



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0076
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: OSIRIS ESTHER CORREA VILORIA
DEMANDADO	: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2011-00223-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO
(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

D: 269 a 284
(1.c)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**
SENTENCIA No. **314 / 2013**

Cartagena de Indias, D. T. y C. Veintidós (22) de Noviembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Reconocimiento de prima técnica

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-006-2011-00223-01

II. PARTES

Demandante: OSIRIS ESTHER CORREA VILORIA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión 003 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 decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de Octubre de 2012 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se niegan las pretensiones de la demanda de la actora OSIRIS ESTHER CORREA VILORIA en contra de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones

“PRIMERO: Que es nulo íntegramente el acto administrativo contenido en el oficio No.2011 EE38742 de fecha 30 de mayo de 2011 mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima técnica a la cual tiene derecho la señora OS/R/S ESTHER CORREA VILORIA identificada con la CC. No, 45.452.048 de Cartagena. Economista y Contadora Pública, con quince años y diez meses de servicio a la Contraloría General de La República. Profesional Universitario Grado 10, a partir del año 1996 cuando cumplió los requisitos exigidos por la ley para su disfrute.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior se condene a la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA al RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA TÉCNICA, y por desde (sic) el año de 1996, cuando adquirió el derecho en forma continua mensualmente hasta cuando le sea incluida en la nómina la prima técnica para el pago regular junto con el salario mensualmente.

TERCERO: Que las sumas de dinero dejadas de pagar por concepto de la prima técnica se actualicen y cancelen intereses desde cuando se hicieron exigibles hasta cuando la sentencia favorable le ponga fin al proceso. Y posterior a la sentencia las sumas objeto de la condena se paguen intereses comerciales de mora hasta cuando el pago se haga efectivo”.

2. Hechos

“En síntesis son los siguientes:

"PRIMERO: Mi mandante en la actualidad de (sic) se encuentra vinculada a la entidad demandada, desde el 27 de octubre de 1995 fecha en que posesionó ante el Director Seccional Bolívar como profesional Universitario Nivel Profesional grado 01.

SEGUNDO: Mediante Resolución No. 0216 de fecha 16 de julio de 1996 se ordenó la inscripción de mi mandante en el escalafón de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República.

TERCERO: Mediante el Decreto 1384 de 1996 publicado en el Diario Oficial No. 42.853, de 12 de agosto de 1996, el Departamento Administrativo de la Función Pública estableció los requisitos mínimos para el otorgamiento de prima técnica a los empleados de los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional de la Contraloría General de la República. Definiendo como prima técnica:

"ARTICULO 1o. DEFINICIÓN. La prima técnica es un reconocimiento económico de carácter temporal y provisional, vinculado directamente al cargo desempeñado que busca mantener o atraer al servicio de la Contraloría General de la República, a funcionarios altamente calificados para el desempeño de cargos cuyas funciones demandan la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, o para la realización de labores de dirección, o de especial responsabilidad".

CUARTO: Mi mandante al cumplir con los requisitos que demandaba el Decreto 1384 de 1996, el 17 de septiembre de 1996 presentó la correspondiente solicitud al Comité de Preselección de Prima Técnica de la Contraloría General de la República — Seccional Bolívar, anexando para ello los documentos de su hoja de vida, diploma de Economista, certificado de estudios en la especialización en Finanzas, que para ese entonces estaba cursando, y otros certificados de cursos y seminarios realizados, así como certificados de experiencia laboral.

QUINTO: De conformidad con lo previsto por la Resolución No. 03839 del 26 de agosto de 1996 "Por la cual se establece el procedimiento para solicitar al (sic) asignación de prima técnica de los funcionarios de la Contraloría General de la República", el Comité de Preselección de Prima Técnica mediante Acta No. 002 del 25 de septiembre de 1996 analizó y revisó la documentación aportada y con base en el literal b), del artículo 50 del Decreto 1384 del 05 de agosto de 1996 y del numeral 5 del artículo 113 de la Ley 106 de 1993 la solicitud fue admitida. En concordancia con ello fue remitida la Oficina de Talento Humano para lo de su aprobación.

SEXTO: A pesar de haber sido aprobada en el Pre comité y de haberse remitido oportunamente a la Oficina de Talento Humano, tal como consta en los anexos, dicha oficina nunca se pronunció al respecto. Es de anotar, que tales documentos reposan en el expediente de hoja de vida de mi mandante y por ello se allegan a la solicitud autenticado por la entidad demandada.

SÉPTIMO: El 18 de noviembre de 1996 mi mandante y otros empleados de la Contraloría solicitaron al entonces Contralor General Dr. DAVID TURBAY TURBAY su intervención para que garantizara la imparcialidad en el otorgamiento de la prima técnica.

OCTAVO: El 17 de abril de 2007, en forma particular la señora CORREA VILORIA presentó al Contralor General de la República otra solicitud, mediante la cual le reiteró la petición anterior, solicitándole la asignación de la Prima Técnica al Contralor General esgrimiendo que el numeral 5° de la Ley 106 de 1996, estaba vigente al declarar exequible la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-100 de fecha 7 de marzo de 1996. Pero mi mandante nunca obtuvo respuesta sobre el particular.

NOVENO: El día 19 de mayo de 2011 mi mandante a través del ejercicio de su derecho fundamental de petición, solicitó a la a la (sic) Contralora General de

la República, que se le asignara, reconociera y pagara la *PRIMA TÉCNICA* a que tiene derecho.

