida. Fue contratada como enfermera Jefe. Tenía un horario establecido de 8 horas que regía de 8 a 12 del mediodía y de 2 a 6 de la tarde, de lunes a viernes. Entre tanto los turnos nocturnos que realizaba para verificación por rutina, ella dependía de un director médico científico, y a ella le tocaba hacer turnos para verificar la prestación del servicio por parte de su equipo de trabajo a cargo. Ella tenía a cargo a los auxiliares de enfermería, eran de seis a siete personas. En ese 2004 estaba JUAN GABRIEL MARTÍNEZ, SHIRLEY HAAD, no recuerdo otros nombres. La asignación mensual de HEIDI era de \$1.400.000. A continuación el Despacho procede a interrogar al testigo. PREGUNTADO. Digo al Despacho si lo sabe, que sumas recibió la señora HEIDIS CAMPO RANGEL por los servicios brindados a la E.S.E. Hospital Local San Juan de Puerto Rico de Tiquisio durante el año 2004. CONTESTO. Hasta donde me acuerdo no recibió e su totalidad mensualidad no tengo cifra exacta pero se que no se le canceló en

su totalidad laboró. Es decir, recibió algunos pagos pero no en su totalidad. 2. PREGUNTADO Diga al Despacho si lo sabe si durante el año 2004 la ESE Hospital Local San Juan de Puerto Rico de Tiquisio canceló a la señora HEIDIS CAMPO RANGEL alguna suma de dinero diferente a la asignación mensual a la que ha hecho mención, por sus servicios prestado como enfermera. CONTESTO. No, no se. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante para que interroge el testigo: 1. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho que tiempo laboró usted para la ESE Hospital Local San Juan de Puerto Rico de Tiquisio. CONTESTO. Desde el 10 de marzo de 2003 al 26 de junio de 2008. 2. PREGUNTADO. En atención a su respuesta. Manifieste al Despacho si el cargo o la contratación que se le realizó a la señora HEIDIS CAMPO RANGEL se venía haciendo por la ESE de manera ocasional, o era un cargo necesario para la institución. CONTESTO. Si, era un cargo que estaba creado, está creado en la planta de personal de la institución. 3. PREGUNTADO. Manifieste al Despacho si otra profesional ejercía el cargo de enfermera jefe en la ESE Hospital Local San Juan de Puerto Rico de Tiquisio, o solamente estaba contratada la señora HEIDIS CAMPO. CONTESTO. Solamente laboraba HEIDIS CAMPO. Como dije anteriormente, en la planta de personal en esa fecha estaba creado el cargo solamente para una sola enfermera jefe. 4. PREGUNTADO. Sabe usted por qué a la señora HEIDI no la vinculaba a la nómina de la ESE sino que era contratada a través de órdenes de prestación de servicios, a sabiendas que era un cargo creado y era necesario para la institución? CONTESTO. No lo sé. 5. PREGUNTADO. Manifieste al Despacho si le consta si en algún momento a la señora HEIDI CAMPO RANGEL le cancelaron sus prestaciones sociales. CONTESTO. De ninguna manera. Si no le alcanzaron a pagar el tiempo laborado menos las prestaciones sociales a que tenía derecho. En este estado de la diligencia el Despacho retoma la declaración. PREGUNTADO: Tiene la declarante algo más que agregar, aclarar o corregir a lo ya manifestado en esta diligencia? CONTESTO: No. en este estado de la diligencia, el apoderado demandante manifiesta que desiste de la recepción del testimonio del señor ARGEMIRO BONILLA LAMAR, por desconocer su lugar ubicación. Así mismo, informo que la testigo CAROLA AVILA DÍAZ se encuentra en una diligencia oficial del municipio de Montecristi- Bolívar-, por lo tanto solicito a su Despacho fijar nueva fecha para su recepción..."

De las pruebas antes relacionadas se tienen probado los siguientes hechos: I) Que la actora suscribió contrato de prestación de servicios con la E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE PUERTO RICO durante los periodos comprendidos del 6 de enero hasta julio 06 de 2004 y del 1 de Julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de esa misma anualidad, desempeñándose en esa entidad como enfermera jefe; II) Que por Resolución No. 069

de 31 de diciembre de 2004 la E.S.E. Hospital San Juan de Puerto Rico ordena el pago de una cuenta por la suma de \$9.800.000 M/L por concepto de salarios por servicios de enfermera jefe durante los meses de junio a diciembre de 2004; III) El valor adeudado a la actora se soporta en el registro presupuestan de fecha 30 de diciembre de 2004 y certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 29 de diciembre de 2004; IV) La actora cumplía con un horario de trabajo y realizaba turnos nocturnos para la verificación de la prestación del servicio por parte de su equipo de trabajo.

7. ANÁLISIS DEL CASO.

La parte actora considera que la entidad accionada desconoció sus derechos originados en la prestación personal del servicio como Jefa de Enfermería pues, a su juicio, se trató de una relación de tipo laboral, encubierta por la apariencia de varios contratos de prestación de servicios. Por lo tanto, afirma que se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, la subordinación al empleador; la prestación personal del servicio; y el pago de una remuneración.

La relación de subordinación, considera se encuentra demostrada, entre otros elementos, toda vez que afirma que la actora cumplía el horario estipulado por la empresa y que los mismos eran controlados por él jefe de personal y coordinador médico.

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:

“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.”⁴

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 Estado⁵:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

⁴ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁵ Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No.3074-2005, Magistrada Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.

(...)

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, declarando la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, condenando a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por la actora, liquidada con base en los honorarios contractuales, pagando a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación. (...)”.

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 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.

Por otra parte, ha dicho la jurisprudencia⁶ que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de Órdenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto; se requiere de conocimientos especializados.

⁶ Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02 Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 32: (Apartes subrayados, condicionalmente Exequibles)

(...)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.

También dijo la jurisprudencia, que atendiendo a los conocimientos especializados que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio de los mismos, se habilita dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y, por ende, la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados.

Sin embargo, la Subsección A, del Consejo de Estado en sentencia de 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08, Consejero Ponente DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, manifestó:

“... Al respecto, dirá la Sala que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos -entratándose de personas naturales-, no excluye por si sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, y los artículos 21 y 27 del Decreto 1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.”

En ese orden de ideas, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios médicos, demostrada la permanencia y continuidad del servicio; y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente planteados, se permite el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Ahora bien, también ha manifestado el Consejo de Estado⁸ que en tratándose de la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de ordenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el

⁸ Sentencia del Consejo de Estado del 28 de enero de 2010, Sección Segunda, Subsección B Ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actora: Yuri Gutiérrez Flórez. Exp. 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). También ver sentencia de 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08, Consejero Ponente DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc.; lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso particular las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar la posición antes expuesta.

En el presente asunto está demostrado que la actora suscribió contrato de prestación de servicios con la entidad demandada como enfermera jefe durante los periodos comprendido del 6 de enero hasta el 6 de julio de 2004 y del 1 de Julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de esa misma anualidad, así mismo está demostrado que la entidad adeuda a la accionada la suma \$9.800.000 M/L por concepto de salarios correspondiente a los servicios prestados.

Por lo anterior, se encuentra acreditado que la parte demandante prestó sus servicios a la entidad demandada, así mismo que dicho servicio era remunerado, por lo que le corresponde a esta Sala determinar si existió dependencia o subordinación por parte de la actora.

Al respecto, sea lo primero precisar que obra en el expediente la declaración rendida por el señor VICTOR ROCHA MORENO, el cual afirma que laboraba en la entidad demandada, desempeñándose como jefe de control interno de esa entidad y afirma entre otras, que la actora tenía un horario de ocho (8) horas que regía de ocho (8) a doce (12) del medio día y de dos (2) a seis (6) de la tarde, así mismo señala que la accionante realizaba turnos para verificación de rutina y que ella dependía de un director médico científico y que estaba a cargo de un grupo de auxiliares de enfermería.

De la declaración rendida por el Jefe de Control Interno de la entidad, se encuentra probado que la actora cumplía con un horario de trabajo, además que realizaba turnos con el fin de verificar el servicio que prestaba su equipo de trabajo, es decir, el grupo de enfermeras auxiliares.

Por consiguiente, la entidad accionada al imponerle un horario o turnos de trabajo a la actora desnaturaliza el contrato de prestación de servicio, convirtiéndolo en una verdadera relación laboral, toda vez que el servicio prestado se vuelve dependiente o

subordinada. Se debe precisar por la Sala que el testimonio antes relacionado le ofrece suficiente credibilidad pues las mismas funciones que desempeñaba el señor ROCHA le imponía verificar las condiciones en que se desarrollaba la demandante, las tareas asignadas y en esa medida su dicho tiene la fuerza suficiente para llevar a Sala el convencimiento del elemento de la subordinación.

Así las cosas, se tienen plenamente demostrados los elementos para considerar que existió una relación laboral entre la actora y E.S.E. Hospital Local San Juan de Puerto Rico – Tiquisio.

De otro lado, cabe señalar que la entidad demandada, al vincular a través de contratos de prestación de servicios a personas que responden a una verdadera relación laboral administrativa, no solo desconoce las normas atinentes a la función pública, (Artículo 122 de la C. P. y 7 del Decreto 1950 de 1973), sino que patrocina la evasión del pago de las prestaciones sociales por parte del Estado – empleador-, con claro desmedro de los derechos del trabajador.

En consecuencia, de las pruebas relacionadas se colige que las labores desarrolladas por la demandante como Jefe de Enfermería de la ESE hospital Local San Juan de Puerto Rico, se cumplían bajo los presupuestos propios de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la continuada subordinación y dependencia, y una remuneración como contraprestación de la labor desempeñada, razón por la cual el fallo apelado debe revocarse, y resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo acusado, estableciendo la protección al derecho al trabajo y al derecho a la igualdad invocada por la actora, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por ende, la accionante tendrá derecho a percibir a título de indemnización las prestaciones sociales de los servidores incluidos en la planta de personal de la accionada, por laborar en igualdad de condiciones, lo que determina la nulidad del acto presunto acusado.

No obstante, cabe aclarar que dicha condición irregular no alcanza para otorgarle la calidad de empleada pública, como quiera que no cumple los requisitos establecidos por la ley para que se establezca una relación legal y reglamentaria, dada la forma de su vinculación, por medio de contratos de prestación de servicios.

Esto significa que no se puede dar a quien ingresa al servicio público bajo esa forma de vinculación, la condición de empleado o de servidor público. Pero, dado que cumple funciones en forma similar a como lo hace un empleado que forma parte del servicio, y

que el Estado no puede birlar a las personas derechos inherentes a una relación laboral, sin importar el nombre o la denominación que se le dé, debe decirse que se trata materialmente de una relación de trabajo, que genera a favor de quien la desempeña, el derecho al pago de las correspondientes prestaciones sociales, por lo cual la entidad debe ser compelida a pagarlas.

ii) Restablecimiento del Derecho:

Ahora bien, una vez determinada la existencia de un vínculo laboral entre la demandante y la entidad accionada, es necesario el estudio de la consecuencia que ello tiene, respecto de las prestaciones laborales que reclama la demandante a título de indemnización.

Sobre el reconocimiento de los derechos prestacionales derivados de la relación laboral, el H. Consejo de Estado-Sección Segunda, en sentencia del 17 de abril de 2008⁹, rectificó el criterio jurisprudencial anterior y consideró que estos no son a título de indemnización, sino de verdaderas prestaciones sociales que inclusive afectan el sistema de seguridad social; dijo en dicha oportunidad: “ *los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.*”

No obstante lo anterior, en reciente sentencia¹⁰, la misma Corporación – Sección Segunda, al estudiar un asunto similar unificó su posición ratificando que una vez se declara la situación irregular del contrato de prestación de servicios, es decir, el contratista desvirtúa su calidad, no se convierte automáticamente en empleado público, a falta de los presupuestos de ley (nombramiento y posesión), pero como reparación del daño tiene derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca le fueron reconocidas, ni pagadas, las que deben liquidarse con base en los

⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección "A", Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA, Sentencia 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05) Actor. JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, Demandado: INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE NORTE DE SANTANDER - IFINORTE

¹⁰ Consejo de Estado- Sección Segunda, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Paez, sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente: 730012331000200003449-01 (3074-2005) Accionante: Ana Reinalda Triana Vluchi, vs. Instituto de Seguros Sociales

emolumentos pactados en el contrato. Consideró igualmente respecto a los asuntos derivados de la seguridad social, que como reparación integral del daño por los perjuicios sufridos, una vez se acepta la verdadera existencia de una relación laboral, esta debe ser útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación y salud, aclarando que la reparación es solo por el monto que le correspondía trasladar al empleador, teniendo en cuenta que son prestaciones compartidas, es decir con aportes tanto del empleador como del trabajador, ordenando pagar dichos emolumentos al trabajador, quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajador independiente, para lo cual cita los artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993.

Respecto a riesgos profesionales, adujo la sentencia antes referida que como el empleado no probó que hubiera sufragado esta especie de seguro para tales siniestros derivados de accidentes de trabajo, infirió que era inexistente el daño antijurídico; y frente a las Cajas de compensación, como durante la relación contractual desnaturalizada tampoco percibió sus beneficios, ordenó su pago a título de indemnización, para su disfrute. Sin embargo, negó el reconocimiento del subsidio familiar por no ser una pretensión, ni demostró tener el derecho a dicho beneficio, por no cumplir los presupuestos para ello.

Cabe anotar que la alta Corporación-Sección Segunda-Subsección "B" en providencia del 20 de septiembre de 2007, expediente N°.760012331000200105698-01 (3613-2005), con ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, al revocar la decisión de primera instancia, anuló el acto demandado (oficio del 31 de julio de 2001) y condenó a reconocerle y pagarle al demandante una indemnización equivalente a la totalidad de las prestaciones sociales devengadas por un empleado público, liquidadas con base en el valor de los respectivos contratos, durante el tiempo que prestó sus servicios a la entidad bajo dicha modalidad.

En el presente caso en concreto, no hay duda sobre la existencia de una relación de carácter laboral bajo la continua dependencia y subordinación y no una relación contractual de prestación de servicios con carácter independiente, desconociéndose así los derechos prestacionales que se derivan de dicho vínculo laboral, razón suficiente para considerar que se debe anular el acto administrativo ficto o presunto demandado por medio del cual se da respuesta negativa a la petición de la accionante, radicada el 17 de agosto de 2010, que como ya se indicó, se solicitaba el pago de las prestaciones sociales adeudadas.

En esos términos resulta viable que como restablecimiento del derecho, a título de reparación del daño, se ordene el pago de una indemnización correspondiente al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales devengadas por la demandante, mientras estuvo vinculada por contratos de prestación de servicios entre el 6 de enero de 2004 al 31 de diciembre de la misma anualidad; y , liquidadas de acuerdo al valor pagado en forma mensual por la prestación de sus servicios, el cual debe tomarse como salario base para la liquidación de dichos emolumentos, incluyendo las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Ahora bien, la parte actora también solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías e intereses, en relación a lo deprecado, es de precisar que cuando se demanda la declaración de la relación laboral de los contratos de prestación de servicios los derechos surgen a partir de dicho reconocimiento, conforme a lo cual no es procedente establecer que la administración haya incurrido en mora en el pago de las cesantías.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

Así en cuanto a la sanción moratoria, el H. Consejo de Estado en la Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCÍA, Exp. (2776-05), Actor: JOSÉ NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, dejó por sentado lo siguiente:

“Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”

Asimismo se ha indicado:

“Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la

primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.”¹¹

Tampoco se reconocerá lo solicitado por concepto de indemnización por despido injusto, toda vez que esta figura se predica respecto de contratos de trabajo en los cuales estos se terminan sin una justa causa, lo cual no es la situación bajo examen, toda vez que lo que se discute aquí es la operancia del principio de la primacía de la realidad sobre la forma de contratos de prestación de servicios que celebró la actora como jefe de enfermería, regidos por la ley 80 de 1993 y si bien ello ha sido demostrado, no significa que per se también se configure una justa causa que le confiera derecho a la actora para reclamar indemnización por despido injusto.

Finalmente, tampoco habrá lugar a reintegrarle a la actora los valores que se le hubieren descontado por concepto de retención en la fuente, por no ostentar la calidad de servidor público.

En conclusión como restablecimiento del derecho y de acuerdo a lo probado por la parte actora y los fundamentos jurídicos relacionados, se accederá a las pretensiones de la demanda, de manera parcial declarando la nulidad del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, se condenará al demandado a reconocer y pagar a la demandante a título de indemnización los valores adeudados, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios para los períodos invocados, que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengara cualquier servidor al servicio de la entidad demandada, durante el término durante el cual prestó sus servicios la actora.

La Sala ordenará además reintegrar a la actora los porcentajes de ley que debieron ser trasladados por el ente territorial demandado como aportes al sistema de seguridad

¹¹ Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

social, por los mismos conceptos, conforme lo ha previsto la reciente jurisprudencia de nuestro órgano de cierre.¹²

iii Prescripción de los derechos laborales

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado adujo:

“En situaciones como la presente 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.

Se insiste, tratándose del principio de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia y su exigibilidad desde su ejecutoria.

...

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contaría los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como en el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencias, tesis que la sala en esta oportunidad acoge en su integridad¹³”

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación N° 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05)

¹³ Consejo de Estado- Sección Segunda, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente. 730012331000200003449-01 (3074-2005) Accionante. Ana Reinalda Trana Viuchi, vs. Instituto de Seguros Sociales

Esa alta Corporación ha expuesto entonces en forma reiterada que no hay lugar a la prescripción de los derechos laborales, como quiera que el derecho a reclamar nace a partir del momento en que se reconoce la existencia de la relación laboral, mediante la sentencia debidamente ejecutoriada.

En relación con la condena en costas solicitada por el actor, este despacho no accederá a dicha pretensión, en atención a que no existe a juicio de esta judicatura, una intención temeraria o dilatoria por parte de la entidad accionada, y la no aplicación al derecho invocado en instancia administrativa, se debe a una interpretación normativa que conlleva a la exposición de un criterio, por ello en este aspecto será confirmada la sentencia de primera instancia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha diecinueve (19) de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto de carácter negativo, resultante del silencio administrativo frente a la petición de fecha 17 de agosto de 2012, formulada por la parte actora y mediante el cual no se reconoció en vía administrativa la relación laboral entre la señora HEIDIS CAMPO RANGEL y la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO.

TERCERO: Declarar la existencia del vínculo laboral entre la señora HEIDIS CAMPO RANGEL identificada con cédula de ciudadanía No. No. 33.307.920 y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO del municipio de Tiquisio (Bolívar), como enfermera Jefe de enfermería de esa institución de salud entre los periodos del 06 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2004

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, condenar la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO del municipio de Tiquisio (Bolívar) a reconocer y pagar a la señora HEIDIS CAMPO REANGEL identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.307.920, a título de indemnización, la cantidad de dinero equivalente a las prestaciones sociales recibidas por los empleados públicos de la planta de personal de la entidad, y reintegrar a la actora los porcentajes de ley que debieron ser trasladados por el ente territorial demandado como aportes al sistema de seguridad social, según la forma indicada en la parte motiva, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios, esto es, el de fecha 6 de enero de 2004 y el de 1 de julio de 2004.

QUINTO: La anterior condena económica será reajustada y actualizada en los términos del Art. 178 del C.C.A., para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \times VH$$

En la que el valor presente (VA) se determina multiplicando el Valor Histórico (VH) que corresponde a las prestaciones sociales dejadas de percibir en cada año de servicios por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de la ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en que debieron pagarse cada una de las prestaciones sociales.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: La sentencia se debe cumplir en los términos del artículo 177 del C.C.A.

NOVENO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE 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



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0043
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: MADONIA JULIO OSUNA
DEMANDADO	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2010-00458-00
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 DECISIÓN No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicación : 13-001-23-31-002-2010-00458-00

Demandante : Madonia Julio Osuna

Demandado : Instituto de Seguros Sociales y otros

Tema: Caducidad de la acción por haberse demandado el acto que resolvió una solicitud de revocatoria directa.

La Sala de Decisión 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 Madonia Julio Osuna contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Protección Social, y el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se hagan las siguientes declaraciones:

Que se declare la nulidad del Oficio 10100 RAD 212290 de 13 de julio de 2009, por medio del cual el Ministerio de la Protección Social le negó al demandante el pago de todos los salarios, y prestaciones e indemnizaciones de carácter convencional dejados de pagar durante su vinculación a la ESE José Prudencio Padilla, lo anterior en

aplicación de la excepción de inconstitucionalidad contemplada en artículo 4° de la Constitución Nacional frente al artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento le sean reconocidos y pagados los salarios, prestaciones e indemnización de carácter convencional, de acuerdo con lo dispuesto en la convención colectiva de trabajo de la que aduce era beneficiario.

1.2. HECHOS

Se narra en la demanda que la señora Madonia Julio Osuna prestó sus servicios, al Instituto de los Seguros Sociales (ISS), desde el 15 de junio de 1992 al 26 de junio de 2003, fecha en la que pasó sin solución de continuidad como empleado público a la ESE José Prudencio Padilla en virtud del Decreto-Ley 1750 de 2003 que escindió el ISS, en la cual permaneció hasta el día 29 de junio de 2007 cuando fue desvinculada por supresión del cargo de Profesional Universitario Grado 11.

Que durante su vinculación, percibió los beneficios de la convención colectiva de 31 de octubre de 2001, suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Seguridad Social –Sintraseguridadsocial–; sin embargo, al momento del traslado de vinculación con la ESE José Prudencio Padilla, dejó de percibir los beneficios prestacionales y salariales que le otorgaba la convención en mención, muy a pesar de que las sentencias C-314 del 2.004, C-349 del 2004 y en especial la T-1166 del 2.008 establecen para ella derechos convencionales.

Por lo anterior, considera que se le adeudan desde el 26 de julio de 2003 las diferencias salariales, prestacionales e indemnizatorias que resultan de deducir el pago de las prestaciones legales, pagadas entre el 26 de julio de 2003 al 29 de junio de 2007.

Que en fecha 16 de junio de 2009 agotó vía gubernativa ante el ISS y ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este último trasladó dicha reclamación ante el Ministerio de la Protección Social mediante Comunicación de fecha 30 de junio de 2009; y en fecha 13 de julio de 2009 el Ministerio de la Protección Social mediante da respuesta mediante Oficio No. 10100 RAD 212290 (acto acusado) negó las prestaciones reclamadas.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con el acto acusado se trasgreden las siguientes disposiciones:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política; Carta de Derechos Humanos artículos 1 y 17; Pacto de Derechos Político y Civiles artículo 26; Declaración Americana de los Derechos del Hombre artículo 2; Convenio 151 de 1978 aprobado por la Ley 411 del 5 de noviembre de 1997; y Convenio 154 de 1981 aprobado por la Ley 524 del 12 de agosto de 1999.

Del concepto de la violación se transcribe en los siguientes apartes:

“El Artículo 4º de la Constitución Política establece, que la Constitución es norma de normas, por ello con base en esa declaración es que solicitamos se inaplique por Vía de Excepción de Inconstitucionalidad el Art. 416 del C.S.T. que desconoce el derecho del empleado público a negociar, suscribir y a ser beneficiarios de ellas, pues dicha norma viola abiertamente los principios de igualdad consagrados en el Artículo 13 y 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, así como la protección del trabajador sin distinción o exclusión derivada de la naturaleza de patrono o del vínculo laboral, establecida en la Carta de derecho (sic) Humanos arts. 1 y 17, Pacto de Derechos Político y Civiles Art. 26, Declaración Americana de los Derechos del Hombre Art 2 y en especial el convenio 151 de 1978 aprobado por la ley 411 del 5 de noviembre de 1997 “relativo a la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública” Así mismo el convenio 154 de 1981 aprobado por la ley 524 del 12 de Agosto de 1999, normas de carácter constitucional conforme a la regla constitucional dada en el Art. 93 sobre la aplicación de tratados y convenios suscritos, así como las sentencias C-377 de 1998, sentencia C-161 del 2000 de la honorable Corte Constitucional, que declararon la exequibilidad de dichos convenios, por ello con base en dichos criterios de bloque de constitucionalidad, se solicita se inaplique el Art 416 del C.S.T. y se reconozca el derecho del trabajador a un trato igual ante la ley y se le reconozca su derecho de beneficiario de la Convención Colectiva en mención.

La Honorable Corte Constitucional ha señalado en su ya reiterada jurisprudencia el derecho de los trabajadores, en el caso de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, a recibir los beneficios convencionales que traían adquiridos al ser escindidos y que pasaron sin solución de continuidad a las nuevas Empresas Sociales del Estado creadas con el Decreto 1750 del 2005, tal como lo señala en los siguientes apartes de la sentencia C-314 del 2004 al señalar: “Aunque en principio esta expresión podría considerarse respetuosa de los criterios jurisprudenciales embozados en torno a los derechos adquiridos, esta Corporación considera que la misma resulta restrictiva de la protección constitucional que la Carta ofrece a las garantías laborales.

En primer lugar, la expresión señalada en el artículo 18 es inconstitucional porque únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional.

Dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial. Aunque dicho defecto podría resolverse gracias a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión "en todo caso", la inexecutable de la expresión demandada proviene del hecho de que al definir lo que debe entenderse por derecho adquirido, no incluye en el espectro de protección de los mismos aquellos correspondientes al régimen salarial de los empleados públicos de las entidades creadas por el Decreto 1750 de 2003. Es claro que los derechos adquiridos no se dan en el campo meramente prestacional sino también en el salarial, como ocurre, por ejemplo, con la remuneración a que se tiene derecho por razón de trabajar horas extras. Esto demuestra que la definición del artículo 18 no cubre la totalidad de los presupuestos que constituyen el ámbito de protección de los derechos adquiridos (Subrayado fuera del texto).

En este contexto, la norma, al dejar por fuera tales derechos, menoscaba las garantías laborales protegidas por el artículo 53 de la Carta Política, al tiempo que desconoce la protección de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles y por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

De igual modo, la definición de derecho adquirido consignada en el artículo 18 resulta violatoria de los derechos de los trabajadores por no ser clara frente a los que podría considerarse un derecho adquirido.

En efecto, la expresión que se ataca prescribe que un derecho se ha adquirido en materia prestacional cuando la situación jurídica se ha consolidado, es decir, cuando ha sido causado ha ingresado en el patrimonio del servidor (sic).

Para la corte, la ambigüedad de la definición radica en que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así las cosas, el legislador considera como hipótesis distintas aquellas que para la doctrina son una misma, por lo que, no siendo posible determinar con exactitud cuando el derecho de que se habla se ha adquirido o permanece como mera expectativa, la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el desempleados(sic) públicos (subrayado fuera del texto).

Para analizar dicho punto, valga recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, una convención colectiva es aquella celebrada entre uno o varios patronos o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, esto es, para establecer el régimen salarial y la regulación de primas, auxilios, horarios, permisos, vacaciones, jubilación incentivos, vivienda, licencias, becas, indemnizaciones, etc. (...)"¹

¹Ver folio 3 a 7 de la demanda.

2. LA DEFENSA

El proceso permaneció fijado en lista entre los días 10 de diciembre de 2010 y el 16 de diciembre del mismo año²; término dentro del cual contestó la demanda la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues el Ministerio de la Protección Social lo hizo de forma extemporánea³ y el Instituto de Seguros Sociales, no contestó la demanda.

Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (F.141-156)

La entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y alega que no ha transgredido las disposiciones citadas por el demandante, en razón a que no existe, ni existió, vínculo jurídico alguno, legal, reglamentario, contractual o laboral con el demandante.

Que al Ministerio le compete exclusivamente ejercer aquellas funciones expresamente señaladas por la Constitución y por la ley; o las disposiciones de orden reglamentario mediante las cuales establezca su régimen competencial dentro de las cuales no se encuentra la de definir controversias entre trabajadores y/o extrabajadores de otras entidades públicas.

Que conforme al Decreto 2709 de 2008, le corresponde girar los recursos a la entidad contratada por la ESE José Prudencio Padilla en liquidación, cumpliendo lo consagrado por el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000.

Alega que no le constan las condiciones laborales de la demandante con la ESE José Prudencio Padilla, sin embargo, en virtud del Decreto 1750 de 2003, se incorporó automáticamente en la ESE en calidad de empleada pública y por ende, los beneficios de una convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, no extiende sus efectos a los empleados públicos de la ESE, porque cualquier convención colectiva solo produce efecto entre las partes integrantes, sin que puedan beneficiarse empleados de otra empresa que no hicieron parte de aquella.

Excepciones:

²Ver reverso del folio 133, constancia secretarial

³Contestó la demanda el día 17 de enero de 2011, tal como se advierte a folio 158 y siguientes

- *Falta de Jurisdicción y Competencia*; señala que en este caso el actor debió acudir directamente ante los jueces laborales, pues conforme lo establece el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, son los competentes para desatar los conflictos originados directa o indirectamente en el contrato de trabajo y en la convención colectiva.
- *Inviabilidad de reconocer efectos a la convención colectiva del ISS a empleados públicos de otra entidad*; pues alega que la ESE José Prudencio Padilla por ser una entidad de categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; naturaleza que se le estableció en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, entidad a la que se le definió el régimen jurídico de las personas vinculadas como empleados públicos y trabajadores oficiales según las labores desempeñadas. Precisó además que las convenciones colectivas no se aplican a los empleados públicos.
- *Prescripción*; formulada sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor del actor y que quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción.
- *Falta de legitimación en la causa por pasiva*; pues considera que no está legalmente obligada a ser sujeto pasivo, por no hacer parte de la relación jurídica material entre el demandante y la ESE.
- *Inexistencia de solidaridad o de vínculo entre la ESE José Prudencio Padilla en liquidación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público*.
- *Excepción de cobro de lo no debido*.

3. ALEGATOS DE PRIMERA INSTANCIA

Únicamente presentó alegatos el Ministerio de Salud y Protección Social, por conducto de su apoderada designada para tal efecto⁴.

Al respecto, reiteró los argumentos planteados en la defensa, y en particular señaló que en lo que se refiere a la liquidación de la indemnización por supresión del cargo que pide la parte actora con base en la convención colectiva, no debe accederse a ello, por cuanto la norma aplicable al presente caso es la contenida en el Decreto 2505 de 2006 que establece en su artículo 12 la tabla de indemnización a que tienen derecho los

⁴Ver folio 374 y siguientes.

servidores públicos incorporados automáticamente como empleados públicos de la planta de personal de la extinta ESE José Prudencio Padilla, en cumplimiento de la Sentencia C-349 de 2004.

II. TRÁMITE PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto de 1º de octubre de 2010 se admitió la demanda (folio 131-133).

Por auto de fecha 31 de marzo de 2011, se abrió a pruebas este asunto (folios 190-191).

El 18 de julio de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 373).

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 demanda⁵, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

2. Las Excepciones

Formula el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la excepción de falta de jurisdicción y competencia, pues considera que quien debía conocer de este asunto es el juez laboral, quien en virtud de la Ley 712 de 2001 debe dirimir los conflictos originados directamente por el contrato de trabajo o la convención colectiva. No obstante, debe decir la Sala que dicha excepción no tiene vocación de prosperidad, por las razones que se exponen a continuación:

La Ley 1107 de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CCA., definió el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los siguientes términos:

⁵La demanda fue promovida en fecha 28 de marzo de 2007, tal como se advierte a folio 6

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”(Negrillas fuera de texto)

Respecto del contenido y alcance del citado artículo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia de 8 de febrero de 2007 definió que el objeto de esta jurisdicción consiste en conocer de las controversias originadas en litigios donde sean partes las “entidades públicas”, es decir, que para efectos de determinar la competencia, debe observarse si la entidad es de naturaleza pública o no⁶. Dicha norma procesal es de aplicación inmediata, teniendo en cuenta que la misma rige a partir de su promulgación.

Lo anterior, sin perjuicio de las competencias asignadas en las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001, norma ésta que se refiere al objeto de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, a quien corresponde conocer de

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación número 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903) Actor UNION TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA Y OTROS Demandado SOCIEDAD AGUAS DE RIONEGRO S A. ESP Consejero Ponente Enrique Gil Botero

los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo⁷.

Por consiguiente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente, por regla general, para conocer de los litigios en donde sean parte las entidades públicas y, por excepción, corresponde a las demás jurisdicciones conocer de las controversias estrictamente definidas en la ley.

Si bien, en el presente caso la parte actora tenía vinculación contractual con el Instituto de Seguros Sociales, lo cierto es que tal situación varió en forma sustancial cuando el Gobierno expidió el Decreto 1750 de 2003⁸ mediante el cual se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas Empresas Sociales del Estado, cuyos funcionarios –incluyendo a la actora- pasaron a ser empleados públicos⁹, disponiendo además su incorporación automática, sin solución de continuidad, a la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado.

Así las cosas, atendiendo la naturaleza jurídica del vínculo laboral que unió a la señora Madonia Julio Osuna con la administración al momento de la supresión de la E.S.E José Prudencio Padilla, le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo desatar el litigio propuesto.

En lo que tiene que ver con la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, la misma se declarará probada, pues en primer lugar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no hizo parte de la relación jurídica material entre la demandante y la ESE José Prudencio Padilla; y en segundo lugar, porque con su creación, cada Empresa Social del Estado, estaba dotada de capacidad y autonomía para desplegar las funciones que legalmente le fueron atribuidas; y en esa medida, siendo la actora empleada de la ESE José Prudencio, es ésta entidad o a quien le correspondió la administración de su liquidación, a la que corresponde entrar a responder por las acreencias reclamadas por la accionante.