DÉCIMO: A pesar de todas las solicitudes formuladas, solo mediante oficio N° 2011EE38742 DE FECHA 30 de mayo de 2011, recibido en la Gerencia Departamental Bolívar el día 2 de junio de 2011, la Gerente del Talento Humano, le respondió que "de acuerdo con los fundamentos legales expuestos anteriormente no es viable acceder a su petición de reconocer y pagar la prima técnica.

UNDÉCIMO: En apartes de la citada sentencia se lee:

"Nótese que usted se posesionó en el cargo de Profesional universitario Grado 10 el 27 de octubre de 1995 y antes de la expedición de los Decretos 1724 de 1997 y 133S de 2003, no fue emitido acto administrativo alguno que le conceda prima técnica".

DUODÉCIMO: La solicitud del derecho que le asiste a mi defendida para que le otorguen la Prima Técnica la hizo con fundamentación a que acreditó el título de especialista en Finanzas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Cartagena del 25 de abril de 1997 en vigencia del Decreto 1384 de 1996 que exigía como requisitos la acreditación aquellos que excedieran los mínimos para el desempeño del respectivo cargo, en su caso el de profesional universitario Grado 10, como también las certificaciones de trabajo que "acreditaban su experiencia laboral por encima de los requisitos mínimos del cargo, que en ese entonces eran 3 años de experiencia y con los documentos aportados acreditó 6 años y 7 meses a la fecha de posesión en el mismo y a la fecha de la primera solicitud de prima técnica su experiencia laboral era 7 años 6 meses y en ese momento ya cursaba en la Universidad de Cartagena la especialización en Finanzas".

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

El actor invoca como vulneradas las siguientes normas:

Constitucionales:

Artículos 58, 13, 150 ordinal 19, 189 ordinal 14. 43.

Legales:

Ley 106 de 1993 numeral 5 del artículo 113.

Ley 4 de 1992.

Ley 270 de 1996 arts. 45-48.

Decretos del orden Nacional:

Decreto 1384 de 1396.

Normas Reglamentarias:

Resolución N°3839 de fecha 23 de agosto de 1995 expedida por el señor Contralor General de la República".

De igual modo, manifiesta la parte actora que la entidad demandada ha violado los "ARTÍCULOS 2. 13, 159 ORDINAL 19. 189 ORDINAL 14 Y 243 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. ARTS. 45-4e DE LA LEY 270 DE 1996 y 21 DEL DECRETO 2067 DE 1991, 1384 de 1996. RESOLUCIÓN 3839 DE 1996 EMANADA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, POR LA NEGATIVA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE RECONOCER EL DERECHO DE MI MANDATE A PRIMA TÉCNICA ARGUMENTANDO QUE ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LOS DECRETOS 1724 DE 1996 Y 1336 DE 2003 NO FUE EMITIDO POR ESA ENTIDAD ACTO ADMINISTRATIVO ALGUNO QUE LA CONCEDIERA:

Referente al concepto de la violación, la accionante lo expone en los siguientes términos que se resumen:

El acto administrativo demandado viola directamente las normas transcritas, por las razones que a continuación se exponen:

El artículo 2 del Decreto 1384 de 1996 dispone:

ARTÍCULO 2o. CAMPO DE APLICACIÓN. El Contralor General de la República podrá asignar prima técnica a los funcionarios que desempeñen cargos comprendidos en los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional.

Si bien, el Decreto 1724 de 1997 de fecha 4 de julio de 1997, dictado en desarrollo de las facultades de la ley 4 de 1.992, restringió el ámbito de aplicación del beneficio a /a prima técnica a los empleados del nivel directivo, asesor y ejecutivo, y señala como requisito para tener el derecho a acceder a este beneficio, la permanencia en el empleo. Disponiendo que:

"La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público. (...)"

"No lo es menos, que la señora CORREA VILORIA como profesional universitario solicitó y acreditó los requisitos para acceder a la prima técnica dentro de la vigencia del artículo 6 de Decreto 1384 de 1996, esto fue el 17 de septiembre del año 1996. Aunado a lo anterior el Comité de Preselección para la Prima Técnica mediante acta de No. 002 del 25 de septiembre de 1996 analizó y revisó la documentación aportada y con base en el literal b), del artículo 5° del Decreto 1384 del 05 de agosto de 1996 y del numeral 5 del artículo 113 de la Ley 106 de 1993 admitió la solicitud, por lo que en cumplimiento del procedimiento previsto por la Resolución №3839 de 1996, fue remitida a la Oficina de Talento Humano. La

Contraloría General de la República a pesar de los requerimientos de mi mandante solo se ha pronunciado en el caso que nos ocupa a través del acto administrativo que se demanda, señalando en el mismo que no es viable acceder a la petición formulada por ella esgrimiendo injustificadamente que esa entidad no emitió acto administrativo alguno de reconocimiento antes de que entraran en vigencia los Decretos 1724 de 1997 y 1336 de 2003, desconociendo con ello que, fa derogatoria de un acto surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma.

Es decir que el acto demandado no solo vulnera los derechos adquiridos de la señora CORREA VILORIA, sino que además, alega su propia culpa a favor suyo, lo cual desconoce los preceptos constitucionales y legales que regulan la materia y que previamente fueron citados.

Es pertinente anotar que el Consejo de Estado mediante fallo 1336 de 2003, sobre el examen de legalidad de los artículos 1 y 6 del Decreto 1724 de 1997, precisó:

"Por virtud de la modificación introducida se suprimió el nivel profesional del universo de destinatarios de la prima técnica. ¿Pero qué clase de decreto fue el que obró tal eliminación? Veamos pues: El decreto acusado fue dotado con fundamento en la Ley 4a de 1992, es decir, se trata de un acto administrativo expedido en desarrollo de una "ley-marco", que según se ha visto puede tener la virtualidad de modificar o derogar las leyes preexistentes. Por consiguiente, a partir de la promulgación del decreto censurado debe considerarse insubsistente el segmento referido a nivel profesional en el inciso primero del ordinal 5° del artículo 113 de la ley 106 de 1993, al propio tiempo que modificados los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto 1384 de 1996, advirtiéndose además que para la reincorporación positiva del mencionado nivel profesional, necesaria será la expedición de una ley, o de un decreto de "ley-marco" que así lo dispongan.

Así pues, teniendo en cuenta que las normas presuntamente quebrantadas podían ser modificadas o derogadas por el Decreto 1724 de 1997, sin perjuicio de los derechos adquiridos este decreto habrá de preservarse dentro del ordenamiento jurídico positivo." (Subraya y negrilla nuestras.)

Posteriormente el Decreto 1336 de fecha 27 de Mayo de 2003 "Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado" sólo permite la asignación de prima técnica a los niveles Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público.

• **Sobre el derecho adquirido**

Recuérdese que el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege: no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador.

En materia laboral la noción de derechos adquiridos únicamente tiene cabida con relación a los derechos que el trabajador ha afianzado y solidificado en el tiempo de su vinculación laboral, mas no frente a meras posibilidades o esperanzas de conseguir alguna cosa, si se depara una oportunidad, ni frente a expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho.

Teniendo en cuenta que la señora CORREA VILORIA presentó su solicitud el 17 de septiembre de 1996, que esta fue admitida por el comité de preselección el 25 del mismo mes y año, se establece que esta ya había configurado su derecho a reconocimiento y pago de la prima técnica, por haber cumplido con todos los requisitos para accederá ella antes de que entrara en vigencia el decreto 1724 de 1997, pues ocupaba un cargo de nivel profesional y se encontraba cursando la especialización en finanzas*.

B. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada, presentó contestación de la demanda de la referencia dentro de la oportunidad legal para el caso, contestación vista a folios 164-181 del expediente:

En la referida contestación, el ente acusado se opuso a las pretensiones de la demanda alegando ausencia de fundamento táctico y jurídico.

Al respecto manifestó el ente accionado:

Sobre los hechos primero y segundo, los consideró probados con más precisión en la historia laboral y el certificado de tiempo de servicio de la actora.

En relación con los hechos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo: indicó la demandada que la parte actora relaciona la normatividad existente desde el año 1996, en materia de prima de técnica y que en cuanto a requisitos para su asignación, el Decreto 1384 de 1996 establece que:

La prima técnica es un reconocimiento económico de carácter temporal y provisional, vinculado directamente al cargo desempeñado que busca mantener o atraer al

servicio de la Contraloría General de la República, a funcionarios altamente calificados para el desempeño de cargos cuyas funciones demandan la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, o para la realización de labores de dirección, o de especial responsabilidad.

La prima técnica se otorga de acuerdo con las necesidades específicas de la entidad y con estricta sujeción a la previsto en el presente Decreto". Respecto al hecho tercero, estima la demandada que no constituye un hecho sino un argumento jurídico y que por tanto no debería integrar tal acápite. Pero al hacer relación a la Prima Técnica, manifiesta la accionada que como bien lo enuncia la norma, tal prerrogativa -la Prima- es un beneficio de carácter temporal y provisional que recae en funcionarios altamente calificados que desempeñan funciones que requieren de conocimientos altamente especializados, y que en el caso de la actora no se cumplían tales requisitos, puesto que la señora Osiris presentó sus primeras solicitudes en el año 1996 sin ostentar título de especialización, máxime cuando el mencionado título lo obtuvo el 25 de abril de 1997 y lo allegó a la historia laboral el 11 de septiembre de 1997, tiempo éste en que no se encontraba cobijada con el beneficio de la Prima Técnica.

En la misma línea, manifiesta la entidad accionada, que la demandante en escrito del 17 de septiembre de 1996 allega documentos entre los cuales, reposaba certificado de estudios de Especialización que se encontraba cursando, de lo que se concluye que la actora no poseía los requisitos establecidos para que se le asignara la aludida prima técnica al momento de presentar sus solicitudes antes de la vigencia del Decreto 1724 de 1997.

Aduce la demandada, que como se dijo en la demanda, la actora ostenta el cargo de Profesional, Grado 01, cargo creado por el Decreto Ley 271 del 2000, lo que demuestra que la citada fue incorporada después de la expedición del Decreto 1724 de 1997, fecha a partir de la cual, el nivel profesional fue excluido como beneficiario del otorgamiento de la prima técnica.

Con respecto a los fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de la violación, la entidad incoada centra su argumentación en decir que el oficio del 30/05/2011 impugnado por la actora, constituye una simple comunicación y no un verdadero acto administrativo. En consecuencia, aduce la demandada que el referido oficio no puede ser objeto de enjuiciamiento ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, más específicamente ante los Juzgados Administrativos del circuito.

Por otro lado, señala la demandada que la reclamación del derecho por parte de la actora obedece a una confusión, por cuanto el artículo 113 de la ley 106 de 1993 permitía que los empleados de la Contraloría General de la República que desempeñaran cargos del nivel profesional pudieran ser objeto de la asignación de prima técnica, lo cual fue encontrado por la Corte Constitucional como ajustado a la Constitución, pero que ello no impedía al Gobierno Nacional a modificar el régimen salarial, y como consecuencia excluir de la asignación al Nivel Profesional.