⁷ Ley 712 del 5 de diciembre de 2001, que modificó entre otros el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo

⁸ Diario Oficial No 45 230, de 26 de junio de 2003

⁹ Todos pasaron a ser empleados públicos, excepto los que sin ser directivos, desempeñaran funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes fueron considerados trabajadores oficiales

Así las cosas, se continuará el estudio de este asunto respecto de las demás entidades demandadas; y en lo que tiene que ver con las demás excepciones formuladas, éstas serán analizadas por la Sala al momento de resolver el fondo de este asunto.

3. El acto acusado

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 10010 RAD 212290 del 13 de julio de 2009, expedido por el Ministerio de la Protección Social (fls. 19-24), mediante el cual se negó el reconocimiento a los derechos reclamados en la petición presentada por la parte actora, relativos al reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones sociales de carácter convencional y la indemnización convencional, que no fueron reconocidos y pagados con ocasión de su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla.

3. Problema jurídico

En el presente caso, solicita la parte actora que se declare que a la señora Madonia Julio Osuna le era aplicable el régimen convencional durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, hasta el momento de su desvinculación, régimen que fue establecido en la Convención Colectiva suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Sintraseguridad, que le venía siendo aplicada al momento de escindir al Instituto de Seguros Sociales mediante el Decreto 1750 de 2003.

Advierte la Sala que mediante Resolución THLPSI-EP No. 02139 del 17 de octubre de 2007¹⁰, el Agente Liquidador de la ESE José Prudencio Padilla, reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación del cargo de la actora.

Pues bien, de acuerdo con lo anterior, deberá la Sala determinar si los factores prestacionales y los salarios reclamados por la demandante y que fueron liquidados mediante Resolución THLPSI-EP No. 2139 del 17 de octubre de 2007, son prestaciones sociales de carácter periódico y por ende, pueden ser demandados en cualquier tiempo o, si por el contrario ha operado la caducidad de la acción, por no haber sido presentada la demanda dentro del término de cuatro (4) meses desde la notificación del acto que liquidó definitivamente las prestaciones.

¹⁰Ver folio 34-36

4. Tesis de la Sala

Esta Sala de Decisión, negará las pretensiones de la demanda, pues encontró que al momento de ser presentada se encontraba caducada; ya que la parte actora al presentar las reclamaciones ante las entidades demandadas, lo que intentaba era revivir los términos al no encontrarse conforme con la Resolución THLPSI-EP No. 02139 del 17 de octubre de 2007, mediante la cual se reconocieron unas prestaciones a la actora las cuales no tienen el carácter de prestaciones periódicas. Por consiguiente, era frente a éste acto administrativo que la parte interesada debía interponer el recurso de ley, o enjuiciarlo directamente ante ésta jurisdicción, y no respecto de las respuestas dadas con ocasión de los derechos de petición formulados con posterioridad a su desvinculación.

5. La caducidad

La caducidad es el fenómeno procesal en virtud del cual, por el sólo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía jurisdiccional. Así, la caducidad, como presupuesto para interponer la acción, obedece a la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas y, en ese sentido, ésta juega un papel trascendente en la medida que tiene como finalidad cerrar toda posibilidad al respectivo debate jurisdiccional.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, prescribe lo siguiente:

“Artículo 136.- Caducidad de las acciones. Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 23. modificado Ley 446 de 1998, art. 44.

(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

De la anterior normatividad, se desprende que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses, salvo cuando se trate de prestaciones periódicas, las cuales podrán ser demandadas en cualquier tiempo.

Advierte la Sala, que en fechas 24 de junio de 2009 y 26 de junio de 2009, la parte actora presentó reclamación administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales (f. 26-32) y ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f. 12-18) y, respectivamente, y que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, trasladó dicha solicitud al Ministerio de la Protección Social (f. 25); mediante las cuales pretendía el reconocimiento y pago de las prestaciones convencionales a que supuestamente tenía derecho por su vinculación a la ESE José Prudencio Padilla hasta la fecha de su desvinculación.

El Ministerio de la Protección Social, a través del acto acusado, negó lo pretendido por la accionante, y lo propio hizo el Instituto de los Seguros Sociales a través de Oficio 003496 del 1º de septiembre de 2009 (fls. 33).

No obstante que la parte demandante, en ejercicio del derecho fundamental de petición, provocó los anteriores actos administrativos, emanados del Ministerio de la Protección Social y del I.S.S., se advierte que mediante **Resolución THLPSI-EP 002139 de 17 de octubre de 2006**, la ESE José Prudencio Padilla reconoció y ordenó el pago de algunas prestaciones sociales y otras acreencias laborales, e indemnización por desvinculación del cargo del demandante (fls. 34-36); por lo que considera la Sala, que último acto administrativo, de carácter definitivo, fue el que definió la situación jurídica de la demandante y que presuntamente lesionó sus derechos convencionales ahora reclamados.

Pues bien, en la resolución antes descrita se liquidaron factores al demandante, tales como: a) Prima de servicios, b) Indemnización de Vacaciones, c) Prima de vacaciones, y d) Prima de navidad; las cuales es preciso estudiar, a fin de determinar qué tipo de prestaciones constituyen cada una de ellas, y con ello establecer si las mismas se encuentran caducadas o no.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Dr. WILLIAM GIRALDO GIRALDO, mediante providencia de fecha 26 de octubre de 2009, Radicación No. (16761), manifestó el concepto de prestaciones sociales en los siguientes términos:

“Las prestaciones sociales son el mecanismo de seguridad social establecido por el legislador para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador y como ha considerado la Corte Suprema de Justicia, “cualquier

otro régimen, legal o convencional, orientado a amparar estas contingencias, constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad o invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las "prestaciones sociales", porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales."

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, no toda prestación social es una prestación periódica, éstas últimas son las que percibe el trabajador habitualmente, y por tanto pueden ser demandadas en cualquier tiempo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 136 numeral 2º del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹, ha dicho lo siguiente:

"El numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., prevé que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados.

La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de "prestación periódica", es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

En ese sentido, los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprende no sólo decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino que también envuelve los actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente." (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la periodicidad de las prestaciones radica en la manera en que las mismas son sufragadas y devengadas en el tiempo, es decir, apunta a la vigencia en que las prestaciones sociales son causadas.

Así las cosas, considera la Sala que de las prestaciones laborales reconocidas mediante **Resolución THLPSI-EP 002139 de 17 de octubre de 2006** que fueron

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, en sentencia de fecha 8 de Mayo de 2008, Consejero Ponente Dr Gustavo Gómez Aranguren, Rad 0932-07

citadas precedentemente, ninguna de ellas encierra el carácter de prestación social periódica, toda vez que las mismas se causaron en el pasado y en la actualidad, la demandante no se encuentra gozando de esos derechos, más aún si se tiene en cuenta que también se pretende el reconocimiento de la indemnización por el retiro del cargo y los salarios. Si bien es cierto son prestaciones, también lo es que NO son prestaciones periódicas.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, al no tenerse las prestaciones laborales solicitadas en esta demanda como prestaciones periódicas, la demandante debió interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución mencionada que las liquidó en menor cuantía de las que consideraba, tenía derecho dentro de los cuatro (04) meses a los cuales hace referencia el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En el presente caso, como se dijo, la petición de nulidad se dirigió únicamente contra el **Oficio 10010 RAD 212290 del 13 de julio de 2009**, que negó la solicitud elevada por la parte actora respecto al reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones sociales de carácter convencional y la indemnización convencional solicitados. La provocación de este acto es indiferente para efectos del cómputo del término de caducidad, en vista de que existía previamente un acto definitivo, notificado en debida forma a la demandante¹², el cual debió demandarse dentro de los 4 meses siguientes a su notificación.

Así las cosas, tenemos que las prestaciones reclamadas por la demandante y las cuales, no tienen el carácter de prestaciones periódicas, fueron reconocidas por la ESE José Prudencio Padilla en liquidación mediante **Resolución THLPSI-EP 002139 de 17 de octubre de 2006**, acto administrativo que definió la situación de la actora y culminó la actuación administrativa, esto es, la liquidación final por desvinculación definitiva. Por consiguiente, era frente a éste acto administrativo que la parte interesada debía interponer el recurso facultativo de reposición o enjuiciarlo directamente ante ésta jurisdicción, y no respecto de la respuesta dada a los derechos de petición formulados con posterioridad a su desvinculación, los cuales no tuvieron fines de agotamiento de vía gubernativa sino que, a través de ellos, se pretendió revivir los términos de la

¹²Ver folio 200 diligencia de notificación personal practicada el 1º de noviembre de 2007.

caducidad, lo cual no es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo¹³.

De tal suerte, que el conteo de la caducidad de la acción debe hacerse teniendo en cuenta la notificación de la resolución mencionada, esto es, la **Resolución THLPSI-EP 002139 de 17 de octubre de 2006**, mediante la cual se liquidaron definitivamente las prestaciones laborales del demandante.

Al respecto y para un caso similar, el Consejo de Estado al resolver una acción de tutela contra providencia judicial, en la que se rechazó una demanda de nulidad y restablecimiento, en la que se reclamaba el reconocimiento de prestaciones sociales y en la cual se declaró la caducidad de la acción, expresó:

“En el caso fuente de reclamo constitucional, lo primero que debe resaltarse es que la Sala considera irrefutable, razonable y argumentada la tesis expuesta por el Tribunal accionado relacionada con el hecho de que los conceptos que se reclaman dentro del proceso contencioso administrativo en que se profirieron los Autos aquí cuestionados no pueden considerarse como no sometidos al fenómeno extintivo de la acción, pues, tal como él lo afirmó, lo que se reclama es la reliquidación de una suma fija que se generó como consecuencia del retiro del servicio por lo que, en consecuencia, no se trata de conceptos periódicos.

Por la misma razón, entonces, debe desestimarse el cargo de violación al derecho a la igualdad, pues la accionante lo sustenta en el hecho de que en otras providencias se ha considerado bajo similares circunstancias que la acción no caduca por referirse a prestaciones que gozan de periodicidad, pues, se reitera, dio argumento no tiene -bajo las estrictas condiciones señaladas en este caso- dicha condición. Así, en principio y mientras está vigente la relación laboral es claro que los salarios y prestaciones sociales se devengan con periodicidad, pero el concepto de periodicidad no irradia dicho pago cuando la vinculación cesa y, por tanto, lo que se genera es un pago definitivo, tal como -se reitera- consideraron las autoridades accionadas.

- Bajo las anteriores circunstancias, pues, es claro que en el presente asunto, -como lo hicieron las autoridades demandadas-, debía enmarcarse

¹³ “**ARTÍCULO 72.Efectos** Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.”

*el litigio en la regla de caducidad general contenida en el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (...)*¹⁴

En este orden de ideas, se observa a folio 200 del expediente que la **Resolución THLPSI-EP 002139 de 17 de octubre de 2006**, fue notificada a la señora Madonia Julio Osuna el día 1 de noviembre de 2007, por lo que los cuatro (04) meses de que trata la ley vencían el día 2 de marzo de 2008.

La demanda de la referencia fue presentada el día 4 de marzo de 2010, hecho que se desprende del recibido de la Dirección de la Oficina Judicial visible a folio 9 del expediente. Lo anterior indica a esta Sala de Decisión, que la presente demanda fue presentada por fuera del término establecido por la ley para el efecto, por lo que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

Es importante aclarar, que cuando se trate de actos que reconocen prestaciones periódicas no existe término de caducidad (Artículo 136-2 C.C.A.); no obstante, la Resolución THLPSI-EP 002139 de 17 de octubre de 2006 expedida por el Liquidador de la ESE José Prudencio Padilla, sólo reconoció determinadas acreencias laborales ala demandante, entre ellas algunas prestaciones sociales, ninguna de las cuales es de carácter periódico o de tracto sucesivo, como antes se anotó.

Por las anteriores razones, procederá esta Corporación a negar las pretensiones teniendo en cuenta que la demanda que ocupa nuestro estudio se encuentra caducada, y dicha circunstancia configura una excepción que impide formular nuevamente las mismas pretensiones en sede judicial, que impone al juez la obligación de proferir decisión de fondo consistente en la negación de las pretensiones de la demanda, sin consideración a las demás anotaciones.

6. Cuestión accesoria

Por último, advierte la Sala que a folios 383 y siguientes, el Ministerio de Salud y de Protección Social, remite poder conferido dentro este asunto, por lo que se le reconocerá personería a la apoderada judicial en los términos del mandato.

¹⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 12 de abril de 2012, Radicación número 11001-03-15-000-2011-01295-01(AC), CP Víctor Hernando Alvarado Ardila

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: No declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE probada la excepción de caducidad de la acción, y en consecuencia, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Reconócese personería a la doctora Carmen Elba de León Brand como apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folios 383 y siguientes.

QUINTO: 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

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



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0044
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JORGE LUIS AHUMADA MOLINA
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-000-2011-00536-01
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 BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 002

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-23-31-000-2011-00536-01
Demandante : JORGE LUIS AHUMADA MOLINA
Demandado : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema : Reconocimiento de asignación de retiro – Régimen de Transición.

I. SENTENCIA

La Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el acuerdo No. PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura y en atención a lo dispuesto en los artículos 115 de la Ley 1395 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de JORGE LUIS AHUMADA MOLINA contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

"PRIMERO: Declarar nulas las resoluciones 2448 de 28 de agosto de 2009 y 3195 de 19 de noviembre 2009 por las cuales se denegó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante en su calidad de capitán de corbeta de la armada nacional.

"SEGUNDO: Declarar el restablecimiento del derecho decretando el reconocimiento y pago de la asignación de retiro conforme a los siguientes:"

1.2. HECHOS

Textual:

"1- El Capitán JORGE LUIS AHUMADA MOLINA, vinculado a la armada nacional con grado de Capitán de Corbeta vió truncada su carrera Militar al haber sido retirado del servicio por voluntad del señor Ministro de la defensa Nacional mediante resolución 5438 de 4 de diciembre de 2007 en forma temporal con pase a la reserva, por acto discrecional, a partir de tal fecha.

"2. - En el párrafo del artículo 1° de tal resolución se expresó que el aludido oficial de la armada continuaría dado de alta en la contaduría principal del comando armada por el término de tres (3) meses a partir de la fecha de retiro, en los términos y para los efectos previstos en el artículo 164 del decreto Ley 1211 de 1.990, lapso dentro del cual podía ejercer la totalidad de sus derechos y que tal tiempo se consideraba de servicio activo.

"3- El 24 de abril del año 2009, sin haber tenido conocimiento de actuación alguna, desde su reclusión, el demandante solicitó información en relación con su situación de orden económico la cual fue respondida con la resolución 2448 de agosto 28 de 2009 por medio de la cual le fue denegado el reconocimiento y pago de la asignación de retiro con fundamento en que fue desvinculado de la actividad militar por acto discrecional y que el tiempo de servicio en la fecha de retiro fue de 17 años, 5 meses y 29 días pero que a la entrada en vigencia del decreto 4433 del 2004, es decir, el 31 de diciembre de ese año, mi poderdante contaba con menos de 15 años de servicio, lo que le impedía a la citada entidad aplicar el régimen de transición que prevé el artículo 14 párrafo 1° del premencionado decreto.

"4-La citada decisión fue impugnada solicitando su revocatoria para que en su lugar se diera aplicación al artículo 3° de la ley 923 de 2004, reconociendo y pagando la asignación de retiro reclamada con fundamento en el artículo 163 del decreto 1211 de 1990.

"5-Mediante resolución número 3195 de 19 de noviembre de 2009, la resolución 2448 de 28 de agosto de 2009 fue ratificada con fundamento en que el artículo 14 del decreto 4433 de 2004, que determina que los oficiales y suboficiales de las fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del citado decreto, que sean retirados con 18 o más años de servicios, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la caja de retiro de las fuerzas militares, se les pague una asignación mensual de retiro conforme a los porcentajes que allí se indican, resaltando del párrafo 1 del citado artículo que los oficiales y suboficiales que tuvieren 15 o más años de servicio que sean retirados del servicio activo, entre otros, por retiro discrecional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la caja de retiro de las fuerzas militares se les pague la asignación en el porcentaje que igualmente allí se indica.

"6-Concluyó la resolución en cuestión expresando que como el Capitán de Corbeta JORGE LUIS AHUMADA MOLINA fue retirado del servicio por retiro Discrecional y que el tiempo de servicio a la fecha de retiro era de 17 años, 05 meses y 29 días, significaba que a la fecha de entrada en vigencia del decreto 4433, esto es, el 31 de diciembre de 2004, el señor oficial contaba con menos de 15 años de servicio, la entidad no podía aplicar en su caso el régimen de transición establecido en el artículo 14, párrafo 1 del decreto 4433 de 2004 que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública porque no cumplió con el tiempo de servicio requerido

para el reconocimiento de dicha prestación por lo que procedía a denegar el derecho a la asignación solicitada.

“7-Ejercida una acción de tutela, el juez 7°. Administrativo de Bogotá, la denegó y el tribunal superior confirmó, pese a que se causó, con la actuación surtida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, un perjuicio irremediable que se prolongó inmisericordemente dado que el solicitante estaba privado injustamente de la libertad y fue retirado del servicio activo con las consecuencias laborales y de seguridad social ya descritas.

“8-El demandante por tal razón no tiene trabajo, es padre de un menor de 5 años -que no ha podido gozar del afecto pleno de su padre desde los tres años-, JORGE ANDRES AHUMADA BUITRAGO, y cónyuge de la señora ANA MILENA BUITRAGO COGOLLO identificada con cédula No. 22.802.525 de Cartagena Bolívar, respecto de quien ha decaído la imagen de su esposo, pues después de sentir orgullo por la gestión que él realizaba en la Armada Nacional, lo vio privado de la libertad por más de 24 meses, como un desempleado más, a quién ni siquiera se le ha reconocido asignación de retiro. La sentencia subió en revisión a la H. Corte Constitucional sin que hubiese sido seleccionada pese a la solicitud de insistencia formulada.

“9- Ante la procuraduría delegada para asuntos administrativos, en la ciudad de Cartagena, fue solicitada audiencia extraprocesal de conciliación el día 18 de marzo del año que cursa, la cual se surtió bajo el número 100-2010 el día 3 de mayo de 2010 producto de lo cual no hubo acuerdo conciliatorio por cuya razón se expidió la constancia de que tratan los arts.11 del decreto 1716/ 2009 y 12 de la ley 1285/ 2009 con lo que se acredita el cumplimiento del requisito de procedibilidad exigido para acudir a lo contencioso administrativo.”

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Normas violadas:

Artículos 3 de la Ley 923 de 2004

Artículo 163 del decreto 1211 de 1990

Concepto de violación:

“a) En el año 2004 se profirió la Ley 923 por la que se señalaron las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública conforme al mandato del artículo 150.19, letra e), de la carta política, concediendo al gobierno nacional la potestad aludida con sujeción a las directrices allí trazadas.

“b) El artículo 3 de la Ley en comento, respecto de los elementos mínimos, relativos al régimen de asignación de retiro, entre otros, señala que a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, a la fecha de entrada en vigencia de ella, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro produzca.

"C) De acuerdo con la norma anterior y frente al tiempo que debe acreditar el demandante para el reconocimiento de su asignación de retiro, al haber estado en servicio activo cuando entró a regir, le era aplicable para el reconocimiento de su asignación la norma anterior, es decir el decreto 1211/ 90. La interpretación correcta de la parte final del artículo 3 de la Ley 923 del 2004 indica que quienes fueran retirados por una causal diferente a la renuncia no se le podría reconocer la asignación de retiro con un tiempo inferior a 15 años, por lo tanto al tener el demandante más de 17 años es evidente que le asiste el derecho.

"d) La Corte Constitucional mediante sentencia C-754 de 2004 al pronunciarse sobre la expectativa para acceder al derecho pensional señala:

"...La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, sí bien no han adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionar..."

"e) No cabe duda que el sentido lógico del artículo 3.3 de la ley 923 de 2004, fue precisamente establecer un régimen garantizador de los derechos de los miembros de las fuerzas Militares que al momento de expedir a citada ley y su decreto reglamentario estuvieran próximos al reconocimiento de la asignación de retiro, como en el caso del demandante, quien ya llevaba 14 años 6 meses 26 días de servicio a la institución armada y en consecuencia tenía la expectativa de que en menos de 6 meses le reconocieran la misma.

"f) Los artículos 162 y 163 del decreto 111/90 consagraban lo relativo al reconocimiento de auxilio de cesantía y asignación del retiro para los oficiales que durante la vigencia de tal decreto fueran retirados del servicio activo después de 15 años, como sigue:

"Artículo 162. El oficial que durante la vigencia de este decreto se retire o sea retirado por cualquier causa tendrá derecho a que el tesoro público le pague por una sola vez un auxilio de cesantía igual a un mes de haberes correspondientes a su grado por cada año de servicio o fracción de 6 meses o más...."

"Artículo 163. Asignaciones de retiro. Durante la vigencia del presente estatuto, los oficiales (...) que sean retirados del servicio activo después de 15 años por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del gobierno o de los comandos de fuerza (...) y los que se retiren a solicitud propia después de 20 años de servicio tendrán derecho a partir de la fecha a que terminen los 6 meses de alta, a que por la caja de retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al 50% del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este estatuto por los 15 primeros años de servicio y un 4% más por cada año que exceda a los 15 sin que el total sobrepase el 85% del mismo monto".

Se concluye que al tenor del artículo 3 de la ley 923 de 2004, a mi representado no se le puede exigir condiciones diferentes a las exigidas por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de la referida ley, por efecto ultractivo de la ley anterior y el principio de los derechos adquiridos en materia laboral con fundamento en el artículo 58

de la carta que garantizan los derechos adquiridos en cuanto no pueden ser desconocidos por leyes posteriores.

El decreto 4433 del 2004, como norma reglamentaria no puede ir más allá de la ley 923 de 2004 y ésta no puede desbordar el derecho fundamental consagrado en el artículo 58, razón por la que el requisito del tiempo exigido para reconocimiento de asignación en retiro al Capitán de Corbeta JORGE LUIS AHUMADA MOLINA, dentro de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, es diferente por la caja de retiro de las Fuerzas Militares porque al presentarse el retiro del servicio activo disponía de 17 años 5 meses y 29 días conforme con los efectos ultractivos del plurimencionado decreto 1211/ 90, por virtud del cual el demandante tenía una expectativa legítima, conforme a su tenor tutelar, pese a que el 31 de diciembre de 2004 contaba con 14 años, 6 meses y 26 días."

2. LA DEFENSA

La entidad accionada contestó la demanda como consta a folio 56 a 59 del expediente, oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Señaló como fundamentos de hecho y de derecho las siguientes:

"Es así, que el legislador en forma expresa y clara contempló quienes se encontraban cobijados por el régimen de transición, indicando los requisitos y condiciones que debían cumplir los miembros de la Fuerza Pública para acceder a dicho, régimen, no incluyendo dentro de la misma al personal retirado por RETIRO DISCRECIONAL; y sin que haya lugar a interpretaciones subjetivas o extensivas de los beneficios y derechos que se puedan desprender de la norma, máxime cuando la norma en mención goza de presunción de legalidad no habiendo sido declarada nula.

Para corroborar lo manifestado, es preciso puntualizar las diferentes formas o situaciones que pudieran dar origen al reconocimiento de la prestación con sujeción al nuevo estatuto prestacional, y contemplando el régimen de transición previsto, así:

Los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del decreto 4433 de 2004, se les exige un tiempo de 18 años de servicio para acceder a la Asignación de Retiro, en caso de llamamiento a calificar servicios, por retiro discrecional, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución en la capacidad psicofísica, incapacidad profesional y se les exige 20 años de servicio, cuando la causal de retiro es por solicitud propia, separación absoluta, o cualquier otra causal diferente de las enunciadas.

Los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en servicio activo con 15 o más años de servicio, a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, se les exige un tiempo de 15 años de servicio para acceder a la Asignación de Retiro, en caso de llamamiento a calificar servicios, por retiro discrecional, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución en la capacidad psicofísica, incapacidad profesional y se les exige 20 años de servicio, cuando la causal de retiro es por solicitud propia, separación absoluta, o cualquier otra causal diferente de las enunciadas.

Los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, se les exige un tiempo de 20 años de servicio para acceder a la Asignación de Retiro, en caso de llamamiento a calificar servicios, por retiro discrecional, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución en la capacidad psicofísica, incapacidad profesional y se les exige 25 años de servicio, cuando la causal de retiro es por solicitud propia, separación absoluta, o cualquier otra causal diferente de las enunciadas.

En el caso bajo estudio, el señor Capitán de Corbeta (r) JORGE LUIS AHUMADA MOLINA , fue retirado de actividad militar por RETIRO DISCRECIONAL, bajo la vigencia del Decreto 4433 de 2004, por lo que debía acreditar un tiempo de servicio de 18 años, para acceder al reconocimiento de la Asignación de Retiro, o acreditar más de 15 años de servicio al momento de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 para cobijarse por el régimen de transición, lo que no sucedió en el presente caso.

“(..)”

Además propuso la excepción de no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con fundamento en las siguientes:

“Sobre el particular cabe resaltar que las actuaciones realizadas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de —FALSA MOTIVACIÓN, para lo cual es oportuno En primer lugar, el Honorable Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "A", en SENTENCIA del 19 de Marzo de 1998, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO, dispuso realizar las siguientes consideraciones:

“...La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. (...)”

En el caso bajo estudio la Entidad ha actuado con apego a la ley, y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.”

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1 Demandante:

No alegó.

3.2. Demandado:

No alegó.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

No rindió concepto.

II. TRÁMITE

Mediante auto de 28 de noviembre de 2011 se admitió la demandada la cual fue notificada como consta al reverso del folio 51 y a folio 55 del expediente.

El 31 de mayo de 2012 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 64).

El 25 de abril de 2013 se corrió traslado para alegar.

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 25 de abril de 2013 (folio 75).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en los que se controvierten actos administrativos y en la que la cuantía supera los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. ACTOS ACUSADOS

En el presente caso, se pretende la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 2448 del 28 de agosto de 2009, expedida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Armadas, por la cual se niega el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor JORGE LUIS AHUMADA MOLINA.

- Resolución No. 3195 del 19 de noviembre de 2009, expedida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por la cual se confirma la Resolución anterior.

3. CADUCIDAD.

La acción de la referencia fue impetrada oportunamente, toda vez que se trata de actos que no reconocen una prestación periódica, el cual de conformidad con el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo pueden ser demandados en cualquier tiempo.

4. CUESTIÓN PREVIA.

La entidad demandada propuso la excepción de no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual por referirse al fondo del presente asunto será resuelta en conjunto con el problema jurídico que se plantea a continuación.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al señor JORGE LUIS AHUMADA MOLINA le es aplicable el régimen de transición consagrado en el párrafo 1 del artículo 14 del Decreto No. 4433 de 2004, de ser afirmativo, establecer si tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro.

6. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La Sala se permite transcribir en su integridad lo considerado por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 3 de junio de 2011, por la cual se resuelve una acción pública de nulidad contra los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, con el fin de comprender la aplicación del régimen de transición establecido por dicho decreto.

En efecto el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló lo siguiente:

“(...)”

El actor argumenta como vicio formal que afecta los artículos 14 y 24 del Decreto Reglamentario No. 4433 de 2004, su expedición con violación de la norma superior en

la que debe fundarse, porque aumentaron en tres años, el tiempo para la obtención de la asignación de retiro por encima del criterio fijado por el inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley Marco 923 de 2004, careciendo el Ejecutivo de competencia para ello.

Frente al vicio formal alegado, se debe establecer entonces, si el Ejecutivo incurrió en exceso de la Potestad Reglamentaria, evidenciada en haber determinado en las normas acusadas un tiempo superior al dispuesto por la norma superior, es decir, la Ley Marco, para que el personal activo de la Fuerza Pública obtuviera el derecho a la asignación de retiro.

La comparación en este caso se debe efectuar entre la Ley Cuadro y los artículos 14 y 24 del Decreto Reglamentario; cotejo que realizará la Sala, solo en relación con el primer inciso de ambos artículos, es decir, en lo que respecta al tiempo de servicio necesario para recibir la asignación de retiro, pues los incisos restantes de estos artículos, hacen alusión a los porcentajes a los cuales asciende la asignación de retiro de acuerdo con los años de prestación del servicio; situación que no es objeto de reproche por el demandante.

Pues bien, el inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley Marco dispone lo siguiente:

“A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisitos para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal”.

*Lo anterior significa, que cuando el retiro del servicio se produce por **voluntad propia** del miembro de la Fuerza Pública que se encuentra en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Marco, no se le puede exigir como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro un tiempo de servicio superior al que establecen las disposiciones vigentes al momento en que se expidió dicha Ley. Y cuando el retiro se produce **por cualquier otra causal**, no se puede reclamar como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo inferior a 15 años.*

Las disposiciones vigentes para el momento en que entró a regir la Ley Marco eran, como se advirtió, los Decretos - Leyes 1211 ¹, 1212 ² y 1213 ³ de 1990, que eran coincidentes en establecer, que los miembros de la Fuerza Pública, tenían derecho a la asignación de retiro, después de 15 años de servicio, cuando fueran retirados por otras causales y luego de transcurridos 20 años de servicio cuando se retiraran por voluntad propia o por que fueran separados del servicio.

Por su parte el artículo 14 del Decreto No. 4433 de 2004 preceptúa:

“Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean

¹ Decreto Ley 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”. Artículo 163. **“ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, **y los que se retiren a solicitud propia después de 20 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto”.**

² Decreto Ley 1212 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”. Artículo 144. **“ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente, **y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad”.**

³ Decreto Ley 1213 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto de personal de Agentes de la Policía Nacional”. Artículo 104. **“ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio **y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad”.**

retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

Y el artículo 24 del Decreto No. 4433 de 2004, establece lo siguiente:

“Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres

(3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación”.*

De conformidad con las preceptivas transcritas, tanto el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares como de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se encuentren en servicio activo para el momento en que entró en vigencia el Decreto Reglamentario, es decir, para el 31 de diciembre de 2004; que luego se retiren con 18 años o más de servicio por otras causales o que se retiren por solicitud propia o por separación del servicio en forma absoluta después de 20 años de servicio, tienen derecho al pago de la asignación de retiro a partir de la fecha en la que finalicen los tres meses de alta, en los porcentajes reseñados.

*De lo preceptuado por la normativa referida, la Sala establece que son dos los eventos en los cuales los miembros de la Fuerza Pública pueden solicitar la asignación de retiro: el primero, en caso de que el retiro se produzca por **voluntad propia** y el segundo, cuando el retiro tenga lugar por **cualquier otra causal**.*

*En el evento en que el retiro se cause por **voluntad propia**, la Ley Marco determinó, que al miembro de la Fuerza Pública, **no se le puede exigir** como requisito para acceder a la asignación de retiro **un tiempo de servicio superior al establecido por las disposiciones vigentes al momento en que se expidió dicha Ley**, y tales normas*

estipulaban como término **“después de los 20 años de servicio”** o **“más de 20 años de servicio”**. Por su parte, el Decreto Reglamentario en los artículos 14 y 24, en caso del retiro por voluntad propia, estableció como término **“después de 20 años de servicio”** o **“con más de 20 años de servicio”**.

Con lo que la Sala encuentra, que cuando se trata del retiro del miembro de la Fuerza Pública por **voluntad propia**, el término de 20 años de servicio exigido no varió, es decir, que el Decreto Reglamentario respetó los lineamientos establecidos por la Ley Marco.

Ahora bien, en lo que atañe al retiro originado por cualquier otra causal, la Ley Cuadro estableció, que al miembro de la Fuerza Pública, no se le puede exigir un tiempo “inferior a 15 años”. Y, el Decreto Reglamentario en los artículos 14 y 24, en este evento, señaló que los miembros que sean “retirados con 18 años de servicios” tendrán derecho a la asignación en los montos allí señalados.

Con lo anterior, establece la Sala, que cuando se trata del retiro del miembro de la Fuerza Pública, **por otras causas** diversas a su voluntad, el término de 15 años de servicio que estableció la Ley Marco lo fue en un tope mínimo, lo que significa que bien puede el Decreto Reglamentario, sin incurrir en exceso de la potestad reglamentaria, establecer mayores tiempos. Lo que el Ejecutivo no puede hacer es determinar en la norma reglamentaria un lapso de tiempo inferior al de los 15 años.

En otras palabras, cuando en la Ley Marco se estipuló que no se puede exigir un tiempo de servicio “inferior a 15 años”, lo que el Legislador pretendió fue que el tiempo de servicio requerido para la obtención de la asignación de retiro, no fuera fijado por debajo de esos 15 años, sin que de ninguna manera el sentido de la norma fuera que dicho lapso de tiempo de servicio, se convirtiera en inmodificable por el Ejecutivo; lo que a contrario sensu significa que el Gobierno, se encontraba facultado para establecer un tiempo superior, pudiéndose entonces mover dentro de ese rango, sin que ello comporte el desconocimiento de la Ley Cuadro.

Por lo demás, el Parágrafo 1° de los artículos acusados, es evidente que respeta el tope mínimo fijado por la Ley Reglamentada, si se tiene cuenta que en casos de retiro por otras causales, dispuso que los miembros de la Fuerza Pública tendrían derecho a la asignación de retiro cuando a la fecha de su vigencia “tuvieren quince (15) años o más de servicios”, en los mismos montos que fueron fijados por los Decretos - Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990. (Resaltado por la Sala)

Por lo anterior, para que el demandante le sea aplicable el régimen de transición establecido en el parágrafo 1 del artículo 14 del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004, debía cumplir al momento de la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es, el 1 de enero de 2005, quince (15) o más años de servicio, siempre y cuando la razón del retiro del servicio sea otra causal diferente al retiro voluntario.

7. HECHOS PROBADOS

1. Según certificado expedido por el Departamento de Personal del BNE1 de las Fuerzas Militares de Colombia, el señor capitán de corbeta JORGE LUIS AHUMADA MOLINA se desempeñó como miembro activo de la Armada Nacional, ingresando al escalafón de oficiales como teniente de corbeta a partir del 1° de diciembre de 1992 y salió por retiro discrecional a partir del 4 de diciembre de 2007 (folio 73).

2. En los actos acusados se señalan que el actor al momento de retiro tenía 17 años, 5 meses y 29 días de servicio, así mismo se señaló en dichos actos que a la entrada en vigencia del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004 el actor contaba con menos de quince años de servicio, circunstancias que no se controvierten en la demanda, por el contrario en el escrito de demanda afirma el accionante que a la entrada en vigencia del Decreto en mención contaba con 14 años, 6 meses y 26 de años de servicio (ver folio 3 y 6).

8. ANALISIS DEL CASO.

Solicita el demandante se declare la nulidad de los actos acusados, ya que los mismos le negaron el reconocimiento de la asignación de retiro a la que presuntamente tiene derecho; afirma que le es aplicable el régimen de transición consagrado en el Decreto No. 4433 de 2004 y por ende le es aplicable al normatividad anterior a la vigencia de dicho decreto, esto es, el Decreto Ley 1211 de 1990, además acusa al Decreto 4433 de 2004 de desbordar las facultades otorgadas por la Ley Marco 923 de 2004.

Como bien se explicó en líneas anteriores, para que el demandante le sea aplicado el régimen de transición establecido en el parágrafo 1 del artículos 14 del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004, debía tener al momento de la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es, el 1 de enero de 2005, quince (15) o más años de servicio, siempre y cuando la razón del retiro del servicio sea otra causal diferente al retiro voluntario.

En efecto, como bien se dijo en la Jurisprudencia antes citada, la Ley Cuadro 923 de 2004, reglamentada por el Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004, señala que cuando se trata del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, por otras causas diversas a su voluntad, el término de 15 años de servicio que estableció la Ley Marco lo fue en un tope mínimo, lo que significa que bien puede el Decreto Reglamentario, sin incurrir en exceso de la potestad reglamentaria, establecer mayores tiempos. Lo que el Ejecutivo no puede hacer es determinar en la norma reglamentaria un lapso de tiempo inferior al de los 15 años.

Así las cosas, el Decreto Reglamentario No. 4433 de 31 de diciembre de 2004, respetando los parámetros de la Ley 923 de 2004 estableció un régimen de transición consistente en que eran acreedores de una asignación de retiro los oficiales o suboficiales de las fuerzas militares que a la entrada en vigencia de dicho Decreto cumplieran 15 años o más de servicio, siempre y cuando la causal de retiro haya sido distinta a la del retiro voluntario.

En el presente caso, se encuentra probado en el expediente que el señor JORGE LUIS AHUMADA MOLINA al momento de la entrada en vigencia el Decreto Reglamentario No. 4433 de 31 de diciembre de 2004, no cumplía con los quince (15) años de servicio que exigía dicho Decreto para tuviera derecho al régimen de transición, de tal manera que le era aplicable la normatividad vigente al momento del retiro (Decreto No. 4433 de 2004), el cual establece como mínimo para tener el derecho a la asignación de retiro haber cumplido 18 años de servicio, sin embargo obran en el expediente elementos de juicio que demuestran que el demandante a la fecha de desvinculación definitiva de la entidad accionada le había prestado 17 años, 5 meses y 29 días de servicio, es decir, no cumplía con el requisito esencial que exige el ordenamiento jurídico para adquirir su derecho.

Por consiguiente, la prestación que reclama el actor no se habría consolidado, ni con el régimen anterior a la vigencia del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004, ni en la vigencia del mismo Decreto, solo tenía meras expectativas de adquirir el derecho, en ese sentido los argumentos esgrimidos como causal de nulidad, no enervan la presunción de legalidad que recae sobre los actos demandados, al no reconocer la asignación de retiro al actor, toda vez que éste no cumplió con los requisitos que la Ley exige para el efecto.

Así las cosas, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

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,

IV. FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

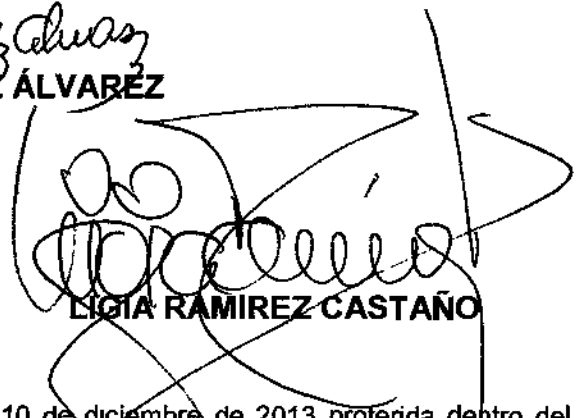
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

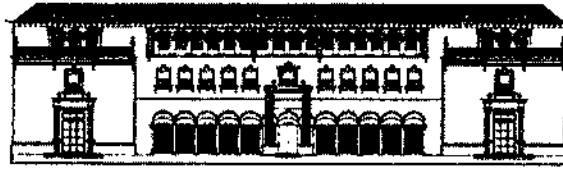
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LICIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firma correspondiente a la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2013 proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Jorge Luis Ahumada Molina contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0045
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JULIO CESAR ALFARO MURIELES
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE VILLA NUEVA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2006-00285-01
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
SALA DE DECISIÓN No. 2

Cartagena de Indias, D. T. y C., veintinueve (29) de Noviembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente : **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Clase de Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicación : **13001-33-31-005-2006-00285-01**
Demandante : **JULIO CESAR ALFARO MURIELES**
Demandado : **MUNICIPIO DE VILLANUEVA, BOLÍVAR**

TEMA: Supresión de cargo

La Sala de Decisión 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 quince (15) de Junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se inhibió para fallar de fondo el presente asunto.

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

El señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES, a través de apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el MUNICIPIO DE VILLANUEVA, BOLÍVAR, con el fin de que se declare lo siguiente:

PRETENSIONES.

Como pretensiones el demandante solicitó:

*"1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 930 del 1 de Noviembre de 2005, expedida por el Alcalde del Municipio de Villanueva Bolívar, mediante el cual retiró del cargo que ocupaba mi representado señor **JULIO CESAR ALFARO MURIELES.***



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho solicito que el actor, **JULIO CESAR ALFARO MURIELES**, sea reintegrado al cargo que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría, y a pagarle al actor los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir entre la fecha de retiro y las de su reintegro efectivo, con los aumentos que hayan tenido durante ese lapso.

3. Que se declare que no ha existido solución de continuidad entre la fecha de retiro de mi representado y la fecha en que se produzca su reintegro efectivo.

4. Las sumas a que sea condenada la demandada deberán ser indexadas.”

HECHOS

“1. Mediante Decreto No. 019 de Enero de 31 de 1996, proferido por el Alcalde del Municipio de Villanueva (Bolívar) mi representado fue nombrado para desempeñar el cargo de Celador del Cementerio Municipal código – grado 01, en periodo de prueba, cargo del cual se posesionó el día 21 de Febrero de 1996.

2. El empleo para el cual fue nombrado mi poderdante pertenecía a carrera administrativa, por lo cual el mismo gozaba de todos los derechos inherentes a la misma.

3. Una vez cumplidas satisfactoriamente las funciones desempeñadas por el actor durante el período de prueba, el mismo fue **inscrito en el registro público** de carrera.

4. El nombramiento y las labores desempeñadas por el actor respondieron a los criterios exigidos por la ley para la provisión y el desempeño de las funciones propias de cargos de carrera administrativa, es decir, bajo los criterios del mérito, y atendiendo a las necesidades del servicio para el cual fue nombrado.

5. El Concejo Municipal de Villanueva (Bolívar) por medio del Acuerdo 023 de Octubre 04 2005 confirmó al Alcalde del Municipio de Villanueva, la facultad para crear y suprimir cargos, y reestructurar la planta de personal existente en la Alcaldía Municipal de Villanueva, durante el término de seis meses una vez expedido aquel.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

6. *En ejercicio de las facultades otorgadas por el Concejo Municipal, el Alcalde del Municipio de Villanueva (Bolívar) expidió el Decreto 063 de Octubre 28 de 2005 mediante la cual se establece cual sería la planta de personal que desempeñaría las funciones en la Alcaldía Municipal.*

7. *En el Decreto 063 de 2005 no se establece que (sic) cargos iban a ser suprimidos, ni que personas van a ocupar los cargos en la nueva planta de personal, sino que se limita a establecer de manera general la planta de cargos que existiría en la Alcaldía Municipal, sin que el mismo se declarara expresamente que el cargo ocupado por mi poderdante sería objeto de supresión.*

8. *En día 1o de Noviembre de 2005, el Alcalde Municipal de Villanueva (Bolívar) expide la Resolución No.930 de 2005, mediante la cual se incorporan a la planta de personal creada por el Decreto 063 de 2005 las personas naturales que ocuparían dichos cargos, sin que en dicha resolución se incluyera al actor para ocupar algunos de los cargos establecidos en la nueva planta de personal.*

9. *Mediante Resolución 930 del 1o de Noviembre de 2005, la administración municipal de Villanueva (Bolívar) manifiesta su voluntad de retirar del servicio al señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES, al tomar la decisión de no incluirlo dentro del grupo de las personas naturales que ocuparían los nuevos cargos establecidos por el Decreto 063 de 2005.*

10. *El Jefe de Personal encargado del Municipio de Villanueva (Bolívar) le informa al actor, por medio de comunicación de fecha 1o de Noviembre que el cargo de Celador del Cementerio Municipal código – grado 01 desempeñado por el, había sido suprimido en virtud de lo establecido en el Decreto 063 de Octubre 28 de 2005, lo que implicaba su separación del mismo y la pérdida de los derechos inherentes a la carrera administrativa.*

11. *El acto acusado, la Resolución No. 930 de fecha 1º de Noviembre de 2005, solo se limita a manifestar las personas naturales que son incorporadas en la planta de personal del Municipio de Villanueva, sin que en el mismo se haga motivación alguna de las razones (de hecho o de derecho) que conllevaron a su retiro por supuesta*



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

supresión del cargo desempeñado por mi poderdante, señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES.

12. Las incorporaciones de las personas naturales que ocuparían los cargos de la planta de personal creada por el Decreto 063 de 2005 se realizó conforme al capricho y los intereses particulares, de índole política, que primaron por parte de la entidad nominadora.

13. Así las cosas, la incorporación de personas naturales a la planta de personal de la Alcaldía de Villanueva (Bolívar) por parte del (Sic) la resolución de fecha 930 de 2005 no se realizó conforme a los principios objetivos que orientan la permanencia en el servicio de los empleados públicos (Art.37 Ley 909 de 2004)

14. No obstante haber sido suprimidas formalmente de la nueva planta de personal las funciones desempeñadas por el actor, las mismas siguieron y están siendo desempeñadas por otra persona diferente a él, por lo que no existió supresión de dicho cargo.

15. La última asignación salarial percibida por el actor asciende a la suma de **CUATROCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS (Sic) SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$480.640).**”

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Normas violadas.

La parte actora invoca como fundamentos de derechos las siguientes disposiciones:

- Constitución Nacional, Artículos 1, 2, 25, 53, 121, 122, 124, 125, 209 y concordantes.
- Decreto Ley 2400 de 1968, artículos 26 y 61.
- Ley 78 de 1968, artículo 11.
- Ley 909 de 2004, artículos 1, 2, 5, 19, 23, 37, 41, 44, 45, 46 y subsiguientes.
- Decreto 1227 de 2005, artículos 7, 86, 87, 88, 89, 95 y subsiguientes.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

- Código Contencioso Administrativo, artículos 35, 83, 84, 85 y subsiguientes.

Concepto de la violación (fls.3 a 9).

Señala que el único acto acusado administrativo por el cual se debe incoar la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es aquel que, con carácter definitivo cree, extinga o modifique una o varias situaciones jurídicas subjetivas, individual o concreta, para lo cual hay que desentrañar cual es el sentido de la declaración de la voluntad de la administración expresada a través del respectivo acto administrativo.

Las anteriores precisiones conceptuales se trajeron a colación en el presente asunto, en razón a las siguientes: a) El Alcalde del Municipio de Villanueva Bolívar, mediante Decreto 063 del 28 de Octubre de 2005 estableció la planta de personal que laborará en dicha Alcaldía Municipal. B) Mediante resolución 930 del 1o de Noviembre de 2005 se incorporaron las personas naturales que ocuparían los cargos creados por el Decreto 063 de 2005; y por vía de exclusión se determinó las personas que serían retiradas del servicio al no ser incorporadas en la nueva planta de personal. C) A través de comunicación de fecha 1o de Noviembre de 2005 le fue comunicado a mi representada que su cargo fue suprimido a través del Decreto 063 de 2005.

De las situaciones planteadas se desprenden tres (03) actos administrativos consecutivos, a saber: uno de carácter general e impersonal dado por el acto a través del cual se determina planta global de personal de la Alcaldía de Villanueva (bolívar) que es el contenido en el Decreto 063 de 2005; el otro de carácter subjetivo, individual y concreto que extingue una situación jurídica determinada, como lo es la Resolución 903 de fecha Noviembre de 2005, puesto que en la misma no es incorporado la actora a la nueva planta de personal; y por último, el acto de trámite, dado por la comunicación de fecha 1o de Noviembre de 2005 a través de la cual se manifiesta que el cargo desempeñado por la actora fue suprimido, con la consecuencia de que a partir de la fecha en que mi representada la recibió dejó realizar labores dicha Alcaldía, con la separación de carrera administrativa y la pérdida de derechos inherentes a ella.

Dadas las anteriores consideraciones, se concluye que el único acto administrativo que puede ser susceptible de ser demandado a través de la presente Acción de Nulidad y



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2**

Restablecimiento del Derecho es la resolución 930 de fecha 1o de Noviembre de 2005, ya que es en la misma en donde en concreto hallamos la voluntad de la administración de retirar al señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES del servicio en la Alcaldía del Municipio de Villanueva (Bolívar).

2. EXPEDICIÓN IRREGULAR (FALTA DE MOTIVACION). El acto administrativo acusado mediante la presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho carece totalmente de motivación alguna que justifique los hechos y las normas jurídicas que sirvieron de causa para tomar la decisión de retirar del servicio por supresión del cargo que venía desempeñando el actor dentro de la Alcaldía del Municipio de Villanueva (Bolívar), lo que se demuestra claramente con la simple lectura del mismo.

(...) Así las cosas, y frente a la Resolución 930 de 2005, acto acusado en el presente asunto, notamos sin mayor esfuerzo alguno, que es el acto administrativo que retira del servicio al señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES del cargo de carrera administrativa (Celador del cementerio Municipal código – grado 01), y que claramente que el mismo, a pesar de ser un acto que retira del servicio a un empleado público no obedece a la regla del derecho que exigen la motivación expresa de los actos administrativos que retiran del servicio a los empleados públicos que ocupen cargos de carrera administrativa, regla está consagrada por el parágrafo 2 del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, puesto que la misma no se encuentra motivada en ninguno de sus apartes textuales.

Además, vemos como el Artículo 46 de la Ley 909 de 2004, establece de manera clara; Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacionales y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional...

Por las anteriores consideraciones, y ante la ausencia de motivación de la resolución 930 del 1 de Noviembre de 2005, se solicita que se declare nulo dicho acto administrativo, ya que el mismo no cumple con el requisito que era su expedición exige



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

la ley (parágrafo 2 art. 41 ley 909 de 2005) que es la motivación expresa del acto, lo que trae como consecuencia inevitable que el acto administrativo en esas condiciones se encuentre incurso la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo denominada expedición en forma irregular. (...)

DESVIACION DE PODER

...Por otro lado, en el proceso de reforma de la planta de personal que labora en la Alcaldía de Villanueva Bolívar no hubo supresión efectiva del cargo desempeñado por el actor, por cuanto lo que se presentó en la realidad fue un cambio de denominación de las funciones de bibliotecario (Sic), que eran desempeñadas por mi poderdante, ya que en la planta de personal existente en la Alcaldía Municipal una persona distinta al actor desempeña las labores de Celaduría en el Cementerio Municipal, que eran las funciones supuestamente suprimidas por la planta de personal de la Alcaldía de Villanueva (Bolívar), razón por la cual fue el mismo retirado del servicio.

El simple hecho de no haber supresión efectiva de funciones implica desviación de poder, por cuanto la supresión de cargos atendiendo a los efectos que le da los artículos 41 y 44 de la Ley 909 de 2004 implica la desaparición real de las funciones de la planta de personal de los cargos suprimidos, por lo que la simulación de haber suprimido determinados cargos por parte de la determinada autoridad pública, en este caso el Alcalde del Municipio de Villanueva (Bolívar), contraría los alcances que le dan las mencionadas normas a la supresión de cargos, que no es más que la desaparición real de los cargos de la nueva planta de personal".

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA(fl.s.49 a 53).

Revisada la actuación, la parte accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a todas y a cada una de las pretensiones de la demanda, alegando que la entidad territorial actuó con fundamento en un mandato legal, que no transgredió norma ni derecho particular alguno ni incurrió en mala fe de su parte.



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2**

Igualmente propuso las siguientes excepciones de fondo o de mérito a) Falta de Causa Petendi y b) Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, con los siguientes argumentos:

A- FALTA DE CAUSA PETENDI: Debido a que la supresión del cargo que ocupaba el actor en la Alcaldía Municipal de Villanueva (Bolívar), obedeció a las recomendaciones hechas por el Consultor Doctor LUIS ENRIQUE RUBIANO QUIDIAN, quien realizó el estudio técnico para llevar a cabo la reestructuración de la planta de personal. Adicionalmente, al momento de comunicársele la supresión del cargo se le informó que podía optar entre la reubicación en otro cargo o la solicitar la indemnización de que tratan los parágrafos 1º, 2º y 3º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004; y quien finalmente, dentro del término establecido optó por recibir indemnización, según lo informado por el Jefe de Personal de la Administración Municipal.

B- EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Se observa como en este caso, el Alcalde del Municipio de Villanueva actuó en virtud de las facultades conferidas por el Concejo Municipal, y atendiendo las recomendaciones del consultor contratado, por lo que la actuación del ente territorial se ve justificada desde el punto de vista legal, al haberse dado cumplimiento a las normas que regulan la materia.

3. SENTENCIA IMPUGNADA (fls.329 a 343).

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 15 de Junio de 2012, decidió inhibirse para pronunciarse sobre el fondo de este asunto por ineptitud sustantiva de la demanda, por considerar, *"pues es la forma en que se materializó el retiro del cargo del demandante, como quiera que no obstante que con el Decreto No.063 de 28 de Octubre de 2005 y la Resolución No.930 del 1º de Noviembre de 2005, se modificaron y se suprimieron algunos cargos de la planta de personal de la entidad enjuiciada; el acto administrativo que suprime el cargo del señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES, el que señala la fecha del retiro efectivo del servicio, esto es a partir del 28 de Octubre de 2005, con la Comunicación del 1º de Noviembre de 2005 (folio 21), pues es con éste acto*



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

administrativo que se ve reflejada la voluntad expresa de la Administración Municipal de suprimir el cargo ocupado por él y por consiguiente, terminar su vinculación laboral.”

Sostiene que la comunicación antes de fecha 1º de noviembre de 2005, fue la que afectó y definió la situación jurídica del demandante, lo cual impone la necesidad de ser demandada en sede judicial si se pretendía por parte del demandante la nulidad de los actos que afectaron su situación; y al no hacerlo, la demanda fue interpuesta de manera incorrecta, pues era vital que junto con el Decreto No.930 del 1º de Noviembre de 2005, fuesen demandados tanto el Decreto No.063 del 28 de Octubre de 2005, como la Comunicación del 1º de Noviembre de 2005, en cuanto que todos aquellos actos administrativos forman una unidad sustancial.

Agrega que distinto hubiese ocurrido, si el Decreto No.930 del 1º de Noviembre de 2005, hubiese suprimido la totalidad de los cargos de la misma denominación y clasificación a la que pertenecía la accionante o que el citado decreto hubiese sido preciso en señalar específicamente los cargos y los nombres de los empleados públicos a quienes se les suprimía el cargo. En estos dos eventos era indiscutible la procedencia de la acción incoada, ya que bastaba con demandar solo el Decreto No.930 del 1º de Noviembre de 2005.

Por lo anterior, consideró la juez de primera instancia que en el presente caso no es procedente un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones del actor, por encontrar que no fueron demandados todos los actos que definieron la situación jurídica del demandante; existió una ineptitud sustantiva de la demanda, excepción que fue declarada de oficio, por cuanto alegó que lo correcto era que el demandante identificara dicha comunicación dentro de los actos administrativos enjuiciables y no lo hizo.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls.344 a 356)

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fecha 15 de Junio de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso lo siguientes argumentos:



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

Sostiene que el único acto que debe ser demandado es la Resolución No. 930 de 2005, debido a que en la misma se concretó la voluntad de la administración de separar al señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES del servicio en la Alcaldía del Municipio de Villanueva.

Por otro lado, aduce que el acto acusado se encuentra viciado por su expedición irregular, toda vez que carece de motivación alguna que justifique los hechos y las normas jurídicas que sirvieron de causa para tomar tal decisión, y por ende debe declararse su nulidad y condenar a la demandada.

Cita Jurisprudencia de la Corte Constitucional SU-250- de 1998, la cual es ratificada por el Consejo de Estado.¹ en las cuales indican que es obligación del nominador motivar los actos administrativos que declare la insubsistencia de cualquier empleado público que se encuentre ocupando un cargo en carrera administrativa, por ser un acto legal y reglamentario.

Agrega que el Art. 46 de la Ley 909 de 2004, establece de manera clara: *“Las reformas de planta de empleados de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones y estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia.”*

Finalmente, hace alusión a la motivación de los actos de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, señalando que aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º Art. 41 de la citada Ley (*que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa*), la competencia para el retiro de los empleados de carrera (*que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad*) es reglada, es decir, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad

¹ Sentencia del 3 de septiembre de 2010 MP Dr Gerardo Arenas Monsalve Rad 25-000 2325000-2005-01341-02 (0883-08)



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2**

con las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.

En virtud de lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se estudie de fondo las pretensiones de la demanda.

5. TRÁMITE DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante proveído de fecha 20 de Noviembre de 2012 el Despacho admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha quince (15) de Junio dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena (fl.362).

En providencia de fecha veinticinco (25) de Enero de dos mil trece (2013), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, vencido este, al Ministerio Público, para que emitiera concepto si eventualmente lo solicitaba (fl.364).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte accionante

El apoderado de la parte demandante no alego de conclusión en esta instancia dentro del término legal.

De la parte accionada

La parte accionada no presento alegatos de conclusión de esta instancia.

Ministerio Público

El Ministerio Público en esta oportunidad procesal emitió concepto de fondo (fls.366 a 369) en la que solicita se confirme la sentencia recurrida de acuerdo a los siguientes argumentos:



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

(...) En el sub iudice, era fundamental que el acto de carácter general que suprimió el cargo desempeñado por el demandante, fuera cuestionado, porque es allí en donde se concreta la verdadera desvinculación del empleo; y no en el acto que incorpora el personal a la nueva planta de cargos, ni las Comunicaciones que solo corresponden actos de ejecución..."

II. CONSIDERACIONES

Competencia

Es competente esta Corporación, para conocer del presente asunto en segunda instancia, por disposición del numeral 1º del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos deberán conocer de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos.

Planteamiento del caso

En el presente asunto pretende el demandante que se declare la nulidad de la Resolución No.930 de 1º de Noviembre de 2005, expedido por el Alcalde Municipal de Villanueva, Bolívar, por medio de la cual se hacen unas incorporaciones en la Alcaldía Municipal de Villanueva Bolívar, y en la cual no se incorporó al servicio al señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES en el cargo que desempeñaba de Celador del Cementerio Municipal de ese Municipio.

La Juez de primera instancia se inhibió para fallar de fondo, por considerar que no se demandó la Comunicación de fecha 1º de noviembre de 2005, la cual resolvió la situación jurídica del actor.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez de Primera Instancia, el apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la misma, por considerar que el único acto administrativo que puede ser susceptible de ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento es la Resolución No. 930 de fecha 1º de noviembre de 2005, por cuanto dicho acto concreta la voluntad de la Administración al separar al señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES del servicio de la Alcaldía Municipal de



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

Villanueva-Bolívar, acto administrativo que no fue motivado, contrariando lo establecido en el Art. 46 de la Ley 909 de 2004.

Acto administrativo demandado

Se pretende en este caso, la nulidad de la Resolución No. 930 del 1º de Noviembre de 2005, expedida por el Alcalde del Municipio de Villanueva Bolívar, por medio de la cual se hacen unas incorporaciones en la Alcaldía Municipal de Villanueva Bolívar, y en la cual no se incorporó al servicio al señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES, al cargo que venía ocupando.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala en este caso, definir lo siguiente:

1. Si el Oficio de fecha 1º de noviembre de 2005, definió la supresión del cargo de la demandante, y por tanto se debió demandar su nulidad.
2. Determinar si el acto acusado se expidió irregularmente por ausencia de motivación.

Tesis de la Sala

La Sala de Decisión revocará la sentencia de primera instancia, pues el contenido jurídico del acto general y del particular es exactamente el mismo y hacen unidad de decisión frente al tema principal, que es la supresión del empleo ocupado por el actor, siendo posible el estudio de fondo de este asunto, el cual será negando las pretensiones de la demanda, pues la parte actora no demostró que el acto acusado estuviera viciado de falsa motivación y al contrario, su fundamento se ajusta a la normatividad aplicable y vigente al momento de su expedición.

La anterior tesis se fundamenta, en los argumentos que a continuación se exponen

De lo probado dentro del proceso.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

- Copia auténtica de la Resolución No.930 de fecha 1º de Noviembre de 2005, proferido por el Alcalde Municipal de Villanueva - Bolívar, por la cual se hacen unas incorporaciones en la entidad territorial y se dictan otras disposiciones.²
- Copia auténtica del Decreto No.063 del 28 de Octubre de 2005, mediante la cual se establece la Planta de Personal de la Alcaldía Municipal de Villanueva Bolívar.³
- Copia original de memorial adiado 1º de Noviembre de 2005 y con fecha de recibido 02 de noviembre de la misma anualidad, suscrito por el Jefe de Personal (E) del Municipio de Villanueva – Bolívar, Dr. RICARDO ROMERO ORTIZ, mediante el cual le comunica al demandante que el cargo de CELADOR DEL CEMENTERIO MUNICIPAL, CODIGO – GRADO 01 por él desempeñado dentro de la Planta de Personal de la entidad territorial, fue suprimido mediante el Decreto No.063 del 28 de Octubre de 2005; lo cual implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella. De igual manera, se le informa sobre la
- posibilidad de optar entre recibir la indemnización o tener tratamiento preferencial para ser incorporado a un empleo equivalente, conforme a las reglas previstas en el Artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y en concordancia con los Artículos 137 a 142 del Decreto Reglamentario No. 1572 de 1998.
Como consecuencia de lo anterior, se produjo el retiro del servicio del señor Julio Cesar Alfaro Murieles.⁴
- Copia del Estudio Técnico propuesta de rediseño Organizacional de la Alcaldía Municipal de Villanueva, Bolívar, elaborada por el Doctor LUIS ENRIQUE RUBIANO QUITIÁN.⁵
- Certificación de fecha 4 de Junio de 2010, proferida por el Jefe de personal de la Alcaldía Municipal de Villanueva-Bolívar, en donde comunica que revisada la planta de personal de dicha entidad, no se encontraron funcionarios que desempeñen las funciones como Celador del Cementerio Público Municipal.⁶
- Certificación de la Alcaldía-Villanueva –Bolívar, donde hace constar que el señor JULIO CESAR ALFARO MURIELES, prestó sus servicios al Municipio de Villanueva con carácter de Carrera Administrativa en el cargo de Auxiliar Administrativo del

²Folios 46 a 47.

³Folios 155 a 157.

⁴Folio 21.

⁵Folio 71 a 110

⁶Ver folio 309



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

Cementerio Municipal hasta el 01/11/2005, con una asignación básica mensual de \$450.484.00.

- Acuerdo No. 023 de fecha 04 de octubre de 2005, mediante la cual el Concejo Municipal de Villanueva le otorga facultades al Alcalde Municipal, para reformar, reestructurar y rediseñar la descentralización del Municipio de Villanueva-Bolívar.⁷
- Certificación de fecha 27 de enero de 2012, proferida por el Técnico Operativo de la Secretaría de Talento Humano, en la cual certifica que el señor ALFARO MURIELES JULIO CESAR, ha sido inscrito en Carrera Administrativa en el cargo de Celador de Cementerio, Código _Grado 1 de la Entidad Alcaldía Municipal de Villanueva.⁸

Análisis del caso

Sea lo primero precisar que en tratándose de supresión de empleos, la nueva postura jurisprudencial no exige que se demande de manera expresa el oficio que comunica al interesado la medida, pues se entiende que la voluntad del demandante es sacar del ordenamiento, el acto que lo desvincula del servicio.

En efecto, para que el juez contencioso emita un pronunciamiento de fondo frente a situaciones como la presente, debe hacer uso de los principios como el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, y además garantizar el derecho del acceso a la administración de justicia, en conjunto con los fundamentos filosóficos del estado de derecho, para moderar el concepto de justicia rogada que caracteriza a esta jurisdicción; delimitándolo en la conformación del estudio de legalidad a partir de las disposiciones violadas, y no respecto de los demás elementos de la demanda que pueden verse apreciables a partir del poder de interpretación que tiene el juzgador y hacerse eficaces mediante los poderes de decisión con que se cuentan para la decisión de fondo⁹.

⁷ Ver folio 312-315

⁸ Ver folio 322

⁹ Artículo 170 del C C A



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

En este caso, la discusión se centra sobre la interpretación y aplicación de disposiciones que regulan el derecho laboral pretendido que contiene el acto que materialmente retiró del servicio al demandante. En ese sentido, el contenido jurídico del acto general y del particular es exactamente el mismo y hacen unidad de decisión frente al tema principal, que es la supresión del empleo ocupado por la actor, siendo posible su estudio de fondo.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁰ ha precisado lo siguiente:

“... si la intención de la parte demandante es la de permanecer en el servicio de la entidad, cuya planta de personal ha sido objeto de un proceso de reestructuración, es pertinente formular la pretensión de nulidad, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, frente al acto que afecte su situación particular y concreta, sin importar si es un acto de carácter general o particular.

Vale decir de igual modo, que a pesar de que la actora no incluyó dentro de los actos cuestionados el Oficio del 15 de septiembre de 2004, lo cierto es que en atención al principio Constitucional de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución Política), la Sala debe interpretar la demanda y establecer la intención del demandante con miras a no entorpecer su accionar; máxime, cuando no sólo se tuvo en cuenta el Oficio tanto en las pruebas aportadas como en las sólicitadas, sino que también, el contexto mismo del libelo estableció que por medio del citado acto, se había suprimido el cargo que venía desempeñando.

(...)De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que en el presente caso, no se configura la ineptitud de la demanda por la falta del presupuesto procesal ya señalado, es decir, por no haberse demandado el acto administrativo que comunicó la decisión de la administración de suprimir, entre otros, el cargo de Auxiliar de Enfermería. Por consiguiente, se procederá a efectuar un pronunciamiento de fondo ”

Analizado el anterior pronunciamiento, la Sala lo acoge en su totalidad y por lo tanto, difiere de la postura de la juez de primera instancia al proferir un fallo inhibitorio; y por consiguiente es preciso continuar con el estudio del segundo problema jurídico planteado.

En efecto, se deberá determinar, si el acto acusado se expidió irregularmente por ausencia de motivación.

¹⁰ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B". Consejero ponente. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá, D C , quince (15) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número 13001-23-31-000-2005-00067-01(2216-11)



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2**

La Sala encuentra que mediante Acuerdo No. 023 de fecha 4 de octubre de 2005, el Concejo de Villanueva, autoriza al señor Alcalde Municipal de Bolívar, para:

**ARTÍCULO 1°.- (...) reestructurar la administración municipal, suprimir dependencias, fijar las funciones de sus dependencias (sic), establecer las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, la nomenclatura y para establecer y modificar las calidades y requisitos para el desempeño de los empleos de la administración Municipal de acuerdo con lo establecido en la ley 443 de 1998, ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.
(...)*

Para resolver el anterior cargo de nulidad, y sin entrar a determinar cuestiones relacionadas con la publicación del acto en mención, ha de explicarse que la determinación de la estructura de los entes territoriales es una atribución del concejo municipal o distrital, cuerpo colegiado que conforma la administración municipal a partir de la definición de qué entidades y unidades funcionales la componen, del sector central y descentralizado (numeral 6° del artículo 313 C.P.).

Por su parte, al alcalde municipal o distrital le compete la creación, supresión o fusión de los empleos de su dependencia, sin que para ello requiera de autorización del coadministrador colegiado (numeral 7°, artículo 315 superior).

De este modo, la Constitución Política expresamente distingue las atribuciones de crear entidades y dependencias administrativas que conforman o estructuran la administración territorial, con las facultades para suprimir empleos que se adscriben en ellas; asignándolas expresamente a distintas autoridades.

La supresión de cargos de carrera administrativa, concreta la posibilidad de evidenciar el principio constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular. Así, la filosofía de las reestructuraciones administrativas que desembocan en la supresión de los empleos no es otra, que la de mejorar el servicio, racionalizando los recursos humanos y financieros de las entidades reestructuradas, desarticulando todo aquello que genere injustificables erogaciones o modernizándola.