Siguiendo la línea, arguye la accionada que el reconocimiento de la prima técnica requiere del lleno de los requisitos exigidos en la normatividad que la regula, y solo podrá otorgarse previa expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, además mientras el empleado no solicite su reconocimiento no es posible su otorgamiento, y en el presente caso no hay prueba que demuestre que a la señora OSIRIS ESTHER CORREA VILORIA se le hubiese otorgado la prima técnica.

Sumado a lo anterior, resalta la Contraloría que el Decreto 1724 de 4 de julio de 1997, excluyó al Nivel Profesional como beneficiario de la prima técnica. En efecto este Decreto modificó en lo pertinente el artículo 3° del Decreto 1661 de 1991 determinando que la Prima Técnica solo se otorgaría a quienes laboraran en los cargos Directivos, Asesor y Ejecutivo.

Así, manifiesta que a nivel interno la Contraloría General de la República, tiene regulado el tema del otorgamiento o asignación de la prima técnica, el cual no incluye al nivel profesional, por expresa prohibición legal, de tal manera que este acto administrativo goza de presunción de legalidad y es de aplicación forzosa por parte de los servidores de la Contraloría General de la República.

De este modo, expone que la señora OSIRIS ESTHER CORREA VILORIA no consolidó su derecho a percibir la prima técnica con anterioridad a la fecha en que entró a regir la disposición que restringió el derecho a obtenerla (Decreto 1724 del 4 de julio de 1997).

En igual medida, alega que la prima técnica no constituye derecho adquirido y para confirmar ello cita pronunciamientos del Consejo de Estado, señalando que la actora no consolidó su derecho a percibir la prima técnica con anterioridad a la fecha en que entró a regir la disposición que restringió el derecho a obtenerla.

Finalmente propone las siguientes excepciones:

Caducidad

Manifiesta el ente demandado, que frente a las peticiones de asignación de prima técnica de años anteriores a 2011, no obra una respuesta de la administración, por lo que habiendo operado silencio administrativo negativo, el término para acudir a la Jurisdicción Administrativa, se encuentra caducado.

Inepta demanda

Aduce la acusada que la presente acción carece de fundamentos legales que permitieran la prosperidad de las pretensiones. Asimismo, alega que el oficio demandado no es un acto administrativo.

Inexistencia de obligación y cobro de lo no debido

Alega la acusada, que no existe un acto administrativo que asigne la prima técnica a la actora, y de existir los efectos fiscales se surtirían a partir de la fecha de expedición del correspondiente acto administrativo de asignación.

Los cargos propuestos en la demanda, carecen de identificación del vicio de nulidad, razón por la que deben ser negados. Igualmente, el derecho de asignación de la prima técnica reclamado por la actora, no existe, por no haberse consolidado; y en este sentido, la demandante no logró acreditar los supuestos normativos de que tratan los Decretos 1691 y 2164 de 1991: por lo que no le es dable reclamar el cobro de una suma de dinero que no se le adeuda.

Inexistencia del Acto Administrativo.

Arguye el ente demandado, que el Oficio del 30/05/2011 mediante el cual se expusieron e informaron las razones de orden jurídico por las cuales no se podía asignar prima técnica, no constituye un verdadero acto administrativo, toda vez que, éste no contiene una decisión de la Contraloría General de la República en el sentido de disponer de la creación, modificación o extinción de derechos a quienes lo elevaron, sino que simplemente se limita a dar la información solicitada, ilustrando al interesado con las normas allí contenidas.

Prescripción Trienal.

Expone la demandada que en caso de que se decrete a favor de la actora, algún por concepto de prima técnica, al mismo debe aplicarse el concepto de prescripción trienal prevista en el artículo 151 del decreto 2158 de 1948 que reza: "ARTICULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya

hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual⁷.

C. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, profiera la sentencia de fecha treinta y uno (31) de octubre de 2012, negando las pretensiones de la demanda, por considerar que para que la señora Osiris Esther Correa Viloria pueda adquirir la prima técnica bajo el régimen de transición del Decreto 1724 de 1997, fundada en el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada, resulta necesario que acorde con el Decreto 1661 de 1991 y su reglamento, solicitara tal prestación, demostrando que ocupaba en propiedad el empleo de Profesional Especializado Grado 10 y que con anterioridad al 4 de julio de 1997- fecha de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, poseía título de estudios de formación avanzada o de postgrado y tres (3) años de experiencia altamente calificada o había terminado estudios de formación avanzada y adquirido seis (6) años de experiencia altamente calificada, en todo caso, como requisitos adicionales a los requeridos para su posesión en el citado empleo.

Así mismo señala que revisadas las pruebas obrantes en autos, se concluye, que al momento de elevar las distintas peticiones en sede administrativa, la actora contaba con los estudios de formación avanzada requeridos, lo que se desprende al constatar que adquirió el título de Especialista en Finanzas – 25 de abril de 1997 (folio 98)-. Con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, 4 de julio de 1997- que derogó el Decreto 1661 de 1991.

No obstante lo anterior, respecto de la experiencia exigida para el otorgamiento de la pretendida prima técnica a la actora, señora Osiris Correa, requisito sin el cual sería imposible jurídicamente conceder la pretendida prima, advierte el Despacho

que no reposa dentro del plenario, prueba fehaciente que demuestre que para la fecha anterior al 4 de julio de 1997, la citada ostentaba una experiencia superior a los tres (03) años contentivos del requisito mínimo para posesionarse en su cargo de Profesional Universitario Grado 10.