De este modo, dentro de la dinámica de la administración pública, se pueden generar situaciones en cualquier entidad que determinen la necesidad de reestructurar su



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

organización y funcionamiento, desembocando en la decisión de suprimir determinado empleo, lo cual está autorizado por la Carta Política y permite por disminución o desaparición de determinada carga laboral, su supresión de la planta de personal, (numeral 7° del artículo 315 C.P.).

Ahora bien, los Artículos 44 a 46 de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004¹¹, disponen lo siguiente:

"ARTÍCULO 44. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESIÓN DEL CARGO. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

- 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.*
- 2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.*
- 3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.*

¹¹Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

PARÁGRAFO 3o En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.

ARTÍCULO 45. EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA A LAS NUEVAS PLANTAS DE PERSONAL. Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

ARTÍCULO 46. REFORMAS DE PLANTAS DE PERSONAL. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de las ramas ejecutivas del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."

En este orden de ideas, como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹², el derecho a la estabilidad en el empleo de que gozan quienes se encuentran inscritos en carrera administrativa, no impide que la administración por razones de interés general encaminadas 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, si existen motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legal que el Estado lo haga, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general.

También la Corte¹³, ha hecho referencia a la indemnización de empleados públicos por supresión de cargos, así:

¹² Sentencia de la Honorable Corte Constitucional del 7 de marzo de 1996 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente No D-900

¹³ Sentencia de la Honorable Corte Constitucional del 7 de marzo de 1996 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz Expediente No D-900



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

“Resulta de una claridad meridiana que al ordenarse la supresión de un empleo se ocasiona, sin lugar a duda, un daño a quien lo venía desempeñando; perjuicio que el Estado está en la obligación de reparar, porque “si bien es cierto que el daño puede catalogarse como legítimo porque el Estado puede en función de la protección del interés general determinar la cantidad de sus funcionarios ..., esto no implica que el trabajador retirado del servicio tenga que soportar íntegramente la carga específica de la adecuación del Estado, que debe ser asumida por toda la sociedad en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas (C.P. art. 13). Los derechos laborales entran a formar parte del patrimonio del titular y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58-1 de la C.P.). Además, las autoridades de la República están obligadas a protegerlos (art. 2o. de la C.P.). Esto armoniza con una de las finalidades del Estado social de derecho: la vigencia de un orden social justo (Preámbulo de la Carta). Por ello se trata de una indemnización reparatoria fundamentada en el reconocimiento que se hace a los derechos adquiridos en materia laboral...” Pero incluso en casos como el de la supresión, “el empleado protegido por la carrera tiene derecho a la reparación del daño causado, puesto que él es titular de unos derechos adquiridos de contenido económico que debió ceder por la prevalencia del interés general.”

Sin embargo, la prevalencia del interés general como columna vertebral de las reestructuraciones administrativas que impliquen supresión de cargos, no coarta el derecho de carrera administrativa de aquellas personas que mediante concurso de mérito, ingresaron al servicio civil y se mantuvieron con calificaciones satisfactorias.

En efecto, el legislador de manera expresa previó la manera de proteger al empleado de carrera administrativa a quien se le suprime su cargo dentro de la reestructuración, posibilitando su reingreso a la nueva planta de personal o el goce de una indemnización.

Pero desde el punto de vista legal, la incorporación a la nueva planta de personal se surte en dos momentos diferentes. En este tema, el Consejo de Estado¹⁴ ha dicho:

*“Cuando ocurre una supresión real de empleos por reducción del número de cargos, la entidad goza de facultad discrecional para decidir a quienes retira del servicio y a quienes conserva en la nueva planta de personal. Tal discrecionalidad se debe entender como la facultad para expedir los actos que niegan la incorporación **sin motivación expresa**. Sin embargo esa facultad no puede ser ejercida de forma arbitraria, porque debe adecuarse a los fines de las normas que la autorizan y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa (artículo 36 del C.C.A.).*

¹⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” sentencia del 27 de abril de 2006, Proceso 2001 – 7759, Actor María Consuelo León Zambrano, Consejero Ponente Ana Margarita Olaya Forero



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

*Cuando se trata de funcionarios de carrera administrativa, las normas asignan el derecho a la incorporación inmediata en los cargos que subsisten en la nueva planta, **siempre que existen vacantes o cuando los cargos que subsisten estén ocupados por empleados provisionales o encargados. Se vulnera entonces el derecho a la incorporación inmediata y la estabilidad del empleado de carrera administrativa, cuando se incorpora -o se mantiene- en la nueva planta de personal a una persona con menor derecho al que corresponde al empleado escalafonado.***

Es sabido que las normas exigen la preferencia del empleado de carrera sobre quien se encuentra en condición de provisional, porque el empleado de carrera ingresó al servicio por un concurso de méritos que le otorga un mejor derecho. Por ello cuando la administración decida reducir las plantas de personal, en aras de garantizar plenamente el derecho de incorporación inmediata y de estabilidad relativa, deberá retirar por supresión en primer lugar los funcionarios provisionales o encargados, para posteriormente acudir, en el evento de que las finalidades de la supresión de cargos lo aconsejen, al retiro de los empleados que han ingresado a la administración mediante proceso selectivo.

Una vez la administración ha decidido la supresión de un cargo o de una plaza y la incorporación en las vacantes de la nueva planta de personal, debe informar a quienes resultaron retirados del servicio, de la opción que les asiste para obtener el reintegro a sus funciones dentro de los seis meses siguientes, o el retiro definitivo con indemnización.

Nótese que tal opción es posterior a la decisión de supresión del cargo, y posterior a la decisión de incorporación en la nueva planta de personal. Es decir, cuando la administración ofrece al funcionario la alternativa de ley, le está notificando que su derecho de incorporación inmediata resultaba inferior al de otras personas que fueron incorporadas en la nueva planta de personal.

Por ello la indemnización por supresión del empleo, en las condiciones anotadas, no se puede entender como una especie de "transacción" o de aceptación de la legalidad del proceso previo a dicho pago.

Bien puede el funcionario retirado, acusar la legalidad del proceso de supresión previo al pago de la indemnización por cualquier causa, aunque haya recibido el valor de tal indemnización. Lo que no podría hacer, es solicitar el reintegro posterior en vacantes que se produzcan dentro de los seis meses siguientes al retiro, ni impugnar las incorporaciones que dentro de esos seis meses haga la entidad en los cargos equivalentes, porque esa precisamente fue la opción a la cual renunció "¹⁵

De acuerdo con el panorama legal y jurisprudencial analizado, cuando una administración decide unilateralmente suprimir ciertos empleos de su planta de personal, de manera discrecional decide a quienes incorpora en la nueva. Es el primer paso de la reestructuración, y en ella solo interviene la entidad.

No obstante, esta decisión no es ilimitada ni absoluta, como quiera que se justifica en el interés general y en que se presume la búsqueda de la mejora del servicio, por lo que

¹⁵ Subrayas fuera del texto.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

como toda decisión discrecional, debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza y debe ser proporcional con los hechos que le sirven de causa. Por ello, si bien constitucional y legalmente es permitida la supresión de un empleo, no la es menos que por razones netamente finalistas pueda cuestionarse la validez de tal eliminación funcional, sin que obste el hecho de que el empleado haya sido indemnizado.

La actuación administrativa – caso concreto

Para el caso bajo estudio, como ya se dijo, mediante Acuerdo No. 023 del 4 de octubre de 2005 el Concejo Municipal de Villanueva revistió al mandatario municipal de facultades *protempore* por el término de seis (6) meses para reformar, reestructurar y rediseñar la estructura de la administración central y descentralizada del Municipio de Villanueva (fls. 15-17).

Es preciso anotar, que conforme al artículo cuarto del acuerdo que se comenta fue sancionado el día 11 de octubre de 2005 (f.17), y el mismo señalaba en su artículo 3º, que las atribuciones allí previstas podían ser utilizadas por el Alcalde en un solo acto administrativo, o en actos individualizados, según se ejercieran las facultades, y siempre que no se excediera del límite temporal fijado.

Como resultado de aquella autorización, se expide el Decreto No. 063 del 28 de octubre de 2005, por medio del cual se establece la Planta de Personal de la Alcaldía de Villanueva Bolívar, entre los cuales se crean dos cargos de celador Código 477 Grado 02; y dispone en su artículo segundo que: *“El Alcalde de Villanueva, Bolívar, mediante resolución, distribuirá los cargos de la planta global y ubicará el personal teniendo en cuenta la estructura u organización interna, los planes, los programas y las necesidades del servicio.”*¹⁶

En virtud de lo anterior, el Alcalde de Villanueva mediante Resolución No. 930 del 1º de noviembre de 2005 (único acto acusado)¹⁷, realiza unas incorporaciones en la Alcaldía Municipal de Villanueva, sin incluir al actor para ocupar alguno de los cargos de celador

¹⁶Ver folio 18-20.

¹⁷Ver folio 21.



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2**

allí previstos¹⁸. Y con posterioridad, envía Comunicación de fecha 1º de noviembre de 2005, informándole al demandante, que el cargo de Celador del Cementerio Municipal que desempeñaba, fue suprimido de la Planta de Personal de la Alcaldía Municipal de Villanueva mediante Decreto No. 063 del 28 de octubre de 2005.

El cargo de nulidad endilgado al acto acusado

De acuerdo con la demanda, es uno el cargo de nulidad invocado contra el acto acusado; esto es, carencia de motivación que justifique los hechos y las normas jurídicas que sirvieron de causa para tomar la decisión de retirar del servicio al actor por supresión del cargo, lo cual quebranta la disposición contenida en la Ley 909 la cual plantea claramente que el acto que disponga el retiro de los empleados que desempeñen cargos en carrera administrativa, deberá motivarse obligatoriamente.

Respecto del cargo señalado, la Sala dirá que no tienen vocación de prosperidad, primero, porque la administración tuvo en cuenta los lineamientos expuestos no solo en la Ordenanza, sino también en el acto mediante el cual establece la nueva Planta de Personal (Decreto 063 de 2005). Y segundo, debido a que el acto acusado no requería de motivación alguna, ya que en el mismo únicamente indicó las incorporaciones de los empleados que continuarían en ella, sin referirse específicamente al actor.

Por consiguiente, para la Sala el juicio de nulidad por expedición irregular invocado en la demanda, es imposible de realizar, siendo que la Resolución 930 de 2005 (acto acusado), se expidió en cumplimiento del Decreto 063 de 2005, que estableció la nueva planta de personal y suprimió el cargo de celador que ocupaba el actor, y respecto de éste último acto, no es posible realizar tales valoraciones, puesto que el mismo no fue demandado.

En ese orden, y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia citada, la Sala advierte que en la incorporación de los empleados a la nueva Planta de Personal del municipio demandado, y en la que hubo reducción del número de cargos, la administración se valió de la discrecionalidad para decidir a quienes retiraba del servicio y a quienes

¹⁸Ver folio s 13-14.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

conservaba; y como quiera que el actor no argumentó en apoyo de sus pretensiones, el quebrantamiento del derecho preferencial a ser incorporado, se entiende que su retiro se debió a razones del servicio y del interés general.

Así las cosas, la actuación de la entidad demandada se encuentra ajustada a la Constitución y a la ley, y no se observa violación del ordenamiento jurídico que regula la carrera administrativa en relación con el demandante, por lo que no prospera el cargo endilgado al acto acusado; y en esos términos, debe revocarse la sentencia proferida por el a quo el 15 de junio de 2012, y en su lugar, denegar las súplicas de la demanda para emitir un pronunciamiento de fondo.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de fecha 15 de Junio de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se inhibió para fallar de fondo en el presente asunto, y en su lugar se dispone:

“PRIMERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

Una vez 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 ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

(Hoja de firmas, expediente radicado con el No. 13001-33-31-005-2006-00285-01.)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0046
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y MRCADEO "COPEMER"
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2010-00286-00
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) 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 001 -

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

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Cooperativa de Trabajo Asociado y Mercadeo –
Coopemer**
Demandado : **Distrito de Cartagena de Indias**
Expediente : **13-001-23-31-001-2010-00286-00**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la Cooperativa de Trabajo Asociado y Mercadeo, en adelante, Coopemer, en contra del Distrito de Cartagena de Indias.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderada judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 154 de 05 de noviembre de 2008, mediante la cual, se expide una liquidación de revisión y se impone una sanción a la parte actora y, Resolución 231 de 29 de diciembre de 2009, por la cual, se resuelve un recurso de reconsideración interpuesto contra la primera

decisión; actos proferidos por el Coordinador Grupo Control a la Evasión de Impuestos y el Secretario de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se confirmen las declaraciones privadas presentadas por la sociedad demandante, correspondientes a los períodos 2004, 2005 y 2006 del impuesto de industria y comercio y complementario de avisos y tableros.

De igual manera, pide que se le reconozcan y paguen los perjuicios y gastos que resulten probados y, además, se ordene el archivo definitivo del expediente administrativo que contenga el proceso de determinación de los tributos adelantado por la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias.

HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Refiere el libelo de la demanda, que la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias, expidió el Emplazamiento para Corregir 1395 de 11 de septiembre de 2007, para que la sociedad accionante procediera a corregir las declaraciones del impuesto de industria y comercio de los años gravables 2004, 2005 y 2006. Estando dentro del término legal dio respuesta al emplazamiento, señalando que la solicitud hecha por la administración es improcedente y que las declaraciones presentadas se encuentran correctamente liquidadas.

Señala la parte actora, que a pesar de ello el ente demandado expidió el Requerimiento Especial 20 de 1° de abril 2008, en el que empleó expresiones erradas y anti-técnicas, como lo es el concepto de “*determinación de la liquidación oficial*”, cuando en materia tributaria dicho acto es el último que

se profiere en el proceso de determinación. A este requerimiento le dio respuesta mediante escrito presentado el día 11 de julio de 2008, reiterando las razones expuestas en la contestación del emplazamiento.

Indica la demanda, que los funcionarios de la Secretaría de Hacienda de Cartagena de Indias desconocen el Concepto 1017 de 10 de marzo de 2004, proferido por la Secretaría de Hacienda del Distrito de Bogotá, específicamente lo referente a la “*depuración de las bases gravables*” de las cooperativas de trabajo asociado, lo que les hace incurrir en el error de considerar como ingresos las sumas de las compensaciones, que al tenor de la Ley 863 de 2003 corresponden a los asociados y no a las cooperativas.

Asegura, que en virtud de lo anterior fue expedida la Resolución 154 de 05 de noviembre de 2008, demandada en el asunto de la referencia, la cual, fue objeto de recurso de reconsideración, que a su vez fue desatado en forma desfavorable a sus intereses mediante Resolución 231 de 29 de diciembre de 2009.

Advierte, que mientras la entidad encargada de la vigilancia de las cooperativas de trabajo asociado, esto es, la Superintendencia de Economía Solidaria certifique que la parte demandada encaja en dicha clasificación, los funcionarios de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias no tienen competencia para decidir que la misma no ostenta tal calidad.

Aduce, que el concepto de “*trabajador en misión*” no corresponde a la estructura jurídica de la Cooperativa Coopemer, ya que dicha figura está reglada en forma exclusiva para las empresas de servicios temporales en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. Añade, que la naturaleza jurídica de las cooperativas de trabajo asociado se diferencia sustancialmente de las empresas asociativas de trabajo, en que respecto de las segundas es permitido el ánimo de lucro, de conformidad con lo previsto en la Ley 10 de 1991 y, además,

según lo regulado en el artículo 25 *ibídem*, corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la vigilancia y control de éstas.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, señala que resulta evidente la violación del Estatuto Tributario cuando se pretende, por vía errada de interpretación, ajena a todas las reglas de hermenéutica legal y de la voluntad del legislador, construir una empresa diferente para entrar a desconocer el concepto de ingreso señalado en la legislación tributaria.

TRÁMITE

La demanda fue admitida mediante auto de 21 de octubre de 2010 (fls.61 - 78), notificada al Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias (fl.94) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término legal, el ente accionado se opuso a la demanda mediante escrito obrante a folios 96 a 120 del expediente, exponiendo que el emplazamiento para corregir se expidió en virtud de que la parte demandante se encuentra inscrita en la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias como contribuyente del impuesto en cuestión, registrada con la Placa 101010005000083; además, fue sometida a una inspección tributaria y contable, que arrojó como resultados inexactitudes en las declaraciones presentadas por los periodos gravables 2004, 2005 y 2006.

De igual forma, alega que el artículo 53 de la Ley 863 de 2003 sólo resulta aplicable a las declaraciones de rentas más no al impuesto territorial de industria y comercio regulado por la Ley 14 de 1984, la cual, dispone que dicho impuesto debe tasarse con base en los ingresos brutos anuales obtenidos en el periodo anterior del contribuyente.

Aclara, que el Concepto 1017 de 10 de marzo de 2004, expedido por la Secretaría de Hacienda de Bogotá no obliga de manera directa ni indirecta a la administración distrital a tomar los lineamientos manifestados en el mismo, tal como lo pretende la parte actora. Que si bien, en la parte resolutive de la Resolución 154 de 2008 no se estableció que se iba a realizar la liquidación de revisión del año 2004, en la parte considerativa si se precisaron los errores en los que incurrió la demandante en dicho período.

Que lo manifestado en el acto acusado no constituye una transformación de la naturaleza jurídica de la parte actora, pero si es una prueba efectiva que demuestra que ésta se encontraba realizando actividades propias de las empresas de servicios temporales para lograr beneficios tributarios a favor de terceros, puesto que las cooperativas de trabajo asociadas se encuentran exentas del impuesto de renta y complementarios, siempre que se cumplan los requisitos previstos en los artículos 19 y 358 del Estatuto Tributario.

Explica, que de acuerdo a la Circular Externa 007 de 2001, la Superintendencia de Economía Solidaria recordó que las cooperativas son mutualistas, no asistencialistas, esto es, que buscan el beneficio de sus propios asociados y, por ende, todos los esfuerzos se deben orientar a la prestación de los servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de aquéllos y sólo excepcionalmente a terceros; por tanto, las cooperativas que realicen actos inadecuados con la naturaleza jurídica de las mismas, pierden irremediablemente los beneficios y privilegios otorgados por la ley para este tipo de organizaciones.

Propone como excepción la *“Ineptitud formal de la demanda por la omisión de aportar las normas de carácter no nacional que se invoquen como violadas en la demanda”*, basada en que el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo contiene tal exigencia, aplicable al caso concreto, al alegar la parte actora la violación del Acuerdo Distrital 041 de 2006 y no aportarlo.

De igual manera, plantea la excepción de “*Legalidad del acto administrativo*”, sustentada en que las resoluciones acusadas se basan en una inspección tributaria y contable realizada por un contador público del Grupo de Control de Evasión del Distrito de Cartagena de Indias, en la que se logró constatar que la demandante presentaba inexactitudes en las declaraciones de renta de la demandante.

Finalmente, formula la excepción de “*Inexistencia de violación a las normas invocadas por la accionante*”, esbozando que las disposiciones citadas por la parte actora en el acápite del concepto de violación del libelo introductorio no fueron desconocidas por los actos objeto de censura.

Con auto de fecha 29 de junio de 2012 (fls.393 - 394), se prescindió del periodo probatorio y en el mismo proveído se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto. La parte accionada presenta alegatos (fls.395 – 399), reafirmando lo expuesto en la contestación de la demanda; la parte demandante no presentó alegatos en esta instancia. El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta corporación, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

EXCEPCIONES.

- **Ineptitud formal de la demanda por la omisión de aportar las normas de carácter no nacional que se invoquen como violadas en la demanda.**

La parte accionada sustenta esta excepción en que el artículo 141¹ del Código Contencioso Administrativo exige aportar el texto de las normas de alcance no nacional cuando se alegue su violación, como sucede en el caso de marras al citar la parte actora algunos artículos del Acuerdo Distrital 041 de 2006 y no allegarlo a la foliatura.

Para la Sala, esta excepción no tiene vocación alguna de prosperar, puesto que en el acápite de la demanda denominado “*NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN*” (fls.19 – 24), la parte demandante cita el artículo 333 del Estatuto Tributario Distrital o Acuerdo 041 de 2006, pero en concordancia con el artículo 683 del Estatuto Tributario Nacional, que viene a ser la disposición que realmente considera quebrantada por parte de la administración, razón por la cual, se debe concluir que Coopemer no está invocando normas de alcance no nacional como vulneradas.

La parte demandada también presenta las excepciones denominadas “*Legalidad del acto administrativo*” e “*Inexistencia de violación a las normas invocadas por la accionante*”, las cuales, a juicio de la Sala, tienen íntima relación con el fondo del asunto, razón por la cual, se entenderán resueltas al realizarse el estudio del mismo.

PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si en el caso de las cooperativas de trabajo asociado, las sumas de dinero correspondientes a compensaciones deben ser consideradas como ingreso y, por tanto, incluidas en la declaración del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros o, si por el contrario, tales valores no hacen parte de la base gravable del referido tributo.

¹ “Artículo 141 Normas jurídicas de alcance no nacional. Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional deberá acompañar el texto legal que las contenga debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente”

Los motivos de inconformidad manifestados por las partes, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

Bajo el criterio de la parte actora, la administración distrital incurre en error al considerar como ingresos las sumas correspondientes a compensaciones, toda vez, que a la luz de la Ley 863 de 2003, éstas corresponden a los asociados y no a las cooperativas.

Por su parte, la entidad demandada señala que la naturaleza jurídica de Coopemer no corresponde a la de una cooperativa de trabajo asociado, sino a la de una empresa de servicios temporales. Anota además, que el argumento atinente a que el total de ingresos facturados de los correspondientes a compensaciones ordinarias y extraordinarias de los asociados no son base para determinar el impuesto de industria y comercio, avisos y tableros y, por ello, deben ser deducidos del total de ingresos brutos, resulta improcedente para el caso del impuesto territorial objeto de discusión y sólo es aceptable para el de renta.

Visto lo anterior, resulta conveniente traer a colación las disposiciones que regulan la materia y, que además, fueron el sustento de los actos enjuiciados, así como de la *litis* planteada por las partes del presente proceso.

En ese sentido, se tiene, que el numeral 5° del artículo 6° de la Ley 79 de 1988², dispone claramente que a las cooperativas les está vedado mutar a sociedad comercial. Dice la norma en comentario lo siguiente:

“Artículo 6°. A ninguna cooperativa le será permitido.

(...)

5. Transformarse en sociedad comercial.”

² Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa

A su vez, el artículo 70 *ibidem*, define a las cooperativas de trabajo asociado de la siguiente manera:

“Artículo 70. Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.”

Por otro lado, el artículo 3° del Decreto 4588 de 2006³, acerca de la naturaleza jurídica de ésta clase de cooperativas, establece:

“Artículo 3°. Naturaleza de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De igual manera, el artículo 5° del mismo decreto, determina cuál es el objeto social de estas cooperativas, así:

“Artículo 5°. Objeto social de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia...” (Subrayado fuera de texto)

³ Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado

Debe citarse también el contenido del artículo 6° del mismo compendio normativo, el cual, sobre las condiciones que deben cumplir éstas cooperativas para contratar con terceros, precisa:

“Artículo 6° Condiciones para contratar con terceros Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico. Los procesos también podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Asimismo, el artículo 16 *ejusdem*, establece que en el evento en que el asociado sea enviado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, desnaturaliza la condición de trabajo en ese sentido. Dicha disposición es del siguiente tenor:

“Artículo 16 Desnaturalización del trabajo asociado El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.” (Subrayado fuera de texto)

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 17 de la misma preceptiva añade:

“Artículo 17 Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o

tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.” (Subrayado fuera de texto)

Valga también traer a cuenta el artículo 71 de la Ley 50 de 1990⁴, que contiene la definición de empresas de servicios temporales en los siguientes términos:

“Artículo 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”

Por otra parte, se debe atender el contenido del artículo 33 de la Ley 14 de 1983⁵, ya que el mismo prevé en qué forma se debe liquidar el impuesto de industria y comercio:

“Artículo 33º.- El Impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones ingresos proveniente de venta de activos fijos y de exportaciones, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

⁴ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones

⁵ Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones

Finalmente, el artículo 102-3 del Decreto 624 de 1989⁶ o Estatuto Tributario, modificado por el artículo 53 de la Ley 863 de 2003⁷, acerca de la distribución de los ingresos en este tipo de cooperativas, acota:

“Artículo 102-3. Distribución de los ingresos en las Cooperativas de Trabajo Asociado. <Artículo adicionado por el artículo 53 de la Ley 863 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En los servicios que presten las cooperativas de trabajo asociado, para efectos de los impuestos nacionales y territoriales, las empresas deberán registrar el ingreso así: para los trabajadores asociados cooperados la parte correspondiente a la compensación ordinaria y extraordinaria de conformidad con el reglamento de compensaciones y para la cooperativa el valor que corresponda una vez descontado el ingreso de las compensaciones entregado a los trabajadores asociados cooperados, lo cual forma parte de su base gravable.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Las disposiciones traídas a colación, permiten colegir que a la luz de la definición legal de las cooperativas de trabajo asociado, éstas vinculan el trabajo personal de sus confederados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. De igual manera, su naturaleza jurídica indica que fueron concebidas para asociar a personas naturales que ayudan y favorecen en el ámbito pecuniario de la misma, además de aportar su capacidad de trabajo para el desarrollo de aquellas actividades económicas, profesionales e intelectuales plasmadas en el mismo objeto señalado en la definición antes dada, resaltando que la finalidad de ellas es satisfacer las necesidades tanto de sus asociados como de terceros en general.

Ahora, en lo que respecta a la determinación de la base gravable del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros para estas cooperativas, resulta aplicable lo establecido en el artículo 102-3 del Estatuto Tributario, ya que dicha disposición señala claramente que enmarca a los impuestos territoriales como viene a ser el gravamen objeto de discusión.

⁶ Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales

⁷ Por la cual se establecen normas tributarias aduaneras fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas

Sobre este t3pico, el H. Consejo de Estado a trav3s de su jurisprudencia ha hecho las siguientes precisiones⁸:

“...la controversia se ubica en decidir cu3l es la base gravable del IVA para los servicios que prestan las CTA y que no tienen previstos una base gravable especial o porque no cumplen los presupuestos para su aplicaci3n, como ocurre en este caso, si lo dispuesto en el art3culo 447 E.T. que contiene la regla general de la base gravable en el IVA⁹, o lo establecido en el art3culo 102-3 E.T. que dispone...

...Si bien la norma transcrita hace referencia a la distribuci3n de los ingresos y est3 ubicada dentro del Libro del Estatuto Tributario que rige el impuesto sobre la renta, de su lectura se advierte lo siguiente:

- *Est3 dirigida a los **servicios que presten** las Cooperativas de Trabajo Asociado, sin que haya precisado alguna clase especial de estos.*
- *Tiene efectos en los **impuestos nacionales y territoriales**.*
- *Se3ala qu3 **ingresos** corresponden a la Cooperativa y cu3les al asociado.*
- *Establece expresamente que los ingresos de la Cooperativa determinados en la forma como lo establece la disposici3n **forman parte de su base gravable**.*

De acuerdo con lo anterior, se advierte que con la distribuci3n de ingresos por los servicios de las CTA se determina la base gravable para este tipo de entidades, distribuci3n que expresamente tiene efectos en los impuestos nacionales y territoriales. Restringir el alcance de la norma al c3lculo de los ingresos en el impuesto de renta, es limitar la intenci3n plasmada por el Legislador al hacerlo extensivo no s3lo a los dem3s impuestos nacionales.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secci3n Cuarta, sentencia de 27 de septiembre de 2012, Exp. 18520, C.P. Maifra Teresa Buce3o de Valencia

⁹ **Art3culo 447. En la venta y prestaci3n de servicios, regla general.** *En la venta y prestaci3n de servicios la base gravable ser3 el valor total de la operaci3n, sea que 3sta se realice de contado o a cr3dito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiaci3n ordinaria extraordinaria, o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones seguros, comisiones, garant3as y dem3s erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y aunque, considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposici3n*

como sería en este caso el IVA, sino a la determinación de la base gravable para las Cooperativas¹⁰...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, no queda duda alguna a la Sala, que la base gravable del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros para las cooperativas de trabajo asociado, como es el caso de la parte demandante, se determinará registrando el ingreso en dos momentos a saber: a) para los trabajadores asociados cooperados la parte correspondiente a la compensación ordinaria y extraordinaria, de conformidad con el reglamento de compensaciones y, b) para la cooperativa el valor que corresponda **una vez descontado el ingreso de las compensaciones entregado a los trabajadores asociados cooperados**, lo cual forma parte de su base gravable.

Hechas las anteriores anotaciones, corresponde a esta corporación proceder a revisar el acervo probatorio recopilado en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora declaró el impuesto en cuestión, en debida forma. En el plenario se encuentra probado lo siguiente:

-fls.33 – 38: Certificado de Constitución, Existencia y Representación Legal de Cooperativa de Trabajo Asociado, expedida por la Superintendencia de la Economía Solidaria, en el que consta que Coopemer tiene como objeto social el siguiente:

“...El Objeto Social de COOPEMER C.T.A., es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria con autonomía, autogestión y autogobierno

Las actividades socioeconómicas de la cooperativa corresponden a las actividades que hoy por su experiencia COOPEMER C.T.A viene desarrollando desde hace varios años en los que sus asociados son expertos:

a) En el Sector de generación de energía eléctrica, gas domiciliario, telefonía, acueducto y alcantarillado, telefonía e internet, se prestan servicios de

¹⁰ Esta interpretación es en aplicación del «efecto útil de las normas» según el cual «debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias» (C-569/04)

mantenimiento a las empresas generadoras y/o distribuidoras de estos servicios así:

Servicios de atención integral en los procesos y subprocesos de:

Ejecución de obras eléctricas, civiles, de acueducto y alcantarillado, de gas domiciliario, telefonía e internet.

Mantenimiento de redes y cableados aéreas y subterráneas, equipos de maniobra y protección.

Mantenimientos de subestaciones MTIBT MIT/MT, plantas de tratamiento y centros de distribución

Operaciones técnicas, comerciales y administrativas en estos sectores.

Se aclara que COOPEMER C.T.A. no presta servicios públicos domiciliarios, sino que presta servicios en el sector eléctrico, gas domiciliario, acueducto y alcantarillado y telefonía e internet...”

-fls.192 – 193: Contrato civil de comodato entre Cooperativa de Trabajo Asociado y Mercadeo Coopemer y el cliente Coduesa, el cual, en sus dos primeros artículos estipula:

“PRIMERA: EL COMODANTE hace entrega a EL COMODATARIO y este recibe de aquel, a título de COMODATO o préstamo de uso los bienes muebles que se relacionan en el inventario anexo y que hace parte integral de este contrato.

SEGUNDA: Los bienes objetos de este contrato solo podrán ser utilizados por EL COMODATARIO para desarrollar los procesos de Recursos Humanos por parte del personal asociado a la cooperativa de trabajo asociado, es decir que las personas que laboran con la cooperativa, son las únicas que pueden utilizar los bienes relacionados en el inventario...”

-fl.194: Acta de diligencia de inspección contable de fecha 21 de octubre de 2008, suscrita por el señor Gabriel Serrano Serrano, en su rol de funcionario de la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias y el señor Franklin Correa, en calidad de contador de la parte actora. En ella se deja anotada la entrega por parte de Coopemer de varios contratos.

-fl.246: Formulario de Declaración del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros 2006-1-34791 (Declaración Inicial), correspondiente al año gravable 2006, en el que la parte actora hace la siguiente declaración:

B. BASE GRAVABLE		
11 TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS	BA	16 574 286 000
12 (-) TOTAL INGRESOS OBTENIDOS FUERA DEL DISTRITO	BC	0
13 (=) TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS (REGLÓN 11-12)	BT	16 574 286 000
14 (-) DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	BB	0
15 (-) DEDUCCIONES, EXENCIONES Y ACTIVIDADES NO SUJETAS	BD	15 657 093 000
16 (=) TOTAL INGRESOS NETOS GRAVABLES (REGLÓN 13 - 14- 15)	BE	917 193 000

-fl.247: Formulario de Declaración del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros 2006-2-59242 (Declaración y Pago), correspondiente a los meses de noviembre y diciembre del año gravable 2006, en el que la parte actora hace la siguiente declaración:

B. BASE GRAVABLE		
11 TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	BA	3 089 353 000
12 (-) TOTAL INGRESOS OBTENIDOS FUERA DEL DISTRITO	BC	0
13 (=) TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS (REGLÓN 11-12)	BT	3 089 353 000
14 (-) DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	BB	0
15 (-) DEDUCCIONES, EXENCIONES Y ACTIVIDADES NO SUJETAS	BD	2 920 262 000
16 (=) TOTAL INGRESOS NETOS GRAVABLES (REGLÓN 13 - 14- 15)	BE	169 091 000

-fl.248: Formulario de Declaración del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros 2006-2-50196 (Declaración y Pago), correspondiente a los meses de septiembre y octubre del año gravable 2006, en el que la parte actora hace la siguiente declaración:

B. BASE GRAVABLE		
11 TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	BA	2 979 850 000
12 (-) TOTAL INGRESOS OBTENIDOS FUERA DEL DISTRITO	BC	0
13 (=) TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS (REGLÓN 11-12)	BT	2 979 850 000
14 (-) DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	BB	0
15 (-) DEDUCCIONES, EXENCIONES Y ACTIVIDADES NO SUJETAS	BD	2 823 660 000
16 (=) TOTAL INGRESOS NETOS GRAVABLES (REGLÓN 13 - 14- 15)	BE	156 190 000

-fl.249: Formulario de Declaración del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros 2006-2-41021 (Declaración y Pago), correspondiente a los

meses de julio y agosto del año gravable 2006, en el que la parte actora hace la siguiente declaración:

B. BASE GRAVABLE		
11 TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	BA	2 837 070 000
12 (-) TOTAL INGRESOS OBTENIDOS FUERA DEL DISTRITO	BC	0
13 (=) TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS (RENGLÓN 11-12)	BT	2 837 070 000
14 (-) DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	BB	0
15 (-) DEDUCCIONES, EXENCIONES Y ACTIVIDADES NO SUJETAS	BD	2 657 331 000
16 (=) TOTAL INGRESOS NETOS GRAVABLES (RENGLÓN 13 - 14- 15)	BE	179 739 000

-fl.250: Formulario de Declaración del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros 2006-2-32498 (Declaración y Pago), correspondiente a los meses de mayo y junio del año gravable 2006, en el que la parte actora hace la siguiente declaración:

B. BASE GRAVABLE		
11 TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	BA	2 702 819 000
12 (-) TOTAL INGRESOS OBTENIDOS FUERA DEL DISTRITO	BC	0
13 (=) TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS (RENGLÓN 11-12)	BT	2 702 819 000
14 (-) DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	BB	0
15 (-) DEDUCCIONES, EXENCIONES Y ACTIVIDADES NO SUJETAS	BD	2 560 424 000
16 (=) TOTAL INGRESOS NETOS GRAVABLES (RENGLÓN 13 - 14- 15)	BE	142 395 000

-fl.251: Formulario de Declaración del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros 2006-2-17764 (Declaración y Pago), correspondiente a los meses de marzo y abril del año gravable 2006, en el que la parte actora hace la siguiente declaración:

B. BASE GRAVABLE		
11 TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	BA	2 499 515 000
12 (-) TOTAL INGRESOS OBTENIDOS FUERA DEL DISTRITO	BC	0
13 (=) TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS (RENGLÓN 11-12)	BT	2 499 515 000
14 (-) DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	BB	0
15 (-) DEDUCCIONES, EXENCIONES Y ACTIVIDADES NO SUJETAS	BD	2 359 732 000
16 (=) TOTAL INGRESOS NETOS GRAVABLES (RENGLÓN 13 - 14- 15)	BE	139 783 000

-fl.252: Formulario de Declaración del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros 2006-2-11854 (Declaración y Pago), correspondiente a los

meses de enero y febrero del año gravable 2006, en el que la parte actora hace la siguiente declaración:

B. BASE GRAVABLE		
11 TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	BA	2 465 679 000
12 (-) TOTAL INGRESOS OBTENIDOS FUERA DEL DISTRITO	BC	0
13 (=) TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS (RENGLON 11-12)	BT	2 465 679 000
14 (-) DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	BB	0
15 (-) DEDUCCIONES, EXENCIONES Y ACTIVIDADES NO SUJETAS	BD	2 335 684 000
16 (=) TOTAL INGRESOS NETOS GRAVABLES (RENGLÓN 13 - 14- 15)	BE	129 995 000

-fls.275 – 282: Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre la Compañía Obras y Diseños S.A. y la Coopemer, cuyo objeto es el siguiente:

“PRIMERA – OBJETO: COOPEMER de manera autónoma y autogestionaria, se obliga a facilitar a OBRAS Y DISEÑOS S.A., asociados capacitados para que desarrollen los servicios de apoyo, descritos en el Objeto Social del Certificado de Existencia y Representación Legal. Para el cumplimiento del Objeto del presente Convenio, COOPEMER de manera autónoma y autogestionaria se obliga a ejecutar el servicio contratado con los trabajadores vinculados mediante convenio asociativo, no sujeto al régimen laboral ordinario para ningún efecto y para ninguna de las partes. Los trabajadores asociados deben tener los perfiles de aptitud e idoneidad requeridos por OBRAS Y DISEÑOS S.A. para la prestación del servicio. El personal que preste los servicios como trabajadores asociados de COOPEMER a OBRAS Y DISEÑOS S.A., deberá realizar sus labores dentro del horario establecido por COOPEMER, en concordancia con el servicio a prestar y requerido por OBRAS Y DISEÑOS S.A...”

...OCTAVA – VINCULACIÓN: Todo el personal que COOPEMER ponga a disposición de OBRAS Y DISEÑOS S.A. para que realice actividades, oficios o labores determinadas, en pro del cumplimiento del servicio convenido, deberá estar voluntaria y oficialmente vinculado a COOPEMER en su calidad de asociado-trabajador, antes de ser enviado a cumplir su servicio...”

-fls.289 – 294: Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre la Corporación Educativa Colegio Británico de Cartagena y Coopemer, cuyo objeto es el siguiente:

“PRIMERA: OBJETO: LA COOPERATIVA se obliga a prestar para el contratante a través del personal asociado vinculado mediante convenio asociativo, los servicios de apoyo que se encuentran registrados en el anexo N° Uno y en las condiciones específicas de área, de actividad y lugar estipuladas en el mismo anexo N° Uno, que en adelante formará parte integral del presente contrato...”

...QUINTA: Todo el personal que la COOPERATIVA ponga a disposición del CONTRATANTE para que realice actividades, oficios o labores determinadas, deberá estar voluntaria y oficialmente vinculado a la COOPERATIVA en su calidad de trabajador asociado...”

-fls.295 – 301: Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre el Consorcio Coduesa y Coopemer, cuyo objeto es el siguiente:

“PRIMERA – OBJETO: COOPEMER de manera autónoma y autogestionaria, se obliga a facilitar a CODUESA, asociados capacitados para que desarrollen los servicios de apoyo, descritos en el Objeto Social del Certificado de Existencia y Representación Legal. Para el cumplimiento del Objeto del presente Convenio, COOPEMER de manera autónoma y autogestionaria se obliga a ejecutar el servicio contratado con los trabajadores vinculados mediante convenio asociativo, no sujeto al régimen laboral ordinario para ningún efecto y para ninguna de las partes. Los trabajadores asociados deben tener los perfiles de aptitud e idoneidad requeridos por CODUESA para la prestación del servicio. El personal que preste los servicios como trabajadores asociados de COOPEMER a CODUESA, deberá realizar sus labores dentro del horario establecido por COOPEMER, en concordancia con el servicio a prestar y requerido por CODUESA...”

...OCTAVA – VINCULACIÓN: Todo el personal que COOPEMER ponga a disposición de CODUESA para que realice actividades, oficios o labores determinadas, en pro del cumplimiento del servicio convenido, deberá estar

voluntaria y oficialmente vinculado a COOPEMER en su calidad de asociado-trabajador, antes de ser enviado a cumplir su servicio...”

-fls.316 – 317: Acta de Visita 494 de 31 de julio de 2007, suscrita por el señor Roberto Lorduy Escalante, en calidad de Contador Público Grupo Control a la Evasión de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias, en la que deja consignado lo siguiente:

“...Constatando las operaciones económicas de su actividad de servicios se pudo determinar que los ingresos percibidos los maneja por la cuenta 4 de ingresos, de tal forma que el Estando Tributario 041 de 2006, determina que todos los ingresos brutos percibidos por el contribuyente están gravados con el impuesto de Industria y Comercio, por consiguiente el contribuyente es inexacto en la presentación de sus declaraciones de Industria y Comercio por los años gravables de 2004, 2005 y 2006 cuyas diferencias son respectivamente de \$7 896.840.000 año 2004, de \$10.881.188.000 año de 2005 y de \$15.657.093.000 por el año de 2006. para constatar lo anterior se aporta anexo contable de la cuenta de ingresos por los respectivos años así como también fotocopias de las declaraciones de renta.

El contribuyente al momento de firmar el acta de inspección contable y tributaria anotó una observación, que la deducción se ampara en el artículo 102 del Estatuto Tributario Nacional...”

Luego de realizar el análisis del material probatorio, se concluye, que los contratos celebrados por la cooperativa demandante no indican de manera alguna que se hayan apartado de su objeto social, por el contrario, en ellos se hace énfasis que están circunscritos a la actividad descrita en el certificado de existencia y representación de la misma, expedida por la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Aunado a ello, se debe aclarar, que el hecho de que en algunos de éstos contratos se disponga que los asociados-trabajadores deban ser enviados a cumplir el servicio contratados, ello no indica que vayan a desarrollar labores distintas a las estipuladas claramente en el objeto del contrato y del certificado

de existencia y representación legal mencionado y, mucho menos, que vayan a adelantar actividades propias de los terceros contratantes, ya que a juicio de la Sala, es apenas lógica la necesidad de desplazamiento para cumplir el objeto social designado para la cooperativa accionante, que se dirige a prestar servicios en el sector eléctrico, gas domiciliario, acueducto y alcantarillado y telefonía e internet, hecho que obliga a descartar de manera contundente la configuración de los supuestos de hecho previstos en los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006.

Así las cosas, encuentra la Sala, que la parte actora no se desvió de su objeto social en la prestación de los servicios que se señalan en los contratos reseñados, razón por la cual, en virtud de su naturaleza jurídica de cooperativa de trabajo asociado, la base gravable del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros que debía declarar estaba regulada por el artículo 102-3 del Estatuto Tributario, tal como lo hizo, razón por la cual, se debe proceder a declarar la nulidad de los actos demandados y, en consecuencia, ordenar el restablecimiento del derecho en los términos deprecados.

Con respecto a la pretensión consistente en que se condene al Distrito de Cartagena de Indias a reconocer y pagar a favor del actor perjuicios económicos y morales, tal petición será denegada, toda vez que no se encuentran acreditados en el expediente.

Por último, en cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo “...*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 la parte demandada temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos denominados, Resolución 154 de 05 de noviembre de 2008, mediante la cual, se expide una liquidación de revisión y se impone una sanción a la parte actora y, Resolución 231 de 29 de diciembre de 2009, por la cual, se resuelve un recurso de reconsideración interpuesto contra la primera decisión; actos proferidos por el Coordinador Grupo Control a la Evasión de Impuestos y el Secretario de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias, respectivamente, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, DECLARAR que se encuentran en firme las declaraciones privadas presentadas por la sociedad demandante, correspondientes a los períodos 2004, 2005 y 2006 del impuesto de industria y comercio y complementario de avisos y tableros, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR el archivo definitivo del expediente administrativo que contenga el proceso de determinación de los tributos adelantado por la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena de Indias en contra de la parte demandante.

CUARTO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el remanente al demandante si lo hubiere y **ARCHIVAR** el expediente.

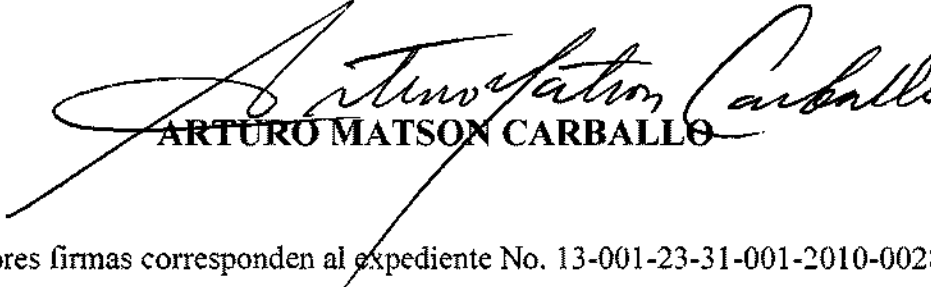
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ALÉXTER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-001-2010-00286-00.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

**E D I C T O N° 0047
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2008-00130-01
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 ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 002

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-33-31-005-2008-00130-01
Demandante : LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO
Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL
Tema : Retiro discrecional – llamamiento a calificar servicio

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1 de noviembre de 2011 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA¹

1. LAS PRETENSIONES

"1. Que es nulo parcialmente el Decreto Presidencial N° 1780 del 21 de mayo del año 2008, acto proferido por el Gobierno Nacional Ministerio de la Defensa Nacional y que fue notificado del día 03 de junio de 2008; donde retira del servicio de la Policía Nacional por llamamiento calificar servicios al señor mayor Luis Evelio Barrios Solano, quien se identifica con la CC N° 17'387.349 de Puerto López (M).

"2. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINIDEFENSA – POLICÍA NACIONAL a reintegrar al servicio activo a mi poderdante sin solución de continuidad, al grado de mayor, y se ordene sea llamado adelantar curso o academia para teniente coronel; es decir, que se ordene su reintegro al servicio activo de la

¹ Folio 2 a 35

Policía Nacional sin perder de vista el grado ni la antigüedad de sus compañeros de curso o promoción.

“3. Como restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar a mi poderdante los dineros dejados de percibir por concepto de salarios desde el momento en que se produjo su retiro de la institución hasta cuando con sentencia ejecutoriada a la accionada se le ordene el reintegro al servicio activo de la Policía Nacional, así mismo, pago de primas, subsidios, aumentos salariales, vacaciones, prestaciones, y demás erogaciones dejadas de percibir con su indexación que en derecho corresponda.

“4. Como restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar a mi poderdante los daños morales por la postración física y anímica sufrida en razón a su intempestivo retiro institucional los cuales se consideran en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“5. Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos descritos en los artículos 176, 177 y 178 del CCA, y se ordene por secretaría expedir la sentencia de acuerdo al artículo 115 del C.P.C.

“6. Se me reconozca personería judicial en el proceso de la referencia.”

2. HECHOS

Los relata de la siguiente manera:

Indica que el demandante ingresó a la Policía Nacional como Cadete, ascendió a Alférez, al terminar el Curso de Formación ingresó como Oficial, con el grado de Subteniente, por tiempo cumplido fue llamado a adelantar el curso de ascenso al grado de Teniente — Capitán y Mayor de vigilancia, grado en el cual fue retirado, cuando prestaba sus servicios en Cartagena, primer y último lugar en donde laboró, y donde tuvo su mejor record profesional y policial, y a la inmediatez del retiro fue calificado como EXCEPCIONAL y SUPERIOR.

Señala que se violó el art. 20, num. 2, lit. f del Decreto Ley 1800 de 2000, al no ser expedida la evaluación parcial ni el procedimiento de agotamiento de vía gubernativa.

Plantea que se violaron los num. 5 y 6 del art. 42 del Dto. Ley 1800 de 14 de septiembre del 2000, que señala que el personal calificado como excepcional o

superior, debe ser tenido en cuenta en los planes de estímulos; y las Sentencias C-525 DE 1995, C-179 de 2006 y T-995 de 2007, al no motivar el acta que profirió la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, la cual tampoco le fue notificada al actor.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

3.1. LAS NORMAS VIOLADAS

El apoderado de la parte demandante estima que la entidad demandada, incurrió en violación de las siguientes disposiciones:

Artículo 22 Decreto Ley 1791 de 2000.

Artículos 3, 4, 20, numeral 2, literal f; del Decreto Ley 1800 de 2000.

Artículos 21, 22, 33, 35 y 42, numeral 5 y 6 de la ley 1800 de 2000.

Artículo 29 de la Constitución Política.

3.2. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora, para sustentar jurídicamente sus pretensiones expone el concepto de la violación de la siguiente forma:

Primer Cargo: Expedición Irregular y Falsa Motivación del Acto – violación del artículo 22 del Decreto No. 1791 de 2000:

Señala que la Junta Asesora no recomendó el retiro, simplemente lo propuso, es decir, no deliberó ni motivó el acta, limitándose a invocar la norma. Lo cual genera la expedición irregular del acto. Trae a colación la Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, M.P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Exp. 5954 de 2005, el 8 de mayo de 2008 y manifiesta que el Acta 001 de enero 30 de 2008 expedida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional no recomendó el retiro del actor, en armonía con los artículos 1, 2, numerales 4 y 3 de la Ley 857 de 2003, pues tal norma prevé que el retiro se produce previa recomendación o concepto de dicha Junta Asesora.

Segundo Cargo: violación a los artículos 3 y 4 del Decreto Ley 1800 de 2000 – Causal de Anulación:

Señala que al accionante no se le tuvieron en cuenta los principios básicos de evaluación, y menos los objetivos, porque no se hizo la respectiva evaluación para

sustentar el retiro, ni dichas normas fueron armonizadas con el artículo 20 *ibídem*, que señala que se debe previo al retiro realizar una evaluación parcial.

Tercer Cargo: Violación al artículo 20, numeral 2, literal f del Decreto Ley 1800 de 2000. Causal de Anulación.

Plantea que se ha violado tal norma, ante la falta de notificación al accionante de la evaluación parcial que se debía realizar previo a su retiro.

Cuarto Cargo: Violación al artículo 21, 22, 33, 34 y 35 del Decreto 1800 de 2000 - Causal de Anulación.

Señala que tales normas son el procedimiento ordinario que debe efectuar la accionada por los uniformados a quienes va a retirar por voluntad del Gobierno Nacional o Dirección General de la Policía Nacional, es decir, si no se cumplió con la Evaluación Parcial del art. 20 *ibídem*, se violan consecuentemente los arts. que se invocan, entre ellos el Indebido Agotamiento de la Vía Gubernativa, toda vez que un evaluado regular para ser retirado, tiene derecho a contradecir lo sugerido por su comandante, lo cual no se efectuó.

Violación al artículo 42, numeral 5 y 6 del Decreto 1800 de 2000

Menciona que el actor debía ser tenido en cuenta para estímulos, pero dicha norma no contempla que el estímulo sea la recomendación de retiro. Relata que el actor tiene calificaciones excepcionales y superiores, por lo que no había reparo para proclamar el retiro. Trae a cuento fallo de mayo 8 de 2003, del H. Consejo de Estado, M.P. Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ, del cual señala que se refiere al estudio de la Hoja de vida y calificaciones de quienes son retirados de la Policía Nacional por facultad discrecional, y destaca que en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, no de los motivos, pues aunque no se exija formalmente la motivación, no quiere decir que carezca de motivos. Por lo cual la hoja de vida en la cual se acredite eficiencia en la prestación del servicio con inmediatez al retiro, no permite decisiones secretas u ocultas, por lo que la administración debe justificar su decisión en otras situaciones, distintas al mejoramiento del servicio.

Quinto Cargo: Expedición Irregular - Abuso de Poder Anulación del Acto de Retiro por ser Juez y parte el Ministro de la Defensa Nacional - artículo 29 de la Constitución Nacional:

Señala que no podía el Ministro de Defensa, participar y presidir la Junta Asesora que recomienda el retiro del actor, y decretar el retiro.

Sexto Cargo: Violación a las sentencias Corte Constitucional C-525 DE 1995, C- 179 de 2006 y T-995 de 2007

Menciona la Ley 857 de 2003, artículos 1 a 4, que contiene el retiro del servicio activo y en forma discrecional de la Policía Nacional para sus integrantes.

La Sentencia C-525 DE 1995, señala que el Comité debe examinar exhaustivamente los cargos que inducen a la separación, la hoja de vida, se hace la recomendación de ser o no retirado de la institución, de todo lo cual se levanta un acta y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. Señala que la accionada no motivó el acta que recomienda su retiro y mucho menos la notificó, lo cual viola el debido proceso.

Pone de presente Sentencia de tutela del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, M.P. Temístocles Ortega Narváez, donde se hace alusión a una vía de hecho administrativa por la falta razones objetivas que avalaron la decisión de retiro del servicio, y la falta de notificación de la misma e indica que la H. Corte Constitucional confirmó dicha sentencia, en el fallo T-995 DE 2007, M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

Indica que en las sentencias C-525 DE 1995 y C-179 de 2006, se refiere a que discrecionalidad no es arbitrariedad. Debe analizarse la hoja de vida, informes de inteligencia, contrainteligencia o del Grupo Anticorrupción, para medir la adecuación de la decisión que se tome, que sea proporcional a los hechos, y luego recomendar el retiro una vez se le haya notificado la decisión y además manifiesta que las recomendaciones de retiro no pueden ser colectivas.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada presentó contestación², señalando que se opone a las pretensiones con fundamento en las siguientes razones:

Como razones de la defensa manifiesta que el acto acusado se basó en los requisitos exigidos por el artículo 55, numeral 2, 57 del Decreto 1791 de 2000, que fija las normas de carrera de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional. Señala que el actor fue llamado a calificar servicios después de 19 años de

² Folio 297 a 303

servicio, cuando la norma pide 15 años para ello, y que el retiro no obedeció a sanción alguna, sino a razones del servicio discrecionales, conforme al procedimiento legal establecido. El espíritu del llamamiento a calificar servicios es permitir la rotación del personal para acceder a los grados superiores, pues es imposible que todos los miembros de la institución lleguen al grado inmediatamente superior, pues las plazas son muy pocas.

Indica que se dio cumplimiento al artículo 22 del Decreto No. 1791 de 2000, en cuanto al concepto de la Junta Asesora, donde se evaluó al accionante, sin que ese sea el único elemento a considerar para llamamiento a calificar servicios.

Señala que el solo hecho que el actor tuviera una excelente hoja de vida no implica fuero de estabilidad especial en el cargo y grado ocupado, ni otorga derecho adquirido para ascender a Brigadier General. Trae a colación la sentencia C-525 DE 1995, que declaró exequible el artículo 11 del Decreto No. 574 de 1995 y ampararía tal aserto.

Como excepción plantea la Ineptitud Sustantiva de la Demanda por falta de individualización de los actos demandados que configuran un acto complejo.

Plantea que el Decreto No. 1780 de 21 de mayo de 2008, mediante el cual se dispone retirar del servicio activo al Mayor LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO, es un acto administrativo complejo, conformado al mismo tiempo previo al concepto emitido en Acta suscrita por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, conforme a los artículos 55, 56, 57, 58, 6y 59 del Decreto No. 1512 de 11 de agosto de 2000, teniendo en cuenta que en dicha acta se sometió a consideración el llamamiento a calificar servicios del actor y al no haber objeción alguna se aprobó el mismo; por lo cual también debió ser demandado lo decidido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.

C. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha primero (1) de noviembre de dos mil once (2011)³ el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, considerando lo siguiente:

“(…)”

En el presente caso, el Despacho considera, que en el acto demandado no hay ausencia de motivación, debido a que éste, es producto de la facultad discrecional del nominador, que está reglada en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo,

³ Folio 367 a 384

que no requería explicar los motivos de la decisión del acto; sino simplemente, cumplir con los requisitos formales establecido en la Ley 853 de 2007, cual era, contar previamente con el Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, acta que como ya quedó establecido, sí reposa en el expediente, resolviendo así el problema jurídico planteado, que nos lleva a que no haya prosperidad por este cargo.

En este orden de ideas, para el Despacho resulta claro que no fueron demostrados los vicios endilgados contra el acto enjuiciado, por lo que se impone denegar las súplicas de la demanda.”

D. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia, tal y como consta a folio 429 a 460, con fundamento en las razones que se transcriben:

“(…)”

La insostenible y rayada retórica para denegar las pretensiones de la demanda, cuando la calificación es superior o excepcional por parte del actor HA DECAIDO EN COLOMBIA; pues la traza jurídica establecida por el Honorable Consejo de Estado reitera una vez mas la desviación de poder por parte de la administración, fallo que debidamente ejecutoriado esta, debe conducir a sus subalternos a la obediencia y al estricta guarda de la línea jurisprudencial, que esta alta corporación enguarda, de la fuente formal ha expresado en esta oportunidad.

Según el artículo 42 de la ley 1800 de 2000, numeral 5, a este policial se le debía tener en cuenta para cualquier evento O ESTIMULO QUE LA DIRECCIÓN DE LA POLICIA NACIONAL iniciara, pero nunca predica, que el estímulo deba ser la recomendación de retiro, incongruente, falaz desde todo punto de vista la actitud desplegada por LA JUNTA ASESORA, SI ESTE JOVEN POLICIAL SE ENCONTRABA EN SU MEJOR ETAPA PRODUCTIVA LABORAL, NO PUEDE A SU TALANTE RECOMEDAR SU RETIRO, LO QUE SE SUSTRAE SIN TEMOR ALGUNO sobre una falsedad ideológica en tal sentido, se nota a todas luces que no tuvo en cuenta las calificaciones y clasificaciones del actor, actitud irrespetuosa y poco ortodoxa desplegada por la junta que recomendó el retiro, llevándole al señor presidente una carta mentirosa, violando la constitución y la ley, ni el mas mínimo asomo de realidad se refleja en su posición

administrativa cuando para el efecto el actor ha debido ser ESTIMULADO COMO EN DERECHO CORRESPONDE.

Se observa con gran precisión, que el numeral 5, del artículo 42, Y NUMERAL 6 del DECRETO LEY 1800 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DEL 2000, norma que dice como sigue:

"5. SUPERIOR. Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional, además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados realiza actividades o hechos sobresalientes. Su calificación se ubica entre 1.001 y 1.200 puntos y su rendimiento oscila entre el 84% y 100%. El personal que sea clasificado en este rango, amerita ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la dirección general de la policía nacional".

6. EXCEPCIONAL: Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional, además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos que tienen trascendencia institucional.

Su calificación está ubicada entre mil doscientos uno (1.201) y mil cuatrocientos (1.400) puntos y su rendimiento es del cien por ciento (100%) en adelante. El personal que sea clasificado en este rango, amerita ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la Dirección General de la Policía Nacional."

"(...)"

Se colige de la brillante HOJA DE VIDA DEL ACTOR Y DE SUS CALIFICACIONES; EN SU TOTALIDAD EXCEPCIONALES Y SUPERIORES; que no hay el mas mínimo reparo para proclamar de manera irregular SU RETIRO por la tan citada FACULTAD DISCRECIONAL, sin llegar a extremos significa, que existe un yerro craso al retirar al actor POR LAS RAZONES DEL SERVICIO, contraria a la realidad fáctica y del desarrollo profesional y personal del actor, violando desde todo punto de vista el artículo 4 de la ley 857 del diciembre 26 de 2003 y decreto ley 1800 de 2000, articulo 42, lo cual genera se anule el acto que se acusa en esta acción.

"

(...)"

Así las cosas, se detecta el YERRO cometido POR EL COMITÉ EVALUADOR contra mi mandante es evidente LA VIA DE HECHO; a pesar de haberse establecido un procedimiento formal por la Corte Constitucional observamos que no se le NOTIFICO EL ACTA DE RETIRO A MI MANDANTE, aquí en punto sé cometió YERRO CONSTITUCIONAL, no se le dio a conocer esta DECISION para que hubiese tenido el derecho de Defenderse de los CARGOS que se le imputaban, sino QUE AL ROMPE Y

SIN NINGÚN MIRAMIENTO LEGAL LE NOTIFICARON, PERO EL RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO, PRESUMIBLEMENTE, CREYERON QUE LO QUE DEBÍAN NOTIFICAR ERA EL RETIRO, PARA ESTOS EVENTOS SE DEBE NOTIFICAR ES LA DECISIÓN.

QUE TOMA LA JUNTA O COMITE o sea, para que en tiempo mi mandante la hubiese podido REPONER O APELAR y tal vez no se le hubiere retirado, así las cosas, no cabe el dubitar para manifestar abiertamente que se Violó el Artículo 29 de La Constitución Nacional y por ende un Derecho Fundamental de mi poderdante.

“(...)”

El actor cuenta con felicitaciones colectivas e individuales y allí mismo se puede observar QUE NO TIENE SANCIONES DISCIPLINARIAS y mucho menos suspensiones del servicio por faltas, de lo cual fuerza colegir, que el retiro da al traste con los fines o móviles del Estado y en punto se desvirtúa con ello la presunción de legalidad del acusado, de tal suerte, que JURÍDICAMENTE no podría decir, QUE EL ACTOR SE DEBE RETIRAR POR LAS RAZONES DEL SERVICIO, esto es, POR EL DESMEJORAMIENTO EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE POLICÍA, CUANDO LAS EVALUACIONES Y CALIFICACIONES QUE SON EXCEPCIONALES Y SUPERIORES DEMUESTRAN TODO LO CONTRARIO, para lo cual se concluye QUE HUBO ABUSO O DESVÍO DE PODER DISCRECIONAL por parte del nominador al efectuar el RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE LA POLICIA NACIONAL, PRESUMO, que más bien la JUNTA tomo una lista de funcionarios y entre ellos el nombre de mi poderdante y PROPUSO EN RECOMENDAR SU RETIRO INSTITUCIONAL sin ningún miramiento legal o fáctico, por lo tanto, abusando de su poder discrecional, para lo cual ruego al despacho tenga probada así esta causal Y SE INVALIDE el ACTO ACUSADO.

“(...)”

E. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

1. DEMANDANTE

Alegó reiterando lo expuesto en el recurso de apelación (folio 556 a 570)

2. DEMANDADO.

Alegó como consta a folio 571 a 574.

3. MINISTERIO PÚBLICO.

Rindió concepto como consta a folio 613 a 618 solicitando se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en los argumentos que transcribe la Sala:

“Esta Procuraduría ha sentado su posición respecto a los límites que posee el nominador, aun tratándose de las Fuerzas Militares, para el retiro de los miembros de los diferentes niveles de la institución castrense, ya fuere por la facultad discrecional o el llamamiento a calificar servicios.

Hemos precisado que de conformidad con el criterio construido por la Corte Constitucional, es necesario motivar el acto de desvinculación, entendiendo por motivación no la simple indicación de las normas que consagran la modalidad de retiro y facultad del nominador para hacerlo, sino las razones que le llevaron a adoptar tal decisión, pues solo así el uniformado desvinculado tendrá la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y controvertir el acto.

Pero si no se le indican los motivos de la decisión se vulnera su debido proceso, puesto que le privan del eficaz ejercicio de defensa. Sin embargo más allá de esa razón, esta Judicial considera que no es acorde con los lineamientos de transparencia, razonabilidad, y proporcionalidad expedir actos sin motivación, máxime cuando ellos implican la afectación de derechos fundamentales como el trabajo.

Por las anteriores razones, somos de la posición que la motivación contenida en el acto acusado no satisface la obligación impuesta por la legislación y la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, debe revocarse la sentencia de primera instancia y accederse a las pretensiones de la demanda.”

III. TRAMITE

1. El 28 de febrero de 2012 se admite el recurso de apelación (folio 502)
2. El 14 de enero de 20123 se corrió traslado para alegar a las partes (folio 536)
3. El 18 de noviembre de 2013 ingresó al Despacho para dictar sentencia (folio 619)

IV. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las demás etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a dictar sentencia de segunda instancia, no sin antes resolver las siguientes cuestiones previas:

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD

El accionante fue notificado del acto acusado el 3 de junio de 2008; La demanda se presentó el 22 de julio de 2008, es decir dentro del término de cuatro meses que establece el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3. ACTO ACUSADO

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

- **Decreto No. 1780 de 21 de mayo 2008**, proferida por el Ministro de Defensa Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicio al señor LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver en este caso, consiste en establecer si el acto administrativo demandado, encontró su fundamento en razones distintas al buen servicio, excediendo la entidad demandada el poder discrecional otorgado por la ley, o si por el contrario, su expedición se ajusta a las normas que contemplan el retiro llamamiento a calificar servicio de los miembros de la Policía Nacional.

Para resolver el problema jurídico planteado, debe la Sala en primer lugar, analizar la normatividad que consagra el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicio de

los miembros de la Policía Nacional, y los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La causal de retiro de retiro "por llamamiento a calificar servicios" se encuentra consagrada para los Oficiales y Sub-oficiales de la Policía Nacional en los artículos 1, 2 numeral 4° y 3 de la Ley 857 de 2003, así:

"ARTÍCULO 1o. RETIRO. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.

El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.

"ARTÍCULO 2o. CAUSALES DE RETIRO. Además de las causales contempladas en el Decreto-ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

- 4. Por llamamiento a calificar servicios.*
- 5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.*
- 6. Por incapacidad académica.*

ARTÍCULO 3o. RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro. (Subraya la Sala)

El Decreto 4433 de 2004, a través del cual, el Gobierno Nacional fijó "el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", que en lo pertinente establece:

"ARTÍCULO 14. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES EN ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia

del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

(...)” (Subraya la Sala)

5.1 sobre los límites a la facultad discrecional en el llamamiento a calificar servicio.

El llamamiento a calificar servicios es una causal de retiro del servicio para uniformados de la Policía Nacional y en general miembros de la Fuerza Pública, la cual se produce en virtud de la facultad discrecional que otorga la ley al gobierno; tal facultad, por regla general se presume ejercida en aras de mejorar el servicio, sin embargo, tiene sus límites y excepciones.

Sobre la facultad discrecional, se reitera que la misma obedece a una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente y expresamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino atenuado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, impidiendo así la existencia de potestades absolutas.

La discrecionalidad implica la necesidad de adoptar una decisión dentro de límites justos y ponderados, encaminado siempre a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos que le sirven de fundamento, se garantice la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

En ese sentido, cuando la ley autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige que tal potestad se desarrolle de conformidad con los fines de la norma que la autoriza y de manera proporcional a los hechos que le sirven de causa, tal como lo establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, el cual consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa,

que consiste en la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional, en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

En ese sentido, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, respecto de los límites de la facultad discrecional en el retiro del servicio de los agentes de la Policía Nacional⁴:

“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida. De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la POLICIA NACIONAL, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas. Como corolario del punto precedente, no se trata de invertir la carga de prueba sino de hacer realidad la noción de presunción de hecho en que se fundamentan los actos discrecionales, toda vez que venía ostentando rasgos similares a la presunción de derecho y que se reflejaban en la dificultad de destruir el supuesto de mejoramiento del servicio”.

En un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado sobre el retiro del servicio activo de los miembros de las Fuerzas Militares por llamamiento a calificar servicios, consideró⁵:

“Considera la Sala que la decisión de retirar del servicio al demandante no sólo no estuvo acorde a los fines previsto en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, esto es, el mejoramiento del servicio, sino que tampoco resultó

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Sentencia de 23 de marzo de 2006, Radicado número 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04) Actor Eduardo Cesar Fula Alfonso, Demandado Policía Nacional

⁵ Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11), M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Acción de nulidad y restablecimiento

proporcional a los hechos que supuestamente le sirvieron de causa dado que, como quedó visto, en la proximidad de su retiro sólo obraban en su hoja de vida anotaciones favorables que daban cuenta de la idoneidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor de Infantería del Ejército Nacional.