En ese sentido, es evidente que aunque manifestó haber acreditado en sede administrativa una experiencia relacionada de 7 años y 6 meses, no allegó o por lo menos no hacen parte del expediente administrativo, las pruebas de su dicho, entre ellas, por ejemplo, las funciones que cumplió, similares a las propias del empleo al que estaba vinculado y en cuyo desarrollo adquirió experiencia profesional altamente calificada.

En suma, se tiene que al momento de la solicitud del 20 de mayo del año 2011, la actora ya no se encontraba dentro del grupo de beneficiarios que la ley consagraba para tal prima, igualmente, no podía estimarse que consolidó la totalidad de requisitos al amparo de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, ya que, en atención al artículo 6° del último de estos decretos "(...) Cuando se asigne con base en el criterio de que trata el literal a) del artículo 2 del Decreto-ley 1661 de 1991, solamente se tendrán en cuenta los requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe el empleador...)".

Así las cosas, deberá mantenerse la presunción de legalidad del acto acusado, atendiendo que los argumentos de la parte actora, parten del supuesto no demostrado de que sí cumplió los requisitos de formación avanzada y experiencia calificada previstos en el Decreto 1384 de 1996.

D. EL RECURSO DE APELACION

El apoderado especial de la parte demandante interpone recurso de apelación contra sentencia de fecha 31 de octubre 2012, sustentándolo de la siguiente manera:

El despacho en el fallo que se impugna desconoce el derecho que le asiste a su poderdante que adquirió el derecho de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1384 de fecha 12 de agosto de 1996, mediante el cual definía el concepto de prima técnica y quienes tenían derecho a disfrutar del mencionado beneficio económico.

Mi poderdante quien viene vinculada a la entidad desde el día 27 de octubre de 1995, y quien para dicha posesión en el cargo debió presentar copia de su diploma de profesional de Economista y se encontraba cursando la especialidad en Finanzas, también debió acreditar ante la Contraloría la experiencia laboral como requisito indispensable para su posesión en el cargo, en los términos establecidos en el Decreto 1384 de 12 de agosto de 1996.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma establece que mi poderdante para que se le reconociera la Prima Técnica tenía que demostrar o aportar al momento de su posesión en el cargo los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicho beneficio, para lo cual mi poderdante aportó título de Economista de la Universidad de Cartagena, más las certificaciones expedidas por Surtigas, Serviobras Ltda, y Bonsalud, con las que acreditó experiencia laboral, así mismo allegó título de especialista en Finanzas.

La ley 106 de 1993, estableció los factores de valoración para acceder al reconocimiento de la prima técnica.

Artículo 103: Requisitos para el Ejercicio de los empleos. "Para el desempeño de los empleos correspondientes a los niveles de que trata el artículo anterior de esta ley bastara reunir las calidades que determinen los manuales, de acuerdo con cualquiera de los siguientes requisitos generales: (...)

3.- Nivel Profesional

Para el nivel profesional se requiere grado profesional "o" título universitario de Especialista y experiencia.

Mi poderdante contaba con el título de economista conferido por la Universidad de Cartagena del 14 de Diciembre de 1988, (Requisito mínimo de empleo).

Mi poderdante se desempeñó como Gerente del Fondo de Empleados de Surtigas desde el 1 de febrero de 1989 hasta el 13 de Septiembre de 1994 para un total de tiempo de servicios en esta entidad, de 5 años y 7 meses, Asistente de Gerencia en Serviobras Ltda, durante Tres (3) meses. Asesora Comercial en Bonsalud desde el 12 de Enero de 1995 hasta el 15 de Octubre del mismo año, completando, 9 meses de tiempo de servicio en esta entidad, para un total de experiencia laboral de 6 años y 9 meses (Exceden los requisitos mínimos del empleo). Y que fueran aportados al momento de solicitar la prima técnica, documentos que así mismo, reposan en el expediente de la hoja vida de mi poderdante, en los archivos de la CGR y que fueron estudiados y apreciados razonablemente por el Comité de Preselección de Prima Técnica, Seccional Bolívar, conforme a los procedimientos internos de la Contraloría General de la República, para solicitar la asignación de prima técnica. (Resolución 03839 del 28 de Agosto de 1996).

Todo lo cual prueba que al momento en que entró en vigencia el Decreto 1724 de 1997, mi poderdante tenía 8 años 5 meses de experiencia profesional, específica, relacionada y general.

A mi poderdante se le otorgó Título de especialista en finanzas el día 25 de Abril de 1997, título otorgado por la Universidad de Cartagena, (excede los requisitos mínimos del empleo)

Es de observar además, que en el citado fallo, se está desconociendo abiertamente el régimen especial de Prima Técnica que regía a los servidores de la Contraloría General de la República con anterioridad a la vigencia del decreto 1724 de 1997,

contenido, para la en que mi poderdante solicitó el reconocimiento del derecho, en la ley 106 de 1993 el decreto 1384 de 1996, toda vez, que aplicó erróneamente al caso, la normatividad sobre prima técnica propia de la Rama Ejecutiva (decretos 1661 y 2164 de 1991), al estimar que mi poderdante no consolidó la totalidad de los requisitos al amparo de estos decretos, sin que se expusiera las más mínima argumentación sobre las razones por las cuales aplicaba el régimen general y desechara el régimen especial de la Contraloría General de la República. En estas condiciones, esta estimación en el fallo, no constituye un precedente válido que deba ser acatado, como regla general.

Por todo lo anterior, mi poderdante es beneficiaria de la Prima Técnica, en los términos establecidos en el Decreto 1384 de 1996, ya que con la expedición de dicho decreto es que mi poderdante adquiere el derecho y reconocimiento de la prima técnica, estimó el juzgador en su fallo, que no se acreditó la experiencia laboral de mi poderdante en el expediente, experiencia laboral que mi poderdante acredita al momento de posesionarse al cargo y al momento en que solicitó el reconocimiento de dicho beneficio económico, olvidándose el juzgador que de esta manera se le hace más gravosa la situación a mi poderdante que viene a ser la parte débil en el proceso, ya que solo bastaba demostrar que mi poderdante es beneficiario de dicha prima, en los términos establecidos por el Decreto 1384, derecho este adquirido que no puede ser desconocido por la expedición de otros decretos, que excluyen a los funcionarios del nivel profesional como lo hizo el decreto 1724 de 1997.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto del primero (13) de Septiembre de dos mil trece (2013) se admitió el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia.
- Por medio de auto del diez (10) de octubre de dos mil trece (2013), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.
- Finalmente el expediente entra al despacho para fallo de segunda instancia.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio público desistió de emitir concepto, en el presente proceso de la referencia.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior, razón por la cual, la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

2. Acto Administrativo acusado

- Oficio No. 2011 EE38742, de fecha 30 de mayo de 2011, por medio del cual la Contraloría General de la Republica no accedió al reconocimiento y pago de la prima técnica solicitada por la accionante.

3. Síntesis del Caso

En el presente caso pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No.2011 EE38742 de fecha 30 de mayo de 2011 mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima técnica a la cual tiene

derecho la señora OSIRIS ESTHER CORREA, Economista y Contadora Pública, con quince años y diez meses de servicio a la Contraloría General de La República, Profesional Universitario Grado 10, a partir del año 1996 cuando cumplió los requisitos exigidos por la ley para su disfrute, y que como consecuencia de lo anterior se condene a la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA al reconocimiento y pago de la prima técnica desde el año de 1996, cuando adquirió el derecho en forma continua mensualmente, hasta cuando le sea incluida en la nómina la prima técnica para el pago regular junto con el salario mensualmente.

Por su parte la entidad demandada, manifiesta su negativa a reconocer y pagar a la actora la prima técnica, en razón a que el Decreto 1724 de 1997 excluyó al nivel profesional dentro de los niveles beneficiarios de la prima técnica, estando negada para la accionante, la posibilidad de percibir el beneficio aludido, máxime cuando la actora no demostró los requisitos necesarios para beneficiarse con la comentada prima.

El a-quo, niega las pretensiones de la demanda, por considerar que para que la señora Osiris Esther Correa Viloria pueda adquirir la prima técnica bajo el régimen de transición del Decreto 1724 de 1997, fundada en el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada, resulta necesario que acorde con el Decreto 1661 de 1991 y su reglamento, solicitara tal prestación, demostrando que ocupaba en propiedad el empleo de Profesional Especializado Grado 10 y que con anterioridad al 4 de julio de 1997- fecha de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, poseía título de estudios de formación avanzada o de postgrado y tres (3) años de experiencia altamente calificada o había terminado estudios de formación avanzada y adquirido seis (6) años de experiencia altamente calificada, en todo caso, como requisitos adicionales a los requeridos para su posesión en el citado empleo.

Así mismo señala que revisadas las pruebas obrantes en autos, se concluye, que al momento de elevar las distintas peticiones en sede administrativa, la actora contaba

con los estudios de formación avanzada requeridos, lo que se desprende al constatar que adquirió el título de Especialista en Finanzas – 25 de abril de 1997 (folio 98), con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, 4 de julio de 1997- que derogó el Decreto 1661 de 1991.

No obstante lo anterior, respecto de la experiencia exigida para el otorgamiento de la pretendida prima técnica a la actora, señora Osiris Correa, requisito sin el cual sería imposible jurídicamente conceder la pretendida prima, advierte el a quo que no reposa dentro del plenario, prueba fehaciente que demuestre que para la fecha anterior al 4 de julio de 1997, la citada ostentaba una experiencia superior a los tres (03) años contentivos del requisito mínimo para posesionarse en su cargo de Profesional Universitario Grado 10.

Finalmente, el recurrente manifiesta que el a-quo desconoce el derecho que le asiste a su poderdante que adquirió el derecho de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1384 de fecha 12 de agosto de 1996, mediante el cual definía el concepto de prima técnica y quienes tenían derecho a disfrutar del mencionado beneficio económico.

Señala que la actora, quien viene vinculada a la entidad desde el día 27 de octubre de 1995, y quien para dicha posesión en el cargo debió presentar copia de su diploma de profesional de Economista y se encontraba cursando la especialidad en Finanzas, también debió acreditar ante la Contraloría la experiencia laboral como requisito indispensable para su posesión en el cargo, en los términos establecidos en el Decreto 1384 de 12 de agosto de 1996.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma establece que a la actora para que se le reconociera la Prima Técnica tenía que demostrar o aportar al momento de su posesión en el cargo los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicho beneficio, para lo cual aportó título de Economista de la Universidad de Cartagena, más las certificaciones expedidas por Surtigas, Serviobras Ltda, y Bonsalud, con las que acreditó experiencia laboral, así mismo allegó título de especialista en Finanzas.

En virtud de lo anterior, se procede a delimitar el problema jurídico y los puntos sobre los cuales va a versar el estudio de fondo en esta instancia.