Así mismo, debe decirse que la decisión contenida en el acto administrativo acusado no observó los principios que gobiernan a la función pública, artículo 209 de la Constitución Política, en la medida en que el retiro del servicio de un oficial del Ejército Nacional, cuyas calidades personales y profesionales, se repite, son reconocidas por la misma administración no resulta acorde a la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que, como en el caso concreto, no sólo afecta los derechos particulares del señor Mario Alberto Cañas Ortega sino también el interés general de la comunidad, quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a las Fuerzas Militares del país.

Concluye la Sala que en la decisión de retiro del servicio del demandante, se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que, la misma no tuvo por fin el mejoramiento del servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000”.

Los anteriores criterios, permiten a la Sala afirmar que, el retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional que impliquen ejercicio de la facultad discrecional, como es el caso del llamamiento a calificar servicios, debe obedecer a razones del buen servicio, y que si bien formalmente no se exige que se expongan las razones que conllevan a dicho retiro, siempre existirán motivos especiales que conlleven al mismo, y es respecto de estos últimos, que se debe estudiar la legalidad del acto de retiro, de manera que, quede claramente demostrado que el retiro del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional, realmente obedeció a razones del buen servicio.

En ese sentido, para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios de los miembros de la Policía Nacional, la hoja de vida a través de la cual se acredite la excelencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la procedencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la supuesta presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio.

En consecuencia, si la administración, en la hoja de vida del actor, efectuó anotaciones que como se indicó deben ser de contenido excepcional en comparación con la labor normal de eficiencia que le corresponde prestar a todo servidor, debe justificar su decisión en otras situaciones.

Como conclusión, puede afirmar la Sala, que la hoja de vida del demandante sólo servirá como elemento para desvirtuar la presunción de legalidad del acto mediante el

cual se produjo el retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, en la medida en que se hubieren hecho anotaciones que den muestra de las calidades excepcionales del Agente de la Policía Nacional, y que las mismas sean inmediatamente anteriores a la fecha de retiro. Por tanto, si de la hoja de vida se concluye que, quien fue retirado, se dedicaba a cumplir con las funciones propias de su cargo, como lo haría el promedio de sus compañeros, ello no significaría que la facultad discrecional fue ejercida en forma arbitraria por la administración.

6. HECHOS PROBADOS

Del material probatorio obrante en el expediente, y que es relevante para el presente asunto, se concluye:

- Decreto No. 1780 de 20 de mayo de 2008 expedido por el Gobierno Nacional por medio del cual se retira del servicio de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicio al Mayor LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO (folio 238 y 239)
- Acta de Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional No. 003 del 16 de abril de 2008 en la que se aprueba y recomienda por unanimidad retirar del servicio por llamamiento a calificar servicio al señor LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO (folios 240 a 243)
- Acta de notificación de retiro del Mayor LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO calendada con fecha 3 de junio de 2008 (folios 236)
- Evaluación del desempeño policial del señor LUIS EVELIO SOLANO BARRIOS correspondiente al periodo de 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2007 en el que registra una calificación de 1200, superior (folio 51 a 52)
- Formulario de seguimiento del Departamento de Policía de Bolívar del señor LUIS EVELIO BARRIOS SOLANO correspondiente al periodo de 1 de enero de 2007 (Folios al 31 de diciembre de 2007.
- Extracto de la historia laboral del actor en la señala como fecha de ingreso 26 de enero de 1989 y fecha de retiro el 3 de junio de 2008.

De lo anterior se tienen probados los siguientes hechos: i) El actor ingresó a la Policía Nacional el día 26 de enero de 1989 y el retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios que se produjo el 3 de junio de 2008; II) El concepto previo de la Junta

Asesora del Ministerio de la Defensa para la Policía Nacional contenido en el Acta No. No. 003 del 16 de abril de 2008, aprobó y recomendó por unanimidad el retiro del servicio activo al mayor LUIS EVELIO SOLANO BARRIOS; III) El Decreto acusado fue expedido por el Ministro de Defensa y el Presidente de la República en uso de las facultades constitucionales y legales en especial las que le confiere el artículo 1° de la Ley 857 de 2003.

7. ANALISIS DEL CASO

En el presente asunto pretende el demandante que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, retiro que fue fundamentado por la Policía como un llamamiento a calificar servicios, por tener el agente retirado más de 18 años en la institución, es decir acreedor de la asignación de retiro. El demandante manifiesta la falta de motivación del acto acusado, y además que el acto no está inspirado en razones del buen servicio, como quiera que sus calificaciones fueron superiores y excepcionales.

En el presente asunto la Policía Nacional retiró del servicio al actor en aplicación del llamamiento a calificar servicios, disposición que se encuentra normada en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 857 de 2003, ya que el demandante contaba al momento del retiro con más de 18 años en la institución, es decir, tenía derecho a percibir asignación de retiro y fue recomendado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, únicos presupuestos legales para proceder al retiro por llamamiento a calificar servicios, por consiguiente el retiro del actor fue aplicado en legal forma, disposición que a juicio de la Sala no se tomó arbitraria.

Ahora bien para esta Sala el hecho del llamamiento a calificar servicios, por haber cumplido más de 18 años en la institución, acreedor del derecho a percibir asignación de retiro, no constituye per se, la facultad a la institución de desvincular en forma arbitraria al demandante, pues esta Sala es del criterio consistente en que el retiro del servicio de un miembro de la Policía Nacional, por la causal de llamamiento a calificar servicios, debe encontrar su fundamento en causas justificables y pruebas que legitimen tal decisión, pues de lo contrario, dicha medida se tomaría arbitraria y, consecuentemente ilegal, pues es del caso afirmar que, las anotaciones consignadas en la hoja de vida del actor, deben ser de contenido excepcional en comparación con la labor normal de eficiencia que le corresponde prestar a todo servidor, para poder llegar en determinado momento a desvirtuar la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo de desvinculación.

Haciendo un análisis de la hoja de vida del demandante, se tiene que tuvo a lo largo de su carrera un buen desempeño como mayor de la policía, pero no aparece ninguna anotación excepcional próxima a su retiro, por ello no se puede tener como un comportamiento excepcional que le permitan inferir a esta judicatura, que su desvinculación fue injusta o ilegal, pues como se ha analizado en la normatividad aplicable al caso, la Policía Nacional le dio correcta aplicación a la figura de llamamiento a calificar servicio, puesto que el actor contaba con el presupuesto legal de 18 años de servicios y recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, por consiguiente esta corporación no encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

Como se señaló en la jurisprudencia aplicable al caso, la justicia Contencioso Administrativa se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que le concede la ley a las instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional, dentro del cual se enmarca como una especie cualificada de esta el llamamiento a calificar servicios, para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública, no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley, a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercido el llamamiento a calificar servicios para el retiro de miembros de la Fuerza Pública. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida dicha facultad.

En ese sentido, no considera la Sala que, la actuación de la entidad demandada, al expedir el acto administrativo mediante el cual se retiró del servicio al actor por llamamiento a calificar servicios, hubiera tenido un motivo oculto o distinto a las razones del buen servicio, aunque el actor haya tenido un buen desempeño a lo largo de su carrera en la Policía Nacional, pues ese es un deber que tiene todo funcionario.

De otra parte, 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 demandante en este proceso.

En consecuencia, se confirmará por las razones aquí expuestas, la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas.

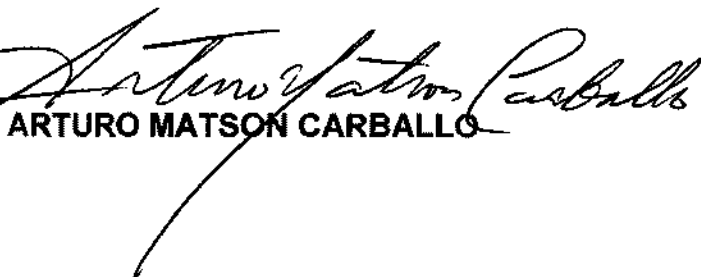
TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

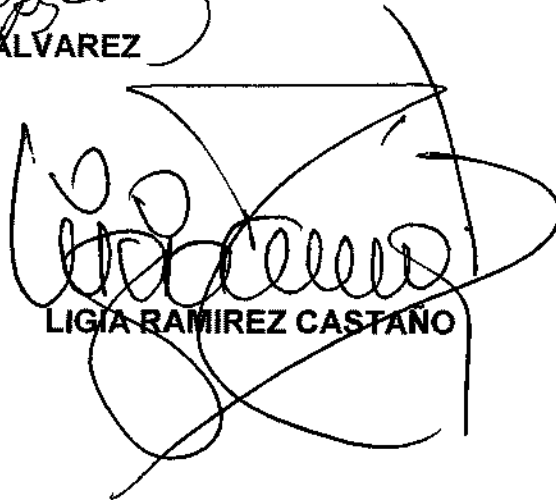
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente 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° 0048
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: S-I-A SUDECO DE COLOMBIA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN-
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2008-00039-01
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

SALA DE DESCONGESTIÓN 002

Cartagena de Indias D.T. y C, veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013)

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-001-2008-00039-01
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : SIA Sudeco de Colombia S.A.
Demandado : Dian

Tema: Infracción Aduanera- Factura Comercial términos Incoterms.

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia del 30 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La sociedad SIA SUDECO DE COLOMBIA S.A., por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES – DIAN, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 01527 de septiembre 18 de 2007 y la No. 002028 de diciembre 05 de 2007, proferida por la División de Liquidación y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Cartagena.

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la DIAN el archivo del proceso de cobro de la sanción impuesta mediante los actos acusados.

Tercero: Que se condene en costas a la parte demandada.

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Narra la demandante que el día 04 de abril de 2005, presentó ante la Administración Local de Aduanas de Barranquilla las declaraciones de importación No. 07480260017948, 851, 955, 883, 876, 869 y 844, soportadas todas con la factura comercial No. 9068 del 22/04/05, con INCOTERMS FOB US Manzanillo, del importador Home Mart S.A.
2. Luego, la DIAN de Barraquilla realizó visita de control posterior a las instalaciones del importador Homemart, y encontró el borrador de la factura No. 9068 del 22 de abril de 2005, la cual no tenía los términos de negociación INCOTERMS; que la Administración Local de Aduanas de Barranquilla, después de iniciar un proceso sancionatorio por estos mismos hechos, decide ordenar el archivo por encontrar que no es la administración competente para sancionar a la demandante y remite las diligencias a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena para que tramite el asunto.
3. Que el día 26 de marzo de 2007, a la actora le fue notificada de un requerimiento especial aduanero en el que se propuso una sanción por supuesta infracción aduanera en el régimen de importación, consistente en la supuesta falta de INCOTERM en las facturas de compra, elemento fundamental sobre el cual la demandante mantiene control absoluto, como se verificó por el empleado encargado; encontrando que, en sus archivos, el original ostenta el término de negociación tal y como lo exige la Resolución 4240 del 2000, y el documento en cuestión relaciona el INCOTERMS FOB MANZANILLO, el mismo que corresponde a la liquidación de otros gastos en las declaraciones de importación, motivo por el cual se opone a la sanción impuesta.
4. Sostiene que el día 18 de septiembre de 2007, la demandante impone sanción por una supuesta falta en la factura comercial consistente en la ausencia del INCOTERMS a través de la Resolución No. 1527 y que es confirmada mediante la Resolución No. 002028 del 05 de diciembre de 2007.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la sociedad accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

Constitucionales: Arts. 29 de la carta política

Legales: Arts. 121, 471, 476, Nral. 2.1 del art. 482 del Dto. 2685 de 1999; Conceptos 123 del 6 de noviembre de 2002 y Concepto 074 del 23 de noviembre de 2003.

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

A continuación se resumen los cargos de violación alegados por la demandante.

- *Violación de los artículos 121, 482 numeral 2.1, 476 del Dto. 2685 de 1999- Indebida interpretación, por falta de aplicación.*

Aduce que la demandada vulnera el numeral 2.1 del artículo 482 del Dto. 2685 de 1999, toda vez que la actora sí tenía al momento de la presentación y aceptación de las declaraciones de importación la factura comercial No. 9068 del 22 de abril de 2005, con el cumplimiento de los requisitos legales, entre ellos el INCOTERMS, tal como lo exige el artículo 121 del mencionado decreto, lo cual se demostró con el hecho según el cual la mayoría de las declaraciones señaladas obtuvieron levante físico, con el cual el inspector de la DIAN tuvo a su vista toda la documentación correspondiente a la operación de importación que poseía la SIA, los mismos que llegaron luego al archivo, y encontró conformidad entre lo declarado y lo contenido en los documentos soportes, otorgando de esta manera al importador la disposición de la mercancía.

Que la omisión en la factura comercial inicialmente obtenida por el importador fue explicada por éste mediante documento que señaló:

"Por medio de la presente dejamos constancia que inicialmente suministramos a nuestra SIA SUDECO DE COLOMBIA LTDA la factura No. 9068 de abril 22 de 2005, sin el término de ICOTERM pero que fueron rechazadas en el trámite previo a la revisión de documentación, motivo por el cual la sociedad procedió a corregirlas junto con los proveedores, incluyendo el término.

Por lo anterior una fotocopia de la factura sin el icoterm permanece en los archivos de HOME MART S.A. en liquidación, pero fue precisamente la revisión diligente del intermediario la que obligó a que se anotara en el texto de los originales los términos de negociación convenidos antes de la presentación y aceptación de las declaraciones de importación..."

Expone que hay violación al principio de legalidad y al artículo 476 del Dto. 2685 de 1999, porque la DIAN sancionó a la actora con el único argumento según el cual en los archivos del importador fue encontrada copia de la factura comercial sin el cumplimiento de los requisitos legales y por esta razón la SIA debía ser sancionada, a pesar que el documento encontrado y aceptado en sus archivos si tenía término ICOTERM, cuya ausencia en la copia del importador motiva esta sanción.

Que la DIAN señaló en la Resolución No. 1527 *"que la SIA debe responder por la inconsistencia entre la copia de la factura encontrada en el archivo del importador y la aportada por la SIA en el proceso"*, hecho que a juicio de la actora no se tipifica como infracción, pues la SIA no puede responder por los documentos que los demás guarden en sus archivos sino por lo que han sido entregados para soportar las operaciones de

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

comercio exterior, el cual como fue demostrado, fue entregado por el importador con el requisito del INCOTERMS previa observación de la SIA y previa presentación de las declaraciones de importación.

Advierte la actora que se deben valorar el concepto No. 080883 del 23 de noviembre de 2004, en el que la DIAN, manifestó: *“que no es procedente la sanción que aquí pretende aplicamos cuando se acredita mediante certificación de quien expide el documento los correctivos los supuestos errores y además con ello no se afectan los tributos aduaneros. Es decir, según el libelista, la DIAN hace eco a la prevalencia de los sustantivo a lo meramente formal o procesal, es decir, si no existe lesión al fisco los errores de la factura u omisión son saneables, y aunque no sea el caso de la demandante, pero lo que si asegura es que se está ante un error formal que según el concepto es susceptible de sanearse.*

- *Violación al principio de justicia, al artículo 471 del Dto. 2685 de 1999, al debido proceso artículo 29 de la Constitución Política; al Concepto No. 123 de noviembre 06 de 2002 y Concepto No. 074 de noviembre 23 de 2002.*

Alega que la demandada no tiene en cuenta el artículo 2 del Dto. 2685 de 1999, toda vez que le exige a la SIA que controle la negociación entre el proveedor en el exterior y el importador a fin de evitar que estos cometan errores en la factura comercial aunque esta sea corregida antes de la presentación y aceptación de la declaración de importación, exigencia contraria al espíritu del régimen sancionatorio aduanero y aun concretamente al artículo 482 numeral 2.1 del decreto referenciado.

Que se viola el artículo 471 ibídem y al debido proceso, por cuanto no se tuvo en cuenta para tomar la decisión la copia auténtica de la factura que reposa en sus archivos, ni la comunicación emitida por el proveedor donde consta que la factura aportada obedece a la emitida por ellos, ni aún la actuación de la Dian que otorgó el levante a las declaraciones por encontrar conforme los documentos soporte que tuvo a la vista por haber sido el levante físico, sino por el contrario solo se tuvo en cuenta una factura obtenida en los archivos del importador, que no es documento soporte de la operación de comercio exterior y que además como lo ha declarado el importador y el proveedor en el exterior, corresponden a un factura anterior a la original.

Finalmente agrega contra los argumentos de los actos acusados, que se discute es la factura comercial soporte de la operación que reposa en los archivos de la SIA, que si cumple con los requisitos señalados en la normatividad aduanera y aunque no concuerda con la copia de la factura que fue encontrada en los archivos del importador, si guarda absoluta coherencia y autenticidad con la factura expedida por el proveedor en el exterior tal como este lo ratifica mediante comunicación de septiembre 21 de 2007 que reposa en el expediente y lo más importante refleja la verdad del proceso financiero y de la realidad de la operación de comercio exterior.

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Básicamente sostiene la DIAN que para la administración aduanera no es claro como el importador y el proveedor en el exterior tienen unas facturas con una información y la SIA que actúa como declarante tiene las mismas facturas con otra información.

Que existe duda acerca de los términos reales de la negociación de las mercancías sometidas a importación por cuanto una cosa dicen los negociantes (importador y proveedor en el exterior) y otra cosa está diciendo la SIA que actuó como declarante.

Que la Dian no está exigiendo a la SIA que responda por la documentación que se haya en manos del importador sino por la veracidad y exactitud de toda la información contenida en las declaraciones de importación que sean signadas por ella, en este caso el cumplimiento de uno de los requisitos exigidos en el numeral 7 del artículo 188 de la Resolución No. 4240 de 2000.

Expone que el Concepto No. 44 de 2001, cuando explica en donde radica su importancia plantea que la factura comercial debe plantear las condiciones reales de una negociación, siendo los incoterms una forma práctica de expresarlas lo que puede tener consecuencias a la hora de realizar la operación de comercio exterior en el país respectivo.

Que dentro del expediente administrativo se hizo una valoración razonada de las pruebas practicadas y no como pretende hacer ver el demandante que se trató de un acto caprichoso de la administración el imponer la sanción a la SIA, violatorio por demás del artículo 187 del C.P.C. aplicable supletivamente en estos casos.

Señala que la DIAN analizó las pruebas practicadas en su conjunto y determinó que las facturas presentadas con las declaraciones de importación analizadas no reunían los requisitos legales, ahora bien la demandada tipificó la conducta de la actora con base en lo dispuesto en el artículo 482 del Dto. 2685 de 1999.

Que las pruebas son contundentes al dejar entrever que no hay claridad sobre los términos en que se realizó la negociación entre el importador y el proveedor en el exterior, lo que constituye razón suficiente para sancionar a la SIA.

Finalmente manifiesta que el Concepto No. 074 del 23/11/2004 exige el cumplimiento de un requisito que quien expidió la factura aclare las supuestas inexactitudes y omisiones mediante certificación, pruebas extrañada dentro del proceso administrativo, lo que daría al traste con la aplicación del mencionado concepto.

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S A
Ddo: DIAN.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendada 30 de mayo de 2012, concedió las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Señaló el operador jurídico, que no se configuraron los elementos estructurales establecidos en la falta que se le endosa a la sociedad actora que consiste en no presentar el original del documento o que el mismo no cumpla con los requisitos exigidos, puesto que la demandante al ser requerida por la DIAN sí tenía en su poder las facturas comerciales con su respectiva constancia del término de negociación según las normas INCOTERMS tal como se observa en la misma factura, razón por la cual no debió ser sancionado.

Que en lo que atañe a la inconsistencia existente entre las copias de las facturas encontradas en los archivos del importador las cuales no contaban con los términos de negociación y los originales que reposaban en los archivos del declarante (SIA); consideró el *a quo* que si la DIAN hubiese analizado en conjunto la totalidad de las pruebas recaudadas habría concluido que tal situación se debió precisamente a que durante el trámite previo a la presentación y aceptación de la declaración de importación, la SIA cumpliendo los deberes que le corresponde rechazó las facturas presentadas por el importador que no cumplían con el requisito de consignar los términos de negociación según las normas INCOTERMS y fue con base en esta actuación que está última procedió a realizar la corrección.

Que el contenido del numeral 2.1 del artículo 482 del Dto. 2685 de 1999 debe aplicarse teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones en cabeza de las SIA y sus límites de responsabilidad, que en el caso concreto se materializa con que las facturas comerciales tengan los término de negociación Incoterms. (fl. 1010-1023)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, señalando:

Expone que la juez de primera instancia, olvida en su decisión que la importación de mercancías obedece a una previa negociación entre un proveedor que se encuentra fuera del territorio nacional y es quien vende entregando un documento en este caso la factura comercial en la que figura entre otros la cantidad y el tipo de mercancía que es objeto de transacción.

Que la factura que expide el proveedor del exterior debe coincidir y ser la misma que soporta la operación de comercio exterior, en este caso se encuentra que esa factura del

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

proveedor del exterior es igual a la encontrada en los archivos del importador, la cual no cumple con los requisitos legales.

Que el juzgado no puede concluir que el declarante corrigió la factura comercial presentada por el importador antes de presentar las declaraciones de importación porque en la misma no se consignaron los términos de negociación INCOTERMS.

Que la factura comercial originaria de la operación de comercio exterior no fue corregida, ya que está demostrado que la factura encontrada en los archivos del importador fue la que soportó la importación de las mercancías.

Finalmente señala la recurrente que la juez vulneró el principio de la sentencia congruente y justicia rogada, ya que para anular los actos acusados tiene en cuenta un fundamento que no fue citado en la demanda como violado, inaplicado ni como indebidamente interpretado, esto es la juez manifiesta que la DIAN no valoró en su conjunto las pruebas recaudadas. (fl. 1025-1030)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante.

Solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (fl. 1046-1048)

Parte demandada.

Se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso. (fl. 1052-1053)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 26 de septiembre de 2012, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. (fl. 1043)

Luego, por auto del 25 de enero de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 1045)

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, entra a Sala el expediente para resolver de fondo el proceso de referencia.

Rad 001-2008-00039-01
Dte. SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante el cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 01527 del 18 de septiembre de 2007, por la cual se impone una sanción a la demandante.
- Resolución No. 002028 de diciembre 05 de 2007, a través de la cual se resuelve el recurso de reconsideración que confirma la decisión inicial. Todas ellas proferidas por la entidad demandada.

Caducidad.

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. 00002028 del 05 de diciembre de 2007, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la actora, quedó ejecutoriada el día 11 de diciembre de 2007 (fl. 536 Cdo. No. 2) y la demanda se impetró el día 14 de marzo de 2008; es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Problema Jurídico.

¿Es procedente que la DIAN imponga una sanción al declarante por concluir que la factura no contiene los requisitos legales con base en la documentación encontrada en los archivos del importador y no en los de la SIA declarante?

Para dar respuesta a lo anterior, la Sala advierte que la autoridad aduanera a través de los actos acusados ordenó imponer sanción administrativa a la entidad actora, como quiera que al parecer la factura comercial que presentó junto con las declaraciones de importación no cumplen con lo dispuesto en el numeral 2.1 del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, en armonía con lo preceptuado en el numeral 7º del inciso 2º del artículo 188 de la Resolución 4240 de 2000.

En ese orden el Tribunal en primer lugar traerá a colación la normatividad aplicable al caso, seguidamente destacara el acervo probatorio pertinente para resolver la controversia y finalmente se adentrara al estudio del caso concreto.

Rad: 001-2008-00039-01
Dte. SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

Marco Normativo.

El artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, describe una serie de documentos que debe conservar de manera obligatoria el declarante antes de la presentación y aceptación de la declaración por un término de cinco (5) años, así mismo deberá ponerlos a disposición de la autoridad aduanera, cuando ésta así lo requiera.

En efecto señala la norma que entre los documentos soportes de la declaración de importación y que deben conservarse, se encuentra la Factura comercial, cuando hubiere lugar ella.

A su turno, el artículo 188 de la Resolución 4240 de 2000, expedida por la Directora General de Impuestos y Aduanas Nacionales, reguló las condiciones contenidas en la factura comercial en el siguiente tenor:

"Artículo 188°. Requisitos de la factura comercial. La factura comercial a que se refiere el literal b) del artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, debe ser un documento original expedido por el vendedor o proveedor de la mercancía, no debe presentar borrones, enmendaduras o adulteraciones.

De conformidad con "las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios" contenida en la Publicación 500 de la Cámara de Comercio Internacional, la factura comercial que debe presentar el importador de una mercancía contendrá como mínimo los siguientes datos:

- 1. Fecha de expedición.*
- 2. Nombre y dirección del vendedor.*
- 3. Nombre del comprador.*
- 4. Descripción de la mercancía.*
- 5. Cantidad y precio a pagar por la mercancía objeto de negociación.*
- 6. Moneda de la negociación. Indicar, por ejemplo, si se trata de Dólares de los Estados Unidos, liras italianas o yenes.*
- 7. Condiciones de entrega de la mercancía, de conformidad con los Términos Comerciales Internacionales "INCOTERMS", establecidos por la Cámara de Comercio Internacional.*

Las facturas electrónicas deben cumplir, además, con la certificación de la firma electrónica.

De faltar alguno de los requisitos indicados, la autoridad aduanera procederá según lo establecido en el numeral 2 del artículo 172 de esta Resolución."

De otro lado en Concepto No. 074 del 23 de noviembre de 2004, División Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales señaló que; "No es procedente aplicar sanción por error en la factura comercial cuando en el proceso de control posterior o en

Rad: 001-2008-00039-01
Dte. SIA Sudeco S.A.
Ddo. DIAN.

la actuación administrativa iniciada con ocasión del mismo, se acredita certificación de quien expide el documento aclarando las inexactitudes u omisiones.

No obstante a lo señalado en este concepto, el declarante en el caso particular, que presente la factura comercial sin el cumplimiento de los requisitos que dispone la norma aduanera, incurre en infracción y en consecuencia sanción aduanera por el incumplimiento del régimen de importación. Veamos:

“Artículo 482. Infracción aduanera de los declarantes en el régimen de importación y sanciones aplicables: las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los declarantes del régimen de importación y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

2. Graves:

2.1 No tener al momento de la presentación y aceptación de la Declaración de Importación de las mercancías, los documentos soporte requeridos en el artículo 121 de este decreto para su despacho, o que los documentos no reúnan los requisitos legales, o no se encuentren vigentes.

La sanción aplicable será de multa equivalente al quince por ciento (15%) del valor FOB de la mercancía...”

En esa medida de las normas descritas y lo resaltado en ellas, se advierte que la factura comercial que se suscriba entre el vendedor y el comprador durante el proceso de importación debe contener los términos de negociación, es decir, los términos comerciales internacionales “Incoterms dado que así lo exige la norma aduanera y la omisión de este requisito acarrea sanciones para quien presenta la declaración de importación.

Ahora bien sobre los términos Incoterms, resulta pertinente señalar que éstos son un conjunto de reglas internacionales, regidos por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional; en ellos se determinan:

- ✓ El alcance del precio.
- ✓ En qué momento y dónde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercadería del vendedor hacia el comprador.
- ✓ El lugar de entrega de la mercadería.
- ✓ Quién contrata y paga el transporte
- ✓ Quién contrata y paga el seguro
- ✓ Qué documentos tramita cada parte y su costo.

Rad. 001-2008-00039-01
Dte. SIA Sudeco S.A
Ddo. DIAN.

Lo probado.

Con base en el acápite anterior la Sala destaca como elementos fundantes para resolver esta contienda los siguientes documentos:

- Milita a folios 354 a 356, copia de la factura comercial No. 009068 expedida por Euro Hogar S.A, quien para todos los efectos legales resulta ser el vendedor de la mercancía que ingreso al país, cuyo comprador es Home Mart (importador) y que al parecer fue declarada por la sociedad actora, pero ésta no tiene los términos de negociación Incoterms.

Pues en este caso la referida factura fue la que presentó el importador al momento de la visita que realizó la autoridad aduanera antes sus instalaciones.

- Reposo igualmente **copia auténtica de la Factura Comercial No. 09068** del 22 de abril de 2005 allegada en este caso por el declarante, en respuesta al requerimiento presentado ante la demandada, donde se establece los términos de negociación de la mercancía (FOB US Manzanillo) y el precio de la misma. (fl. 409-411 Cdn. 2)
- A folio 425 -428 Cdn. 2, se aprecia el certificado expedido por el importador Home Mart de fecha 10 de julio de 2007, en el que **certifica** que la factura en mención se negoció en términos FOB Manzanillo el día 22 de abril de 2005.
- Allega la parte actora en sede administrativa copia auténtica (apostillada) de la **certificación** de la sociedad Euro Hogar de fecha 20 de septiembre de 2007, donde certifica que *"las condiciones de negociación amparadas con la factura No. 9068 del 22 de abril del 2005, fueron FOB Panamá – Manzanillo"* y copia autenticada de la factura No. 9068 (fl. 477-482).
- Milita a folio 489, acta de inspección No. 0225005100009811 efectuada por la DIAN, en el que autoriza el levante de la mercancía.

Análisis del Caso.

En el sub lite, el juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que la SIA Sudeco de Colombia S.A., sí tenía en su poder las facturas comerciales con su respectiva constancia del término de negociación según las normas Incoterms.

Agrega frente a las inconsistencias existentes entre las copias de las facturas encontradas, que la DIAN debió analizar en su conjunto la totalidad de las pruebas recaudadas para que hubiese concluido que se debió precisamente a que durante el trámite previo a la presentación y aceptación de la declaración de importación, la SIA cumpliendo con sus deberes rechazó las facturas presentadas por el importador que no

Rad: 001-2008-00039-01
Dte. SIA Sudeco S.A
Ddo: DIAN.

cumplía con el requisito de consignar los términos de negociación según las normas Incoterms.

Por su parte, la entidad demandada recurre dicha decisión porque considera que la factura comercial presentada en las declaraciones de importación no se consignaron los términos de negociación de referencia; además afirma que la factura comercial originaria de la operación no fue corregida, ya que se demostró que la factura encontrada en los archivos del importador fue la que soportó la importación de las mercancías.

Así mismo, alega que existe violación del principio de sentencia congruente y justicia rogada, dado que a su juicio el juez señaló como fundamento que no fue citado; *“que la DIAN no valoró en su conjunto las pruebas recaudadas”*.

La Sala de acuerdo a la posición esgrimida por cada una de las partes y dando respuesta al problema jurídico planteado realiza el siguiente análisis:

Observa esta judicatura que en sede administrativa la parte actora en su recurso de reconsideración presentó ante la autoridad aduanera copia auténtica – apostillada de la factura comercial No. 09068 del 22 de abril de 2005, el certificado de fecha 20 de septiembre de 2007, expedida por la Sociedad Euro Hogar, donde esta última certifica que la mencionada factura se dio en las condiciones de negociación Incoterms, dado que se indicó que fueron FOB Panamá – Manzanillo.

Sin embargo, frente a estos documentos la entidad aduanera no efectuó pronunciamiento alguno, pese a que previamente mediante oficio No. DIFIS 048^a070 del 15 de mayo de 2007, la demandada oficio al Grupo Rilo e Intercambio de Información para que recaudara esta prueba, la cual nunca dio respuesta a dicho requerimiento; por lo que en vista de ello, la actora por sus propios medios allega los mencionados documentos que no terminan siendo valorados por la demandada.

Ahora bien, a lo largo de toda la actuación administrativa ha quedado claro que la sociedad demandante al momento de dar respuesta al requerimiento efectuado por la DIAN, expuso siempre que la factura comercial No. 09068 del 22/04/2005 que reposa en sus archivos y además presentó en la declaración de importación, contenía los términos de negociación Incoterms, pues así lo prueba con los documentos allegados al proceso.

Cabe agregar que la Sala no pierde de vista la copia simple de la factura presentada y exhibida inicialmente por el importador cuando recibió la visita por parte de la autoridad aduanera, la cual no contiene los términos de negociación de la mercancía importada, pero certifica con posterioridad que dicha factura si fue negociada en los términos de referencia.

En ese orden de ideas y atendiendo la formalidad de cada uno de los documentos allegados al proceso, esta Corporación sin lugar a dudas encuentra que la factura

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

comercial presentada por la entidad demandada goza de toda validez dado que la misma, además de haber sido presentada en copia auténtica, fue avalada igualmente por el importador – Home Mart al momento de presentar el correspondiente certificado de fecha 10 de julio de 2007. Así mismo, su legalidad encuentra soporte aun más con el certificado expedido por el vendedor o proveedor de la mercancía importada en este caso Euro Hogar S.A. que aporta y certifica los términos de negociación que se fijaron en la mencionada factura, la cual guarda total armonía con los documentos presentado por la sociedad demandante.

En esa medida, observa la Sala que si la mayoría de los documentos presentados por la actora durante la actuación administrativa corrobora la información presentada por ésta, resulta pertinente, bajo el principio constitucional de la buena fe, tener certeza de que la factura comercial No. 09068 del 22 de abril de 2005, se suscribió en los términos comerciales internacionales “Incoterms”, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional y en consecuencia no era posible concluir que se incurrió por parte de la demandante en la infracción aduanera señalada en los actos acusados.

Aunado a ello, conviene recalcar que la autoridad aduanera en sede administrativa pudiendo hacerlo, no emitió pronunciamiento alguno frente a los documentos aportados por la actora antes de resolver el recurso de reconsideración, pues en ese orden como bien lo estimó la juez de primera instancia hubiese podido valorar mejor las pruebas aportadas al proceso, pues en ningún momento ha desconocido la validez de estos documentos y por el contrario guardó silencio desconociendo lo preceptuado en el Concepto No. 074 del 23 de noviembre de 2004, que señaló entre otros argumentos que; *“No es procedente aplicar sanción por error en la factura comercial cuando en el proceso de control posterior o en la actuación administrativa iniciada con ocasión del mismo, se acredita certificación de quien expide el documento aclarando las inexactitudes u omisiones.*

Llama la atención de la Sala, la actuación de la demandada que durante el proceso administrativo, aplicó la sanción aduanera a la actora, únicamente con el argumento de que la copia de factura comercial presentada por el importador no tiene señalados los términos de negociación, pero pierde de vista y sin fundamento jurídico la copia auténtica de la factura presentada por el declarante, el certificado del importador, el certificado del vendedor (Euro Hogar S.A.) y la factura reconocida de ésta última entidad, aportada por la actora, trasgrediendo así el derecho a la defensa y debido proceso de la actora como quiera que desconoció las pruebas y los argumentos alegados por ésta en sede administrativa, lo que a toda luz desbordó lo dispuesto en el ordenamiento legal.

En ese sentido, advertida la anterior situación y como quiera que no existe manto de duda sobre las pruebas allegadas al proceso, esta Sala de Decisión considera que los cargos formulados por la parte recurrente no están llamados a prosperar en razón de que no desvirtuaron los argumentos expuestos por el *A quo* en su sentencia, siendo por ello ineludible confirmar la sentencia de primera instancia.

Rad: 001-2008-00039-01
Dte: SIA Sudeco S.A.
Ddo: DIAN.

De otro lado la Sala no condenará en costas en esta instancia, 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, al asumir una conducta que obedece única y exclusivamente al ejercicio de su derecho de defensa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.


TERCERO: Reconocer personería al Dr. Juan Gabriel Herrera Chico, como apoderado de la DIAN según los efectos del poder conferido.

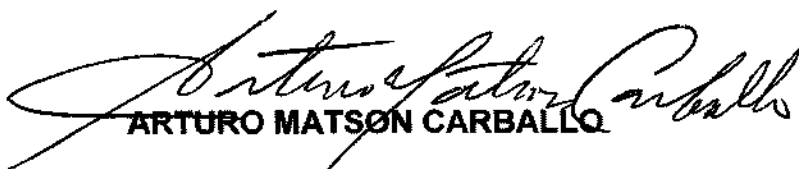
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

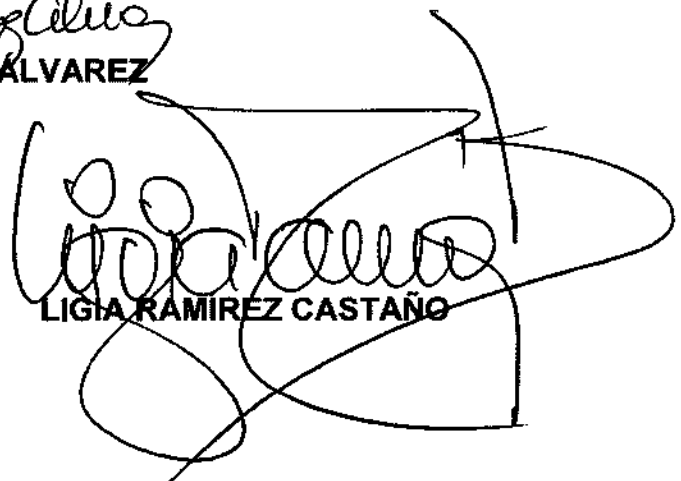
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala 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° 0049
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ALMACEN DE RODAMIENTOS S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN-
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2007-00036-01
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 DECISION 002
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias, D. T. y C., veintinueve (29) noviembre dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente : **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Clase de Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicación : **13-001-33-31-012-2007-00036-01**
Demandante : **ALMACÉN DE RODAMIENTO S.A.**
Demandado : **U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES -DIAN.**

Tema :

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fehadieciséis (16) de Noviembre de dos mil once (2011, por medio de la cual el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

La Sociedad ALMACÉN RODAMIENTO S.A., a través de apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra La U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, con el fin de que se declare lo siguiente:

PRETENSIONES.

Como pretensiones el demandante solicitó:

***"PRIMERA:** Se declare la nulidad de las resoluciones No. 1298 de mayo 17 de 2006, la No. 2404 de octubre 13 de 2006 y No. 0054 de enero 12 de 2007, todas expedidas por la División de Liquidación y el Despacho del Administrador Especial de Aduanas de Cartagena respectivamente, por cuanto se profirieron violando normas legales,*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

situación que implica que los actos administrativos demandados sean ilegales y por tanto no tengan validez.

SEGUNDA: *Como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca en su derecho a la Sociedad ALMACÉN DE RODAMIENTOS S.A., con Nit. 890907841-0, y por lo tanto se exonere a mi representada de un supuesto incumplimiento y como consecuencia de ello, se impida hacer efectiva la garantía contenida en la póliza No. 0556505797 expedida por la compañía aseguradora Seguros del Estado S.A. por no haberse incumplido una obligación aduanera.*

TERCERA: *Solicito se condene en costas del proceso a la Unidad Administrativa Especial U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.*

CUARTA: *Se ordene suspender el proceso administrativo de incumplimiento y efectividad de una garantía y el consecuente proceso de cobro fiscal adelantado por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, contra la aseguradora y mi representada, mientras se desarrolla y finaliza este proceso.*

QUINTA: *Se vincule a este proceso en calidad de litisconsorte, a la Sociedad SEGUROS CONFIANZA S.A, identificada con el Nit.860.070.374-9,..."*

HECHOS

"1) Mi representada a través de su transportador introdujo por lugar habilitado del territorio Nacional una mercancía para labores propias de su objeto social. En dichos trámites de ingreso, básicamente en la presentación de los documentos hijos o contratos de transporte consolidados el Agente de Carga, sujeto independiente a esta compañía, por un acto de fuerza mayor (perdida del suministro de energía) vio imposibilitada la digitación y transmisión de los documentos dentro del término previsto, sufriendo un atraso de tan solo seis (6) minutos en la hora de corte del sistema, motivo por el cual la Administración de Cartagena decide ilegalmente aprehender y decomisar nuestra mercancía. Así las cosas y a pesar de las contundentes pruebas a favor del transportador, la Administración de Cartagena decomisa a su favor la mercancía.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

2) *En desarrollo del proceso administrativo para el decomiso, tal y como lo permite el actual estatuto (Art. 233 del Decreto 2685 de 1999) la mercancía fue puesta a disposición de mi representada y retirada por haberse constituido una garantía en reemplazo de la aprehensión y a favor de la DIAN.*

3) *Posteriormente la División de Fiscalización mediante Resolución No 02383 de noviembre 28 de 2005, decomisa a favor del Estado la mercancía. Esta decisión es confirmada por la División Jurídica de la Administración mediante la resolución No 0670 de marzo 15 de 2006. Estos actos administrativos fueron demandados ante lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la acción prevista en el Artículo 85 del CCA, y al momento el Honorable Tribunal admitió la demanda con radicación No 2006-0773, Juez Tercero Administrativo de Cartagena.*

4) *Con oficio No. 000088 del 30 de enero de 2006, la División de Comercialización solicita poner a disposición de la DIAN la mercancía objeto de decomiso administrativo y retirada en su momento por mi poderdante al haber constituido póliza en reemplazo de aprehensión. Al mencionado oficio mi representada dio respuesta dentro del término señalado en el mismo, recordando a la Administración que la resolución no estaba ejecutoriada pues cursaba contra ella un recurso de apelación. Así las cosas esta División profiere nuevamente oficio requiriendo la entrega, el No 00477 del 11 de abril de 2006, el cual es respondido oportunamente por mi representada mediante el escrito del 9 de mayo y en donde solicitamos a la División de Comercialización señale los términos de transporte y almacenamiento para una mercancía que se encuentra en Medellín a disposición de la autoridad aduanera.*

5) *De esta manera, y de modo unilateral, la División de Liquidación aduanera, sin más pronunciamientos el 17 de mayo de 2006, profiere resolución en donde resuelve el recurso de reposición señalando que no entiende lo solicitado por el usuario en cuanto a términos y condiciones para la entrega, y que el verbo entregar y disponer es lo mismo para ella. Se surte el trámite ante la División Jurídica, contestando mediante resolución No 0054 del 12 de enero de 2007, y en donde ese Despacho confirma las afirmaciones hechas por la División de Liquidación, pero advierte tajantemente que no existen términos ni procedimientos para que se efectúe una entrega. Que disponer es entregar, y que no interesa la coexistencia de dos o más procesos por el mismo hecho*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

cuyas decisiones vinculan o afectan al usuario. Esta última resolución fue notificada el día 18 de enero de 2007.”

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Normas violadas

La parte actora invoca como fundamentos de derechos las siguientes disposiciones:

- Artículo 29 de la Constitución Nacional.
- Artículo 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 503 de la Resolución 4240 de 2000, reglamentaria del Decreto 2685 de 1999.

Concepto de la violación

El concepto de violación expuesto en la demanda (ffs. 7 a 13) se circunscribe a los siguientes puntos:

Considera la demandante que se han violado los Artículos 62 y 64 del C.C.A. por indebida aplicación y falsa motivación, de igual manera el Artículos 29 de la C.N. por violación al debido proceso por falta de aplicación de los procesos señalados por la propia administración para poner a disposición una mercancía. Las resoluciones demandadas violan flagrantemente las normas citadas porque por un lado exigen la entrega de una mercancía decomisada ignorando la complejidad de la operación trasladándola desde otra ciudad, La DIAN pretende que poner a disposición la mercancía es un acto que no tiene ninguna característica especial, es decir, la sola palabra poner a disposición lo insinúa todo.

Considera que la interpretación que se hace de los artículos citados, adolece de un formalismo y rigorismo exagerado y excesivo, porque olvida la administración aduanera de la realidad existente en la ejecución a cabalidad de la operación aduanera de poner a disposición una mercancía, tampoco se tiene en cuenta el grave perjuicio económico que se causa al usuario aduanero al pretender entregar algo cuyo decomiso se está cuestionando.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Por otro lado, alega el apoderado de la demandante que no había y no existe motivo para que la autoridad administrativa se haya negado a acoger la solicitud de la sociedad Almacén Rodamientos S.A., citando para reforzar su posición, sus propios conceptos que no hacen otra cosa diferente a afirmar que se debe poner a disposición, limitándose a señalar como plazo a partir del cual se tiene que entregar la carga, la fecha en que el acto administrativo que ordena el decomiso queda en firme. La DIAN en sus procedimientos y modos de satisfacer las obligaciones es exageradamente ritualista y formal.

Agrega que existe además una violación al Artículo 503 de la Resolución 4240 de 2000 reglamentaria del Decreto 2684 de 1999 por falta de aplicación y falsa motivación, pues el procedimiento seguido por la DIAN de Cartagena no está conforme con lo establecido en la norma citada. Básicamente el vicio consiste en que el oficio enviado por la División de Comercialización fue contestado oportunamente solicitando fijar un plazo prudencial para reunir la mercancía y de esta manera ejecutar la orden proferida por la entidad demandada. De ello se deduce claramente que el usuario en calidad de deudor estuvo dispuesto a entregar, pero la DIAN en calidad de acreedor no estuvo dispuesta a recibir porque la respuesta que esta dio al oficio del importador fue la Resolución de incumplimiento, negándole cualquier posibilidad de satisfacer la obligación. No existe ningún procedimiento previsto, prueba que pueda presentar la DIAN y en donde se deduzca que la demandante se negó a poner a disposición la mercancía.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.(fls. 50 al 55)

Revisada la actuación, la parte accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones solicitando no acceder a ellas por improcedentes.

Señala el apoderado de la entidad demandada que resulta preciso aclarar que la constitución de la garantía en reemplazo de la aprehensión no es una actuación procesal obligatoria, sino que es una opción del importador de llevarse la mercancía a la cual se le está definiendo la situación jurídica previa constitución de una póliza cuyo objeto es garantizar que una vez definida la situación jurídica de la mercancía, si se declara el decomiso de la misma, esta debe ser puesta a disposición de la DIAN so pena de hacerla efectiva.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Es decir, el accionante sabía que una vez en firme el decomiso, nacía la obligación de poner a disposición la mercancía retirada precisamente porque este es el objeto de la garantía, sin embargo, niega poner a disposición la mercancía decomisada aparentando desconocer el procedimiento para entregar la mercancía a la DIAN.

2. SENTENCIA IMPUGNADA (fls. 231 al 240).

El Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha dieciséis (16) de Noviembre de dos mil once (2011), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no se demostró la ilegalidad de los actos acusados por haber sido motivados falsamente, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

También manifiesto el *a quo*, que del material probatorio aportado al expediente, se ha podido determinar que la entidad demandada dio cabal cumplimiento a los procedimientos antes enunciados y estando en firme el acto que decretaba el decomiso de la mercancía, conminó en dos oportunidades a la Sociedad demandante a fin de que cumpliera con la obligación de colocar de manera inmediata a disposición la mercancía objeto del decomiso so pena de hacer efectiva la garantía, obligación que no fue cumplida por la accionante so pretexto de que no se habían señalado los procedimientos ni las condiciones en que debía ser ejecutada la entrega de la mercancía objeto del decomiso, muy a pesar de que la norma no establece procedimiento especial alguno para proceder a este tipo de entregas.

De allí que al no haberse cumplido con la obligación en cabeza de la sociedad Almacén Rodamientos S.A., la entidad demandada procedió a declarar de manera oficiosa el incumplimiento de la obligación aduanera y en consecuencia, hacer efectiva la garantía que amparaba este compromiso, actuación que se encuentra soportada en la normatividad legal aplicable al caso, lo que confirma la legalidad de los actos expedidos en virtud de tal actuación.

4. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 241 al 245)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

Omisión de análisis frente a los argumentos planteados en la demanda como conceptos de las nulidades solicitadas.

Afirma el recurrente que "la DIAN confunde el verbo entregar con el de disponer. El Artículo 233 del Decreto 2685 de 1999, referente a la garantía en reemplazo de aprehensión, citado por la DIAN amparado, consiste en *"respaldar en debida forma la obligación de poner la mercancía a disposición de la aduana, cuando en el proceso administrativo se determine su decomiso"*. La motivación de los actos de incumplimiento consiste en afirmar que el demandante se negó a entregar la mercancía.

Sostiene que primero resulta carente de sustento tal afirmación pues ella no se negó, simplemente pidió los procedimientos, forma y oportunidad que nunca le fueron informados por el ente oficial. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debía ejecutarse la puesta a disposición, requiere de un tratamiento en empaque y transporte en donde entran en juego factores económicos, de tiempo logística para los cuales la DIAN no dio la oportunidad ni era responsabilidad de mi representada asumir, pues la mercancía ya no le pertenece y además está bajo estricto control aduanero, es su responsabilidad custodiarla y conservarla mientras la DIAN la posee, la toma en diligencia de recuperación de una mercancía de contrabando dentro del territorio Nacional fácilmente ubicable, en las instalaciones del importador quien debe ponerla a disposición cuando ella lo requiera mediante diligencia y recibirla en el lugar donde el importador o usuario manifieste se encuentre la misma. No puede pretender la autoridad aduanera que un contrabando viaje por el territorio nacional bajo custodia y responsabilidad del importador o particular, ese riesgo no le puede ser delegado, es la DIAN quien debe asumir un operativo regular y buscar la mercancía en el domicilio del importador en donde debe ser puesta a disposición de esa autoridad, o mediante acta demostrar que la misma fue consumida, transformada o de alguna manera no se encuentra en dicho sitio, y solo así, configurar el presupuesto exigido por los Artículos 233 del Decreto 2685 de 1999, y el 522 de la Resolución DIAN 4240 de 2000, para provocar el incumplimiento y efectividad tener la prueba de cualquiera de los anteriores verbos: consumir, destruir o modificar, fundamento del cual carecen las resoluciones demandadas.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Continua argumentando que no tenía la obligación de transportar un contrabando, y mucho menos llevarlo a lugares no definidos, en abstracto, pretendiendo la DIAN con esto simplemente y de manera teatral justificar un incumplimiento para cobrarse ilegalmente esta garantía al emitir un supuesto incumplimiento, sin facilitarle además de lo comentado los procedimientos: Con esta conducta la DIAN puso en evidencia que este asunto recibe un trato de formato pues simplemente requiere equivocadamente, sin dar oportunidades, y procede a declarar luego un supuesto incumplimiento. Y lo segundo es la DIAN quien debe disponer e ir hasta el domicilio del importador y tomar la mercancía, no exigir un transporte y una entrega en lugar determinado, le basta simplemente conminar al importador para que le atienda una visita en una fecha determinada para llevarse la mercancía que debe estar a disposición de la autoridad aduanera. Poner a disposición de parte del importador es eso, sencillamente atender la visita de la DIAN quien se llevará lo que le pertenece, de lo que se hizo titular.

En virtud de lo anterior, el recurrente solicita se ordene la nulidad de los actos acusados y se restablezca el derecho de su representada, pues considera que en ningún momento ha incumplido la obligación prevista en la póliza aludida.

5. TRAMITE DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 18 de abril de 2012¹), fue admitido el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2011, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

A través de auto de fecha 13 de diciembre del mismo año², se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte accionante.

¹ Ver folio 250

² Ver folio 252



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

El apoderado de la parte actora, reitera la posición establecida en el recurso de apelación en esta instancia.

De la parte accionada.

La parte accionada presento alegatos de conclusión en esta instancia reiterando la posición establecida dentro del trámite del proceso.

Ministerio Público

El Ministerio Público en esta oportunidad procesal desistió de emitir concepto de fondo tal como se puede corroborar en el reverso del folio 252.

II. CONSIDERACIONES

Competencia.

Es competente esta Corporación, para conocer del presente asunto en segunda instancia, por disposición del numeral 1º del Artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos deberán conocer de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos.

Actos administrativos demandados.

La Sociedad demandante solicita se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 001298 del 17 de Mayo de 2006, por medio de la cual declara de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera y ordena hacer efectiva una garantía, toda vez que el importador no colocó a disposición de la DIAN una vez quedó en firme el acto administrativo que ordenó el decomiso, expedida por el Jefe de la División –Liquidación de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

2. Resolución No. 002404 del 13 de Octubre de 2006, por medio de la cual se resuelve recurso de reposición presentada contra la Resolución No. 1298 del 17 de Mayo de 2006, expedida por el Jefe de la División –Liquidación de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

3. Resolución No. 000054 del 12 de Enero de 2007, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación emanado del Despacho del Administrador Especial de Aduanas de Cartagena que confirma en todas sus partes el contenido de la Resolución No. 1298 del 17 de Mayo de 2006.

Caducidad de la acción

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 27 Marzo 2007, 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 del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa (Resolución No. 00054 de fecha 12 de enero de 2007), fue notificado el día 17 de Enero de 2007.

Planteamiento del caso.

En el presente asunto pretende la Sociedad demandante que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1298 de 17 de Mayo de 2006; 2404 de 13 de Octubre de 2006 y la 000054 del 12 de Enero de 2007, expedidas por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, y el Administrador Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena, Capitán de Navío Humberto Angulo Montero, por cuanto considera la demandante que los mismos fueron expedidos con falsa motivación y violaron los artículos 62 y 64 del C.C.A.

El Juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, argumentando que del material probatorio arrimado al proceso se pudo determinar que la entidad demandada si cumplió con los procedimientos establecidos por la ley y la Jurisprudencia del Consejo de Estado en el caso concreto, aunado a que no se demostró la ilegalidad de los actos acusados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Por su parte la Sociedad demandante estando dentro de la oportunidad legal interpuso recurso de apelación contra el referido fallo argumentando que el a quo omitió analizar los conceptos de nulidad alegados porque según el Almacén de Rodamiento S.A., si puso a disposición la mercancía solicitada por la DIAN pero que la responsabilidad de llevar la mercancía le correspondía a esta entidad y no a la sociedad que representa y poner a disposición no era lo mismo que entregar.

Problema jurídico.

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe a establecer si la Sociedad demandante cumplió con su obligación de poner a disposición de la DIAN la mercancía DECOMISADA.

Marco Normativo.

Para resolver el asunto objeto de debate es necesario tener en cuenta las normas reguladoras de la situación, vigentes al momento en que acontecieron los hechos.

ARTICULO 62.FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. *Los actos administrativos quedarán en firme:*

1. *Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.*
2. *Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*
3. *Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.*
4. *Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.*

A su vez el Decreto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 2685 de 2001 trata en diferentes disposiciones el tema en discusión, así:

“ARTÍCULO 96.TRASMISIÓN Y ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS DE VIAJE A LA AUTORIDAD ADUANERA. *Texto modificado por el Decreto 2628 de 2001. El Manifiesto de Carga y los documentos que lo adicionen, modifiquen o expliquen, serán entregados por el transportador a la autoridad aduanera de la*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

jurisdicción del lugar de arribo del medio de transporte, antes de que se inicie el descargue de la mercancía.

Cuando se trate de vuelos combinados de pasajeros y carga, el Manifiesto de Carga deberá entregarse antes de concluir el proceso de bajar la carga de la respectiva aeronave.

En el caso del modo de transporte aéreo, los documentos de transporte, los documentos consolidadores y los documentos hijos, serán entregados por el transportador a la autoridad aduanera dentro de las doce (12) horas siguientes a la entrega del Manifiesto de Carga.

Cuando se trate del modo de transporte marítimo, el transportador deberá entregar los documentos de transporte por él expedidos, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la entrega del Manifiesto de Carga.

El transportador aéreo transmitirá electrónicamente la información contenida en el Manifiesto de Carga, en los documentos de transporte directamente expedidos por él y en los documentos consolidadores y en los documentos hijos, con anterioridad a la llegada del medio de transporte, o la incorporará en el sistema informático aduanero dentro de las doce (12) horas siguientes a la entrega física del Manifiesto de Carga.

El transportador marítimo transmitirá electrónicamente la información contenida en el Manifiesto de Carga y en los documentos de transporte directamente expedidos por él, con anterioridad a la llegada del medio de transporte, o la incorporará en el sistema informático aduanero dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la entrega física del Manifiesto de Carga.

El Agente de Carga Internacional, en el modo de transporte marítimo, transmitirá electrónicamente la información relacionada con la carga consolidada, contenida en los documentos de transporte consolidadores y en los documentos hijos, o la incorporará en el sistema informático aduanero dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la finalización del plazo previsto en el inciso anterior. Dentro del mismo término establecido en el presente inciso, el Agente de Carga



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Internacional deberá entregar los documentos consolidadores y los documentos hijos y el Manifiesto de la carga consolidada.

Los transportadores terrestres deberán entregar los documentos de viaje al momento de su arribo, en la primera oficina de la Aduana y podrán optar por transmitir electrónicamente la información contenida en los documentos de viaje, o entregarla en medios magnéticos de acuerdo con la resolución de carácter general que para el efecto expida la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

PARÁGRAFO. *En el modo de transporte marítimo, el Agente de Carga Internacional será responsable por la correcta y oportuna transmisión o incorporación al sistema informático aduanero de la información contenida en los documentos de transporte consolidadores y en los documentos hijos. Así mismo, será responsable por la entrega de los documentos hijos que amparan la carga consolidada, el Manifiesto de la Carga Consolidada y por la justificación de las inconsistencias a que se refiere el Artículo 98 del presente Decreto. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales establecerá mediante resolución, el contenido y los requisitos del Manifiesto de la Carga Consolidada.*

El Agente de Carga Internacional deberá inscribirse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cumpliendo además de los requisitos previstos en el Artículo 76 del presente Decreto, los que dicha entidad determine mediante resolución de carácter general, debiendo constituir una garantía bancaria o de compañía de seguros por un valor equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con el objeto de garantizar el pago de las sanciones a que hubiere lugar por el incumplimiento de las obligaciones previstas en este Decreto.

ARTICULO 105.OBLIGACIONES DEL AGENTE DE CARGA INTERNACIONAL.*Son obligaciones del agente de carga internacional las siguientes:*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

a) Transmitir o incorporar en el sistema informático aduanero en la oportunidad prevista en el Artículo 96 del presente Decreto, la información contenida en los documentos de transporte consolidadores y en los documentos hijos y,

b) Responder por la información transmitida o incorporada al sistema informático aduanero, en el sentido de que corresponda con la contenida en los documentos de transporte consolidadores y en los documentos hijos allí relacionados.

ARTÍCULO 233. GARANTÍA EN REEMPLAZO DE APREHENSIÓN. *<Artículo modificado por el artículo 4 del Decreto 4431 de 2004. La autoridad aduanera podrá autorizar la entrega de las mercancías aprehendidas, cuando sobre estas no existan restricciones legales o administrativas para su importación, o cuando se acredite el cumplimiento del respectivo requisito, previo el otorgamiento de una garantía por el valor en aduana de la misma y el cien por ciento (100%) de los tributos aduaneros a que hubiere lugar, en los términos y condiciones que para el efecto establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuyo objeto será respaldar en debida forma la obligación de poner la mercancía a disposición de la Aduana, cuando en el proceso administrativo se determine su decomiso.*

El otorgamiento de la garantía de acuerdo con lo previsto en el inciso anterior, permite la disposición del bien por parte del declarante.

La garantía se hará efectiva cuando una vez ordenado el decomiso de la mercancía, ésta no pueda colocarse a disposición de la autoridad aduanera, por haber sido consumida, destruida o transformada. Si la mercancía es un bien no perecedero y se ha ordenado su decomiso, deberá presentarse Declaración de Legalización, en la que se cancele, además de los tributos aduaneros, el rescate en los términos previstos en el artículo 231 del presente Decreto, so pena de que se haga efectiva la garantía.

Una vez se haga efectiva la garantía, no procederá la imposición de sanción alguna, sin perjuicio de que la autoridad aduanera pueda hacer efectivo el decomiso, cuando no se hubiere presentado Declaración de Legalización de mercancías no perecederas.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Quando en el proceso administrativo se determine que no había lugar a la aprehensión, la garantía no se hará efectiva y se devolverá al interesado.

PARAGRAFO. *No habrá lugar a la constitución de la garantía en reemplazo de aprehensión, cuando no sea procedente la presentación de la Declaración de Legalización de las mercancías aprehendidas en los términos previstos en este Decreto.*

ARTÍCULO 498. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS AGENTES DE CARGA INTERNACIONAL Y SANCIONES APLICABLES. *Texto modificado por el Decreto 1232 de 2001: Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los Agentes de Carga Internacional y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:*

(...)” 2. Graves:

2.1 *No entregar a la autoridad aduanera los documentos consolidadores, los documentos hijos, y el Manifiesto de la Carga Consolidada definido por reglamento, en la oportunidad prevista en el artículo 96 del presente decreto.*

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:*

(...)”1.3<Numeral modificado por el Artículo 5 del Decreto 2628 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando las mercancías sean descargadas sin que el transportador haya entregado previamente el Manifiesto de Carga a la autoridad aduanera o, el Agente de Carga Internacional no entregue el Manifiesto de la Carga Consolidada dentro de los términos establecidos en el Artículo 96 de este Decreto; o cuando el transportador y/o el Agente de Carga Internacional no entreguen los documentos de transporte que les corresponda, dentro de la oportunidad provista en el artículo en mención.

De lo probado dentro del proceso.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

- Resolución No. **002258 de 11 de Agosto de 2005**, por medio de la cual se ordena la entrega de una mercancía por aceptación de garantía en reemplazo de aprehensión, expedida por la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena.³
- Resolución No. **002383 de 28 de Noviembre de 2005**, por medio de la cual se define la situación Jurídica de una Mercancía Aprehendida, expedida por la Jefe de la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.⁴
- Acta de Aprehensión Física No. 138 de **fecha 05 de Junio de 2005**, expedida por la Subdirección de Fiscalización Aduanera de Cartagena.⁵
- Oficio No. **000607-00088 de fecha 30 de Enero de 2006**, por medio de la cual la Jefe de División de Comercialización de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, solicita al Almacén de Rodamientos S.A., poner a Disposición la mercancía que se decomisó mediante Resolución No. 002283 del 28 de noviembre de 2005.⁶
- Oficio No. **0006071-000172** de fecha 10 de Febrero de 2006, por medio de la cual la Jefe de División de Comercialización de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, da respuesta al oficio radicación DIAN 004064 DEL 07-02-2006. En los siguientes términos: *Dando respuesta al oficio de la referencia me permito informarle que el Recurso de Reconsideración presentado mediante Radicación DIAN No. 040162 del 29 de diciembre de 2005 en la División de Documentación Aduanera de esta Administración fue contra la Resolución No. DD2283 del (sic) noviembre 28 de 2005; siendo lo correcto la Resolución No. 002383 del 28 de noviembre de 2005. El error presentado en la referencia provocó que la División Jurídica de Documentación ejecutoria la Resolución de Decomiso No. 02383 del 28 de noviembre de 2005 y remitiera a esta División la misma. Una vez aclarado lo anterior se confirmó que en la división de Jurídica Aduanera cursa el Recurso de Reconsideración y por tal razón le solicito no tener en cuenta el requerimiento hecho mediante el oficio No. 000118 del 01-02-2005.*⁷
- Oficio No. **0006071-000601 de fecha 08 de Mayo de 2006**, por medio de la cual la Jefe de División de Comercialización de la Administración Especial de

³Folio 94 a 99 expediente administrativo.

⁴Folios 100 a 119 expediente administrativo.

⁵Folios 126 a 140 expediente administrativo.

⁶Folio 150 expediente administrativo.

⁷Folio 153 expediente administrativo.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Aduanas de Cartagena, comunica que la solicitud de Mercancía Entregada en Reemplazo de Aprehensión no se ha recibido respuesta de Almacén de Rodamientos S.A.⁸

- Oficio No. **0006071-000642** de fecha 15 de Mayo de 2006, por medio de la cual el Jefe de División de Comercialización de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, remite oficio al Jefe de División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, comunicando que envía copia del oficio con radicación DIAN No. **013975 de fecha 11-05-2006**, remitido por los señores Almacén de Rodamientos, teniendo en cuenta que mediante oficio No. **000601 del 08-05-2006** informan que se había vencido el término para poner a disposición la mercancía entregada por constitución de garantía en reemplazo de aprehensión.⁹
- Oficio de fecha 09 de Mayo de 2006, por medio de la cual el Almacén de Rodamiento S.A., envía repuesta a la DIAN sobre la disposición de la mercancía solicitada mediante Oficio No. 000477 del 11 de abril de 2006, el cual fue recibido el día 11 de mayo de 2006.¹⁰
- Resolución No. **001298 de 17 de Mayo de 2006**, por medio de la cual la Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, declara de Oficio el Incumplimiento de una Obligación Aduanera y se Ordena hacer Efectiva una Garantía.¹¹
- Resolución No. **002404 de 13 de Octubre de 2006**, por medio de la cual la Jefe de División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, resuelve un Recurso de Reposición.¹²
- Oficio notificación por correo de la resolución No. 54 JUD. No.DIDOC-0006A023 de fecha 17 de Enero de 2007.¹³
- Resolución No. **000054 de 12 de Enero de 2007**, expedida por el Capitán de Navío Humberto Angulo Montero, Administrador Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena, por medio de la cual se Resuelve un Recurso de Apelación.¹⁴

⁸Folio 154 expediente administrativo.

⁹Folio 155 expediente administrativo.

¹⁰Folios 156 a 157 expediente administrativo.

¹¹Folios 19 a 22.

¹²Folios 23 a 28.

¹³Folio 29.

¹⁴Folio 30 a 37.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

ANÁLISIS DEL CASO..

Revisado el expediente administrativo del Almacén Rodamiento S.A. se tiene que en sendos oficios de fecha 30 de enero de 2006¹⁵, y 10 de febrero de 2006¹⁶, la entidad demandada requirió a la empresa demandante para que pusiera a su disposición las mercancías, pero sólo hasta el 11 de Mayo de 2006, ésta dio respuesta a tales requerimientos pero condicionando la entrega de la mercancía a la fijación por parte de la DIAN, de un procedimiento de tiempo, espacio, embalaje y transporte, los cuales se señalaron en el Oficio antes citado.

Ahora bien, resulta pertinente recalcar que en los oficios 006071-00088 de fecha 30 de enero de 2006 y 006071-00172 de fecha 10 de febrero de 2006, se estableció un plazo para la entrega de la mercancía de quince (15) días, los cuales si se cuentan a partir del recibido (17 de Abril de 2006) vencían el día nueve (09) de Mayo de 2006, siendo que la solicitud de ampliación del término y puesta a disposición de la mercancía a la DIAN tiene acuse de recibido del día once (11) de Mayo de 2006¹⁷, es decir, dos (02) días después de haberse vencido el lapso otorgado por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena para que se entregara la mercancía.

Ahora bien; para la Sala no es de recibo el argumento del recurso de apelación, según el cual el importador no cumplió su obligación de poner a disposición la mercancía, porque la DIAN no indicó el procedimiento necesario para ello, y que la DIAN confundía los conceptos de poner a disposición y entregar; pues de acuerdo al análisis realizado en párrafo precedente, conforme con las pruebas recaudadas, el importador respondió los requerimientos efectuados por la DIAN dos (2) días después de vencido el término otorgado para tal actuación, de donde deviene inocuo este cargo, cuando es evidente que el demandante atendió los requerimientos para poner a disposición la mercancía de manera extemporánea, luego entonces su entrega se hubiera dado con un atraso mucho mayor.