4. Problema jurídico.

De conformidad con las posiciones asumidas por las partes y atendiendo a lo decidido por el Juzgado a quo, la sala considera que el problema jurídico consiste en determinar si en el presente caso la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la PRIMA TÉCNICA por formación avanzada y experiencia profesional calificada, desde el año 1996; o si por el contrario, tal y como lo consideró el a-quo, esta no tiene derecho al reconocimiento de la Prima Técnica, en razón de que no quedó demostrado dentro del plenario que haya acreditado la experiencia profesional requerida para tal derecho, en virtud de las exigencias legales.

5. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que en el presente caso, la actora no acreditó dentro del plenario la experiencia profesional exigida para el reconocimiento de la Prima Técnica, requisito sin el cual sería imposible conceder dicha pretensión, en razón que para la fecha anterior al 4 de julio de 1997, la actora no ostentaba la experiencia profesional exigida para ser beneficiaria de la pretendida Prima Técnica

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

6. Marco Normativo y Jurisprudencial

La prima técnica es un reconocimiento económico, que consiste en un porcentaje sobre el salario devengado. Inicialmente se creó para aquellos cargos que exigían estudios especiales y/o experiencia altamente calificada, surgiendo con el Decreto Ley 2285 de 1968.

El Decreto 1661 de 1991, reglamentado por el Decreto 2164 de 1991, modificó el régimen de Prima Técnica y se estableció bajo dos modalidades: para funcionarios altamente calificados que requieran de conocimientos técnicos o científicos especializados o labores de dirección o de especial responsabilidad y por reconocimiento al desempeño en el cargo.

El Decreto 1661 de 1991, dispuso:

"Art. 1º. Definición y campo de aplicación. La prima técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo será un reconocimiento al desempeño del cargo, en los términos que se establecen en este decreto.

Tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determinará más adelante, los funcionarios o empleados de la rama ejecutiva del poder público.

"Art. 2º. Criterios para otorgar la prima. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado.

- a) Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, o*
- b) Evaluación del desempeño. (...)*

"Art. 3º. Niveles en los cuales se otorga la Prima Técnica. Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. La prima técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.-"

Parágrafo. En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica.

"Art. 4º. Límites. La Prima Técnica se otorgará como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario o empleado al que se asigna, el cual no podrá ser superior al 50% de la misma; por lo tanto, su valor se reajustará en la misma proporción en que varía la asignación básica mensual del funcionario o empleado, teniendo en cuenta los reajustes que ordene el Gobierno.

"Art. 5º. Competencia para la asignación de Prima Técnica. Será competente para asignar la Prima Técnica el jefe del organismo respectivo.

"Art. 6º. Procedimiento para la asignación de Prima Técnica.

a) La solicitud debe ser presentada en la oficina de personal del respectivo organismo, o la dependencia que haga sus veces, con la documentación que acredite los requisitos que se mencionan en el artículo 2º de este Decreto.

b) Una vez reunida la información, el jefe de personal, o quien haga sus veces, verificará si el solicitante llena los requisitos previstos en los artículos precedentes, para lo cual contará con un término de dos (2) meses.

c) Si el candidato llenare los requisitos, el jefe del organismo correspondiente proferirá la resolución de asignación.

Parágrafo. En todo caso, la Prima Técnica sólo podrá otorgarse previa la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal.

Art. 7º. *Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2º del presente decreto; y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.*

Art. 8º. *Temporalidad. El retiro del funcionario o empleado de la entidad en la cual presta sus servicios implica la pérdida de la Prima Técnica asignada. Igualmente se perderá cuando se imponga sanción disciplinaria de suspensión.*

Parágrafo. *La Prima Técnica en todo caso podrá ser revisada, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada. Cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño se perderá si cesan los motivos por los cuales se asignó.*

Art. 9º. *Otorgamiento de prima técnica en las entidades descentralizadas. Dentro de los límites consagrados en el presente decreto, las entidades y organismos descentralizados de la Rama Ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus Juntas, Consejos Directivos o Consejos Superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten.*

Art. 10º. *Excepciones a la aplicación de este capítulo. Lo dispuesto en los anteriores artículos no se aplicará:*

- a) *A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan sus servicios en el exterior.*
- b) *Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, salvo las Universidades;*

- c) A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas, dentro de las cuales se recompensen pecuniariamente los factores aquí establecidos para asignar Prima Técnica;
- d) Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional;
- e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma;
- f) A los beneficiarios de la Prima Técnica de que tratan los Decretos leyes 1016 y 1624 de 1991.

Parágrafo 1º. Los funcionarios o empleados que a la fecha de expedición de este Decreto tengan asignada Prima Técnica, continuaran disfrutándola en las condiciones que haya sido otorgada mientras permanezcan en el mismo cargo en la respectiva entidad.

Parágrafo 2º. La Prima Técnica de que trata el Decreto-Ley 1016 de 1991 para Directores Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos, se aplicará para los cargos equivalentes con diferente denominación que determine en los mismos organismos el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

El Decreto 2164 de 1991, reglamentario del Decreto 1661 de 1991, en el artículo 5º, en materia de reconocimiento de prima técnica por evaluación de desempeño, señaló:

“Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen en propiedad cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7º del presente decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%) como mínimo del total de puntos de cada una de las calificaciones de servidores realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.”

De acuerdo con la disposición trascrita, la prima técnica aludida puede otorgarse en todos los distintos niveles de la administración, siempre que la evaluación de desempeño corresponda como mínimo al 90%.

En relación con el derecho a obtener el beneficio económico de la Prima Técnica por evaluación de desempeño, el Consejo de Estado¹ precisó que hay que distinguir dos clases de competencia diferentes, a fin de poder dilucidar el momento en que nace el derecho a su reconocimiento, así, la del Legislador que la creó y la del funcionario investido con competencia para asignar o conceder la prima técnica. Al respecto señaló:

“Antes de abordar el asunto concreto de la demanda se debe precisar que para el surgimiento del derecho de prima técnica se requiere del ejercicio de dos competencias diferentes que conviene deslindar, para dilucidar el momento a partir del cual nace –como un derecho subjetivo del funcionario– la prima técnica por evaluación de desempeño: Una es la competencia que ejerció el legislador al establecer o crear de forma general el derecho a prima técnica en sus dos modalidades; y otra es la competencia para asignarlo a un empleado determinado, según los criterios propios de cada entidad.

“La competencia para crear el derecho a prima técnica fue ejercida con la expedición del decreto 1661 de 1991 y los posteriores que han modificado el precitado régimen. En dichas normas la “prima técnica”, se concibe como un reconocimiento económico para atraer, o mantener en el servicio del Estado, a funcionarios o empleados altamente calificados, que se requieren para el desempeño de cargos cuyas funciones

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 19 de enero de 2006, Actor Suaincer Joaquín Madera Aguilar contra el Departamento de Córdoba, Rad. 23001-23-31-000-2002-00426-01 (0476-05), C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero

demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, o la realización de labores de dirección de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Igualmente, como un reconocimiento al desempeño del cargo (Decreto-Ley 1661 de 1991, artículo 1º).

“En su origen, se entendió la prima técnica, (artículo 4º del decreto 1661 de 1991 y 10 del decreto reglamentario 2164 de 1991) como un porcentaje de la asignación básica mensual cuya cuantía define la respectiva entidad empleadora según criterios propios y atendiendo a las condiciones personales del funcionario. Por ello si bien la creación del derecho objetivo de prima técnica fue un acto de competencia exclusiva del legislador, la “asignación” o concesión a los empleados de una determinada entidad constituye una determinación exclusiva de ésta y concretamente del funcionario u organismos que haya sido investido de competencia por la ley para establecer las condiciones particulares y los porcentajes de asignación del derecho.”

Decreto 1724 de 1997 y su régimen de transición

Este Decreto en su artículo 1º restringió la prima técnica solamente para los niveles directivo, asesor y ejecutivo, modificando así el artículo 3º del Decreto 1661 de 1991, pero permitió en su artículo 4º que la continuaran disfrutando aquellos funcionarios a quienes se les hubiere otorgado en niveles diferentes a los señalados, hasta su retiro o hasta que cumplieran las condiciones para su pérdida.

“Art. 1º. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor o Ejecutivo, o sus equivalencias.” Subrayó la Sala.

“Art. 4º. Aquellos empleados o quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan

las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento."

En relación con el régimen de transición establecido por el artículo 4º precitado, el Consejo de Estado² manifestó:

"En su art. 1º modifica el régimen de la prima técnica al señalar –al futuro- que ella sólo puede otorgarse por los dos criterios o modalidades existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente pero en cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público. Y en el art. 2º establece los requisitos administrativos de disponibilidad presupuestar y certificado de viabilidad presupuestal.

"El art. 4º del D.L. 1724 de 1997 se refiere a la futura situación de quienes desempeñen cargos en niveles diferentes a los señalados en el art. 1º y anteriormente se les otorgó la prima técnica. Aquí se analizará parcialmente la situación en cuanto a la prima técnica por evaluación del desempeño. La norma puede ser analizada desde dos puntos de vista.

"Desde un primer punto de vista, consagra UN RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, frente a quienes se otorgó el derecho frente a la ley a la prima técnica por evaluación del desempeño antes de esta disposición pero los empleos que desempeñan no pertenecen a los niveles establecidos en el art. 1º del nuevo régimen.

"Este régimen de transición tiene una característica diferencial de los ya conocidos, por cuanto aquí no se pretende que se resuelva sobre la "adquisición" del derecho según determinados requisitos frente a un "régimen jurídico anterior", sino al "mantenimiento o conservación" potencial y a futuro (que, en principio, depende del

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2006, C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, Rad. 000-2000-1950-01 (399-03).

cumplimiento de la calificación ponderada exigida) del derecho adquirido anteriormente a pesar del surgimiento de un nuevo régimen con otros requisitos v. gr. por restricción de los niveles en que se puede tener derecho a la mencionada prima (art. 1º) y que prevé las causales de su pérdida.

(...)

*Un segundo punto de vista, implicaría que el art. 4º del D.L. 1724/97 comprende **UNA EXCEPCIÓN al nuevo régimen consagrado en el art. 1º**, el cual a partir de la fecha de vigencia de la disposición establece unos "nuevos titulares"- en general- de la citada prima con restricción de los niveles en que puede obtenerse. La excepción consistiría en que, a pesar de LA RESTRICCIÓN de niveles de los cargos en los cuales se puede asignar la citada prima, en el futuro, empleados que no laboran en cargos de los niveles señalados pueden continuar disfrutándola si anteriormente adquirieron el derecho, no lo han perdido y siguen logrando las notas sobresalientes exigidas, aunque pueden perderla con ocasión de su retiro del organismo o cuando se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento. Pero en la práctica **surgen algunos problemas** en la aplicación de esa normatividad, que deben ser analizados.*

*Un **primer problema jurídico** que se presenta es que el art. 4º del D. L. 1724/97, para efectos del régimen de transición o de la excepción a la limitación prevista en el art. 1º, establece el derecho a favor de "**Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado la prima técnica,...**" lo cual en principio y taxativamente resolvería las situaciones si se hace una aplicación restrictiva del texto señalado.*

*Pero, se observa que pueden existir casos de empleados que cumplieron los requisitos