Así las cosas, encuentra la Sala que en el caso concreto, si bien la responsabilidad de trasladar la mercancía decomisada es de la DIAN, esta sólo se puede llevar a cabo cuando es puesta a disposición de la Autoridad Aduanera oportunamente y en el sub

¹⁵ Ver folio 153

¹⁶ Ver folio

¹⁷ Fls.156 a 157 del expediente administrativo.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

lite no sucedió así como se puede comprobar en el escrito presentado el día 11 de Mayo de 2006 ante la DIAN por parte del Almacén de Rodamiento S.A., por lo que resulta forzoso confirmar la sentencia de primera instancia, al no encontrar desvirtuada la legalidad de los actos administrativos enjuiciados.

Por último, la Sala no condenara en costas, toda vez que en el *sub lite* no se evidencia en la actitud de la parte apelante, temeridad alguna que implique un abuso del derecho de acceso a la administración de justicia, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de Noviembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

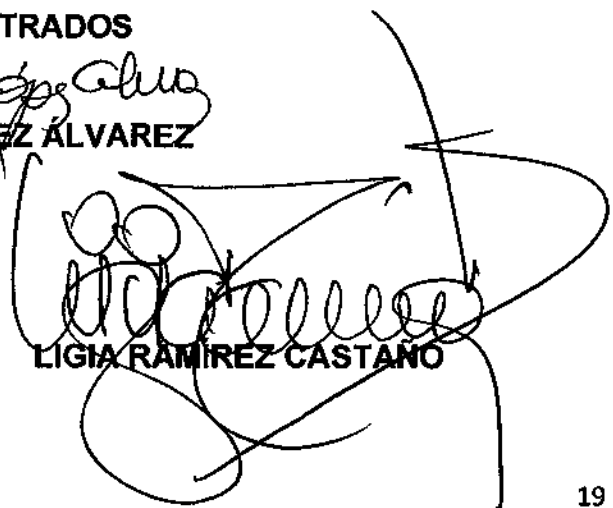
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

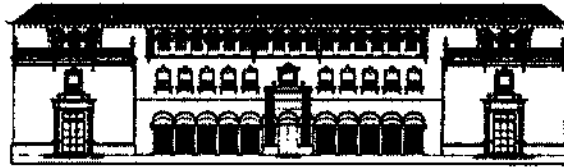
Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0050
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: DAYSY WATT DE CORREA
DEMANDADO	: CAJANAL EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2010-00298-01
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



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

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

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-002-2010-00298-01
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Daisy Watts de Correa
Demandado : Cajanal en liquidación

Tema: Reliquidación de pensión – no inclusión de factor salarial.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia del 22 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora DAISY WATTS DE CORREA por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

Primero: Que se declare la nulidad de la Resolución No. PAP 011606 de 14 de septiembre de 2010, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985.

Segundo: Declarar que la accionante tiene derecho a que Cajanal en liquidación le reconozca y pague la reliquidación de su pensión de jubilación, con todos los factores que constituyen salario.

Rad 002-2010-00298-01
 Dte Daisy Watts de Correa
 Ddo Cajanal en liquidación

Tercero: Como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad demandada a pagar a la actora una pensión liquidada con todos los factores salariales cuya cuantía sea de \$1.310.652.24 a partir del 1 de agosto de 2004, según el siguiente cálculo:

Factores		
Sueldo	2003	\$ 7.099 035 (\$1 419.807 x 5)
Sueldo	2004	\$10 970 434 (\$1 454 829 x 7)
Prima de navidad	2003	\$1 576 162
Prima de vacaciones	2004	\$774 445
Bonificación por servicios	2004	\$526 748
Bonificación recreación	2004	\$100 333
Prima de servicios	2004	\$709.908
Total		\$20.970 434

Promedio = $\$20.970.434 \times 75\% = \$ 1.310.652.24$

12

Cuarto: Condenar a Cajanal en liquidación que le reconozca y pague a la libelista la prestación solicitada liquidada con el 75% de todos los factores que constituyen salario devengado en el último año de servicios, descontando lo ya pagado.

Quinto: Ordenar a la demandada que sobre la prestación reconocida se aplique el reajuste de actualización monetaria e intereses de conformidad con lo establecido en los artículos 177 y 178 del C.C.A.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Narra la accionante que obtuvo su pensión de jubilación en cuantía de \$1.001.073.22 a partir del 1º de julio de 2002, mediante Resolución No. 4299 de 2003.
2. Que mediante Resolución No. 20851 del 4 de junio de 2009, Cajanal le negó un reajuste pensional de la Ley 445 de 1998; que la demandante continuó laborando luego de haber adquirido el status de pensionado tal como se prueba en la resolución que reconoció la pensión.
3. Que la actora solicitó el día 28 de julio de 2009, la reliquidación de su pensión a Cajanal con la inclusión de todos los factores salariales, pedimento que fue negado a través de la Resolución acusada contra la cual solo cabía el recurso de reposición.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

Rad 002-2010-00298-01
Dte: Daisy Watts de Correa
Ddo: Cajanal en liquidación

Legales: Art. 27 del Dto. 3135 de 1968; art. 73 del Dto. 1848 de 1969; Dto. 1042 de 1978; Art. 45 Dto. 1045 de 1978; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Dto. 1158 de 1994; Ley 100 de 1993; Ley 71 de 1988; Dto. 1160 de 1989.

Básicamente señala que el acto administrativo acusado vulneró las disposiciones en cita, en la medida que Cajanal se negó a reliquidar la pensión de jubilación de la actora teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que si bien es cierto le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, no es menos que como lo ha señalado el H. Consejo de Estado, la enumeración de los factores de liquidación enlistados en esas normatividades no es taxativa, por lo que la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a meneos que se trate de un factor expresamente excluido por la Ley.

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Aduce que al liquidar la pensión de jubilación solo se deben tener en cuenta los factores establecidos legalmente para el régimen correspondiente para así garantizar la plena observancia de los principios de solidaridad, legalidad y sostenibilidad presupuestal sobre los que se edificó el sistema de pensiones y de los que depende que siga siendo viable.

Que con base en la interpretación de varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, que es equivocado el concepto de salario esgrimido en la demanda, puesto que las primas de navidad, de vacaciones y de servicios, si bien son prestaciones sociales, no constituyen factores salariales.

Excepciones.

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido**

Señala que los factores de salario para liquidar la pensión de la demandante son los taxativamente enlistado en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1 de la Ley 62 de ese mismo año, Decreto 1158 de 1994 que modificó el artículo 6 del Dto. 691 de 1994, es decir, únicamente la asignación básica, los gastos de representación, la 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; sin que puedan tenerse bonificación de junio y diciembre y el subsidio de alimentación alegados por la demandante.

Rad: 002-2010-00298-01
Dte: Daisy Watts de Correa
Ddo: Cajanal en liquidación

- **Cosa juzgada objetiva.**

Que en un proceso incoado por un tercero con idéntica causa y objeto al que ocupa la atención del despacho, se despacharon en forma desfavorables las súplicas de la libelista.

- **Prescripción de mesadas.**

Que en caso de ser acogida las pretensiones de la demanda se aplique la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendarada 22 de junio de 2012, concedió las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Señala el juez de primera instancia, con base en la jurisprudencia que a la actora no le fue liquidada en debida forma la pensión, pues solo se tuvieron en cuenta la asignación básica y bonificación por servicios prestados, dejándose de computar la prima de servicios, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación, todos los cuales se constituyen en factores salariales devengados en forma periódica y habitual durante el años liquidable.

En esa medida decretó la nulidad de los actos acusados y ordenó la reliquidación de la pensión de la actora con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, es decir, la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación.

El *A quo* hizo la salvedad que en el evento de que la actora no hubiere realizado aportes a pensión respecto de algunos de los factores salariales que se ordena tener en cuenta para liquidar sus mesadas, la entidad gestora podrá realizar la respectiva compensación actualizándola al momento del pago de la pensión con la misma fórmula que el H. Consejo de Estado tiene establecido para los casos de condena contra el Estado, en virtud del principio de igualdad jurídica y en garantía de la protección del erario público frente a la depreciación monetaria. (fl. 1021-1039)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación.

Rad. 002-2010-00298-01
Dte Daisy Watts de Correa
Ddo Cajanal en liquidación

Manifiesta que el juez de primera instancia, no se detuvo a revisar el contenido de las Resoluciones No. 4299 -2003 que reconoció la pensión de la demandante con los factores salariales que contribuyó con los aportes a favor de Cajanal en liquidación, tampoco se detuvo a revisar la Resolución No. 20851 del 4 de junio de 2009, que negó el reconocimiento de la reliquidación pensional de la actora, en donde fueron resaltados aquellos factores salariales considerados por la ley como tales y que la actora no había realizado aportes a pensión sobre los que ella pretendía reclamar en demanda; mucho menos se refirió al contenido de la Resolución atacada PAP 011606 de 14 de septiembre de 2010, porque de haberlo hecho; otra hubiese sido su decisión en sentencia, al comprobar que en todas y cada una de las resoluciones referidas la demandada procedió conforme a derecho y aplicando las disposiciones vigentes. (fl. 1042-1043)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Únicamente alega la parte demandada quien se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (fl. 1056-1057)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 28 de febrero de 2013, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. (fl. 1053)

Luego, por auto del 10 de mayo de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 1055)

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, entra a Sala el expediente para resolver de fondo el proceso de referencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 22 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

Rad. 002-2010-00298-01
Dte Daisy Watts de Correa
Ddo. Cajanal en liquidación

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de la Resolución No. PAP 011606 de 14 de septiembre de 2010, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora.

Caducidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado¹, sobre la presente acción no opera el fenómeno jurídico de caducidad, dado que el acto que niega la reliquidación de la pensión de jubilación puede ser demandado en cualquier tiempo.

Problema Jurídico.

Se contrae en determinar si la señora Daisy Watts de Correa tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de nuevos factores salariales.

Para dar respuesta a lo descrito, el Tribunal advierte en primer lugar que el Juez de primera instancia, concedió las pretensiones de la demanda, al considerar que la pensión de la actora no fue liquidada en debida forma dado que solo se tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios, dejando de computar los demás factores salariales que percibió de manera periódica.

Lo probado

Para la Sala se encuentra demostrado que a la señora Daisy Watts de Correa le fue reconocida su pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución No. **04299** del 04 de marzo de 2003 con efectos retroactivos a partir del 1 de julio de 2002, por parte de la entidad demandada; así mismo para la liquidación de dicha pensión, se tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicio. (fl. 571-574 expediente administrativo)

De la misma manera, se acreditó mediante certificado expedido por la Empresa Social del Estado – Hospital Local Cartagena de Indias, donde se especificó que la demandante en el último año de servicios percibió por concepto de factor salarial, además del salario básico, la prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios, bonificación por recreación. (fl. 589-590 expediente administrativo)

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Subsección "A" C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda Bogotá D.C. 5 de septiembre de 2002 Rad. 17001-23-31-000-1997-7051-01(1977-01) "De acuerdo con este razonamiento debe entenderse que cuando se ataca una decisión referente a la reliquidación de la pensión, en el fondo lo que se busca es modificar el acto administrativo que previamente ha reconocido el derecho prestacional y en ese caso, no opera el presupuesto de la caducidad de la acción de acuerdo a lo señalado en el numeral 2 artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. como equivocadamente lo interpretó el Tribunal

Rad 002-2010-00298-01
Dte Daisy Watts de Correa
Ddo Cajanal en liquidación

Análisis del Caso.

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por la parte recurrente esta Sala de Decisión considera pertinente confirmar la sentencia de primera instancia con base en lo siguiente:

El artículo 1 de la Ley 62 de 1985, a través de la cual se modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, consagró entre otros aspectos, que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidaría sobre los mismos factores salariales que sirvieron de base para calcular los aportes.

A su vez, el artículo 10 de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 1160 de 1989, preceptuó la reliquidación de la pensión de jubilación, en virtud de que las Leyes 33 y 62 de 1985 no consagraron la forma de reliquidar esta prestación periódica y teniendo en cuenta que éstas son las normas aplicables al caso concreto, se resalta que la norma en cita determinó que *“Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”.*

Parágrafo- *La reliquidación de la pensión de que trata el presente artículo, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles, cuando a éstas hubiere lugar”.*

En ese orden, la Sala infiere que la pensión de jubilación se reliquidara con base en todos los factores salariales que percibió el empleado durante el último año de servicio.

Ahora bien en cuanto a los factores que se deben tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación, el Honorable Consejo de Estado ha dicho²:

“En otras palabras, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. Como se ha reiterado en diferentes ocasiones, la Ley 65 de 1946 definió el salario o sueldo no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios. En consecuencia, al reliquidar la pensión del demandante deberán tenerse en cuenta, como lo ordenó el Tribunal Administrativo, los factores salariales y prestacionales percibidos por el actor durante el último año de servicios”.

En pronunciamiento reciente recalcó³:

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda C P Alberto Arango Mantilla Bogotá D C 1 de marzo de 2007 Rad 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-05)

“Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales”.

En atención a lo desarrollado, se concluye entonces que para liquidar la pensión se deben tener en cuenta todos los factores salariales que perciba el trabajador como contraprestación de sus servicios, indistintamente que no se encuentren señalados taxativamente en la ley.

En esa medida aterrizando al caso bajo estudio, al revisar el certificado de salario expedido por la Empresa Social del Estado – Hospital Local Cartagena de Indias (fl. 589-591), claramente aprecia la Sala que la actora además de su asignación básica percibió como factores salariales en el último año de servicio, la prima de vacaciones, bonificación por servicios, bonificación por recreación, prima de servicios; por lo que al acreditarse que la demandante percibió los factores salariales de referencia, sin lugar a dudas y siguiendo los pronunciamientos de la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo.

No obstante, agrega la Sala que la demandada deberá efectuar los descuentos a la actora por concepto de aportes sobre los valores que se han de reliquidar, si no se hubieren realizado durante el último año de servicio de la demandante, atendiendo lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, a partir de la adición efectuada a través del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005 que señaló:

“ARTICULO 48. (...)

*<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> **El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto***

Rad 002-2010-00298-01
 Dte Daisy Watts de Correa
 Ddo. Cajanal en liquidación

legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”

En ese orden, la norma anterior y de acuerdo con la exposición de motivos del Acto Legislativo 1 de 2005⁴, el principio de sostenibilidad financiera, exige al legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio del sistema de pensiones, situación ésta que no podrá intervenir con el reconocimiento de derechos adquiridos en vigencia de regímenes anteriores, y los cuales deben ser cubiertos por el Estado, a partir de las debidas apropiaciones presupuestales para el sostenimiento del sistema.

En ese sentido, se reitera que la demandada deberá hacer las deducciones correspondiente por concepto de aportes sobre los valores que se han de reliquidar, sino se hubieren realizado durante el último año de servicio.

Así las cosas la Sala adicionará a la sentencia recurrida lo concerniente a estas deducciones que deberá efectuar la demandada sino se hubiere realizado, y en lo demás confirmara la mencionada sentencia.

Cabe advertir que no se condenará en costas 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 de la demandada, al asumir una conducta que obedece única y exclusivamente al ejercicio de su derecho de defensa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁴ Véase, al respecto, exposición de motivos al proyecto de Acto Legislativo No. 127 de 2004 Cámara Que señaló respecto del principio de sostenibilidad financiera lo siguiente

Estimamos necesario incluir el principio de sostenibilidad financiera en el proyecto de acto legislativo, teniendo en cuenta que la Constitución Política no establece expresamente ningún principio que imponga asegurar el equilibrio económico del sistema. Esto último puede entonces conducir a que hacia el futuro se adopten decisiones que no lo tengan en cuenta, lo cual a la postre pone en peligro el sistema mismo, la posibilidad de asegurar los derechos de los afiliados y la estabilidad financiera de la Nación, al tiempo que impide a las futuras generaciones a acceder al beneficio pensional.

Por lo tanto, se modifica la redacción respetando la intención de la Cámara de Representantes, en el sentido de dejar expresamente señalado que el Estado siempre responderá por las pensiones a su cargo, al tiempo que mantiene el texto aprobado en la plenaria de Cámara respecto de la necesidad de que las nuevas leyes que se expidan aseguren la sostenibilidad financiera del Sistema.

(. .)

Creemos como ponentes que si bien es cierto se debe propender por la sostenibilidad financiera del mismo, dicha norma no podría interpretarse en el sentido de que se pueda disminuir el valor de las mesadas de las pensiones reconocidas conforme a la ley para lograr la sostenibilidad, pues el valor de las mismas es un componente del derecho adquirido. Ello, sin omitir los descuentos y deducciones que la ley ordena practicar sobre las mesadas pensionales, como lo son los aportes de solidaridad o los descuentos para el pago del Sistema General de Seguridad en Salud.

Rad: 002-2010-00298-01
Dte Daisy Watts de Correa
Ddo Cajanal en liquidación

FALLA

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de 22 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que la entidad demandada, CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN deberá hacer las deducciones por concepto de aportes sobre los valores que se han de reliquidar, sino se hubieren realizado durante el último año de servicio del actor.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de referencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

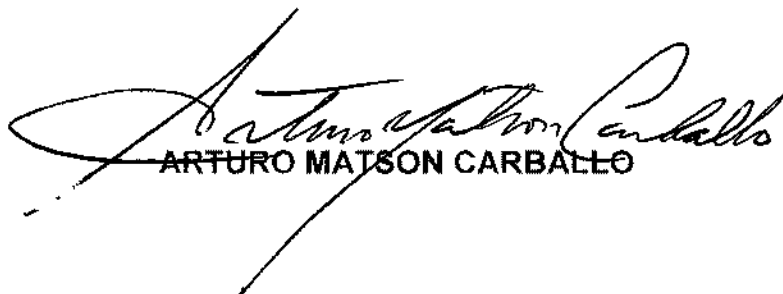
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

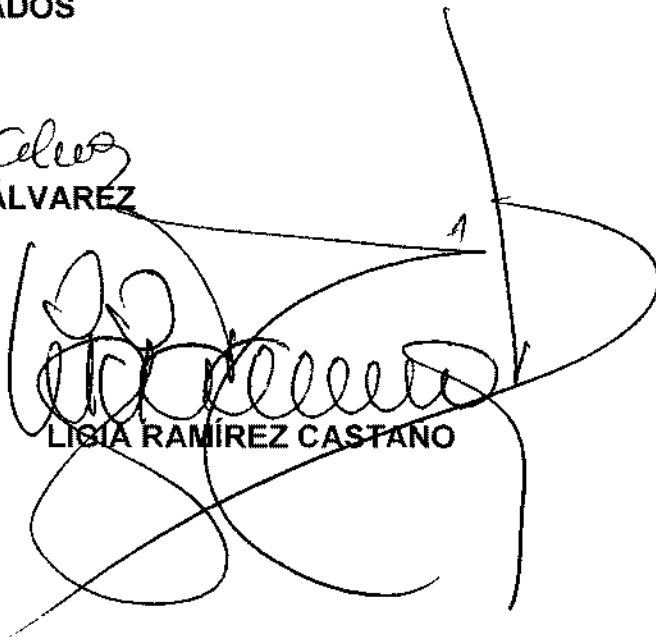
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LICIA RAMÍREZ CASTANO

Nota: la presente hoja de firmas corresponde al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Daisy Watts de Correa contra Cajanal EICE en liquidación. Rad: 002-2010-00298-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0051
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: SOCIEDAD VIAS Y CONSTRUCCIONES S-A "VICON S-A"
DEMANDADO	: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS "INVIAS"
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-1998-00260-00 (002-1998-00565-00)
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 No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Controversias Contractuales
Radicación : 13001-23-31-002-1998-00260(00565)-00
Demandante : Sociedad Vías y Construcciones S.A. – VICON S.A.
Demandado : Instituto Nacional de Vías

TEMA: Rompimiento del equilibrio financiero del contrato – 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 la Sociedad Vías y Construcciones S.A. – VICON S.A. contra el Instituto Nacional de Vías - INVIAS.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora, que mediante sentencia de primera instancia, se declare lo siguiente:

- Que la conmutatividad y el equilibrio económico del Contrato No. 913 de 1993 y sus adicionales, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y la Sociedad Vías y Construcciones S.A. – VICON S.A., para la construcción del K.0+000 al K9+100 de la variante de Cartagena, se rompieron por cuanto la fórmula de ajuste de precios prevista

en su cláusula novena – párrafo segundo – ajustes-, no conservó el valor inicial de los precios unitarios durante el plazo contractual.

- Que como consecuencia de la declaración anterior y con el fin de restablecer la conmutatividad y el equilibrio económico del Contrato No. 913 de 1993, el Instituto Nacional de Vías debe pagar al demandante la diferencia de los precios ajustados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC); y los precios reajustados y pagados con la fórmula prevista en el contrato cláusula novena – párrafo segundo – ajustes.

- Que la entidad demandada debe pagar a la demandante, la diferencia de los precios a que hace referencia el punto anterior, en valores actuales y con los intereses legales.

- Que la demandada deberá continuar ajustando los precios del contrato hasta su ejecución total con base en el IPC señalado mensualmente por el DANE pero solo para el evento de que la fórmula contractual de ajuste continúe por debajo del índice.

- Que se condene en costas al demandado.

1.2. HECHOS

Relata el escrito introductor, que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte – Fondo Vial Nacional – hoy Instituto Nacional de Vías – INVIAS, abrió una licitación pública para la construcción del K.0+000 al K.9+100 de la variante de Cartagena, la cual fue adjudicada al demandante.

Que se suscribió entre las partes el Contrato No. 913 de 1993 cuyo objeto fue: “El contratista se obliga a ejecutar para el INSTITUTO por el sistema de precios unitarios las obras que sean necesarias para la construcción del K.0+000 al k.9+100 de la variante de Cartagena.

Que el aludido contrato se adicionó en siete oportunidades para prorrogar su plazo y ampliar las finanzas o su valor, y elaborar nuevos programas de trabajo e inversiones.

Que para conservar la conmutatividad del contrato, se estipuló en la cláusula novena, párrafo segundo – ajustes, una fórmula matemática de ajuste de precios unitarios con base en el índice de costos de construcción de carreteras para los correspondientes grupos de obras.

Que el propósito de la entidad contratante desde la iniciación del contrato, era mantener los precios ofrecidos y contratados en forma constante a través de la aplicación de los índices, con el fin de contrarrestar los efectos en los precios pactados de la pérdida del poder adquisitivo del dinero; por lo que se incluyó la fórmula de corrección de tales precios mediante el mecanismo de los índices establecidos por el INVIAS, los que aplicados en los momentos de pago, logran que la remuneración del contratista permanezca siempre intrínsecamente igual y no sufra efectos negativos.

Señala que desde la iniciación del contrato y hasta la ejecución de la última acta de obra, la fórmula de ajuste de precios prevista en el contrato reflejó solo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, debido a que los índices a que se refiere el contrato quedaron por debajo del IPC fijado por el DANE, por lo que los precios unitarios iniciales del contrato comenzaron a disminuir, causándole una pérdida considerable mientras que el INVIAS sí se lucraba con la realización de la obra que fue entregada a entera satisfacción por haber sido ejecutadas dentro del plazo del contrato.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada no contestó la demanda.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes se abstuvieron de presentar sus alegatos.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 23 de septiembre de 1998 se admitió la demanda (folio 205).

Por auto de fecha 12 de agosto de 2002 se abrió a pruebas el proceso (folio 217).

El 27 de octubre de 2011, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, sin embargo, las partes guardaron silencio en esta oportunidad (folio 329-330).

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 5º 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 oportunamente por las razones que a continuación se exponen.

En el presente caso, se predica una ruptura del equilibrio económico del Contrato de Obra No. 913 de 1993 suscrito entre las partes dentro de este asunto, y como quiera que no se advierte constancia de que haya sido liquidado; la sala realiza el estudio de caducidad del mismo, a partir de su plazo.

Pues bien, se tiene que el referido contrato tuvo varias adiciones, y la última de ellas se dio mediante el Contrato No. 913-7-93 de 1996, suscrito el 19 de julio de 1996, y cuyo plazo se extendía hasta el día 30 de septiembre de 1996. Por lo anterior, se encuentra que la demanda fue oportunamente presentada, esto es, en fecha 14 de agosto de 1998, tal como se advierte de la constancia expedida por la Secretaría de esta Corporación a folio 204; fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de dos años previstos en el numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3. Problema jurídico

El problema jurídico a resolver por la Sala, concierne en establecer si en la ejecución del Contrato No. 913 de 1993 celebrado entre las partes, se presentó una ruptura del equilibrio financiero, originada en la fórmula de ajuste de precios pactada con base en el índice de costos de construcción de carreteras para los correspondientes grupos de obra.

5. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión denegará las pretensiones de la demanda, debido a que no fue posible determinar de forma contundente, que hubo una alteración anormal y significativa del equilibrio financiero del contrato celebrado entre las partes, y que éste haya sido ocasionado por la fórmula pactada en el acuerdo para el reajuste de los precios; pues de acuerdo con el acervo probatorio allegado al plenario, se evidenció que los hechos en los que se fundaron las pretensiones, no fueron debidamente acreditados en el plenario.

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

6. Hechos probados

En el presente asunto resultó acreditado lo siguiente:

6.1. Que mediante Resolución No. 13388 de 23 de septiembre de 1993 se adjudicó a la Sociedad Vías y Contrucciones S.A. VICON S.A., la construcción del k.0+000 al k.9+100 de la Variante de Cartagena (f. 261).

6.2. Que en fecha 12 de noviembre de 1993, las partes suscribieron el Contrato de Obra No. 913 de 1993 con el Fondo Nacional Vial hoy INVIAS en fecha 12 de noviembre de 1993, por el plazo de 10 meses, cuyo objeto era la construcción del k.0+000 al k.9+100 de la Variante de Cartagena.¹

6.3. Que el anterior contrato tuvo varias adiciones así:

- Contrato No. 612 de 1994, adicional No. 1 (f. 269-271).
- Contrato No. 0923 de 1994, adicional No. 2 (f. 272-274).
- Contrato No. 0943 de 1995, adicional No. 3 (f.276)
- Contrato No. 913-4-93 de 1996, adicional No. 4 (f. 277)
- Contrato No. 913-5-93 de 1996, adicional No. 5 (f.278-279)
- Contrato No. 913-6-93 de 1996, adicional No. 6 (f.281)
- Contrato No. 913-7-93 de 1996, adicional No. 7 (f.282-284)

6.4. Que en el aludido acuerdo, en la cláusula novena, párrafo, se pactó una fórmula denominada "AJUSTES", así: "El valor del acta por la obra ejecutada cada mes se

¹ Ver folio 264-268

ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula: $P1 = P0 \times I / I0$, en la cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados: P1= Valor ajustado del acta para cada grupo de obra. P0= Valor básico del acta para cada grupo de obra, calculado según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios consignados en la lista de Cantidades de Obra, Precios Unitarios y Valor total de la propuesta, igualmente afectados por el factor mencionado en la cláusula segunda del presente contrato y que forma parte del presente documento. I= Valor del "Índice (sic) de Costos de Construcción de Carreteras" para el correspondiente grupo de obra. El valor del Índice (sic) será calculado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte según lo establecido en la resolución número 15230 del 10 de diciembre de 1991, (...) I0= Valor de "I" para cada grupo de obra correspondiente al mes de agosto de 1993. Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de todos los requisitos, dentro del término previsto en el parágrafo "Actas de obra" de este contrato, se ajustará aquella con el índice correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada siempre que se encuentre cumpliendo con el programa de inversiones aprobado o se trate de obra ejecutada en forma adelantada."

6.5. Que en fecha 29 de diciembre de 1993, se suscribe acta de iniciación de la obra (f.263).

6.6. A folios 228 a 251, fueron remitidos los índices de costos en construcción de carreteras determinados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte – Fondo Vial Nacional, los cuales se emplean en la Fórmula General estipulada en el contrato suscrito entre las partes. ($P = P0 \times I / I0$).

6.7. A folio 254 se observa una relación enviada por la demandada de todos los pagos efectuados en desarrollo del Contrato No. 913 de 1993.

6.8. En cuaderno anexo, fueron allegadas las Actas de Ajustes de precio al contrato suscrito entre las partes.

7. Análisis de la Sala.

Con el contrato estatal se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su

formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.²

Esta particularidad de la contratación estatal, determina que para la ejecución del objeto contractual, la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución.

Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el curso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

Por estas razones es que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente, las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.³

El principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura

En el presente asunto, la sociedad actora afirma que durante la ejecución del Contrato No. 913 de 1993 celebrado con el INVIAS, y cuyo objeto era la construcción del k.0+000 al k.9+100 de la Variante de Cartagena, se presentó una ruptura del equilibrio financiero, originada en la fórmula de ajuste de precios pactada con base en el índice de costos de construcción de carreteras para los correspondientes grupos de obra.

En relación con el principio de la ecuación financiera, o equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha expuesto lo siguiente:

² Consejo de Estado Sección Tercera Subsección "B", sentencia del 29 de octubre de 2012 Rad 21429 C.P. Danilo Rojas Betancourth Exp 21429

³ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección "C", sentencia del 11 de junio de 2011 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18836.

“31. El principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato surge, entonces, como garantía para preservar que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, se mantenga durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

32. El “equilibrio financiero del contrato” o a la “honesto equivalencia de prestaciones”, con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático⁴, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo, implica que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entiendan como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca ese equilibrio en caso de que se pierda por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a la parte que resulte afectada, so pena de incurrir la otra en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.

33. De ahí que, ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo hagan incurrir en pérdidas, que no habría sufrido si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. Es decir, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que conmocione o altere de tal forma la economía del contrato situándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido, si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones originalmente pactadas.

34. Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato,

⁴ El artículo 1498 del Código Civil señala “[q]ue el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. .”.

constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.

(...)

38. Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar⁵. Igualmente, a este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato, pues como lo ha manifestado esta Corporación “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”⁶.”

De acuerdo con lo anterior, el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

Estos preceptos, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp 16 433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

El caso concreto

En el asunto que nos ocupa, la demandante sostiene que la fórmula estipulada en el contrato para el reajuste de precios rompió el equilibrio económico financiero del contrato, ya que la misma no conservó el valor inicial de los precios unitarios durante el plazo contractual; además de afirmar que los índices a que hace referencia el contrato quedaron por debajo del IPC fijado por el DANE; por consiguiente, los precios unitarios iniciales comenzaron a disminuir, mientras la prestación del contratista permanecía igual a la inicial.

Sin embargo, encuentra la Sala que el acervo probatorio que reposa en el expediente no lleva a la certeza de que la fórmula pactada y los índices aplicados hayan ocasionado la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato suscrito entre las partes; y que por ello deba reconocérsele el restablecimiento pretendido.

Pues bien, en los procesos referentes a los contratos celebrados por las entidades públicas, de los cuales conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, 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 Estado⁷, en las cuales se hace referencia al tema de la carga de la prueba.

En relación con la carga de la prueba por la ruptura del equilibrio financiero del contrato, la jurisprudencia ha expuesto lo siguiente:

“Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la

⁷ 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

ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar⁸. Igualmente, a este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato, pues como lo ha manifestado esta Corporación “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato⁹.”

Destaca la Sala que en el presente asunto, se advirtió una inactividad probatoria por parte del demandante, debido a que no se llevó a cabo la práctica de la prueba pericial solicitada ella, y que tenía como fin que un experto determinara la disminución de los precios unitarios del contrato con respecto a su valor inicial. Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte interesada nunca allegó los documentos que requería el experto para llevar a cabo el estudio solicitado; circunstancia que llevó a concluir el desistimiento de la prueba y a culminar el término probatorio, dándole paso a la etapa subsiguiente.

Así las cosas, la Sala denegará las pretensiones de la demanda, debido a que no puede determinar la Sala de forma contundente que hubo una alteración anormal y significativa del equilibrio financiero del contrato celebrado entre las partes, ocasionado por la fórmula pactada en el acuerdo para el reajuste de los precios; pues de acuerdo con el acervo probatorio allegado al plenario, se evidenció que los hechos en los que se fundaron las pretensiones, no fueron debidamente acreditados en el plenario.

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16 433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

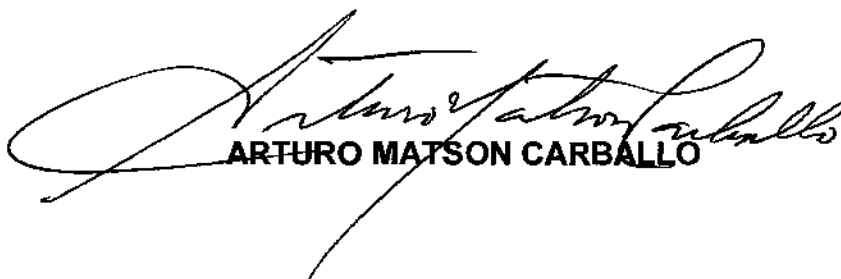
SEGUNDO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y devuélvase a la parte demandante el remanente que hubiese quedado de la suma consignada para cubrir gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere.

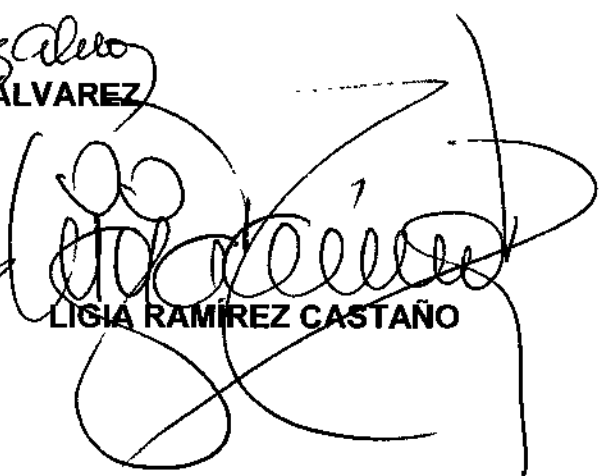
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO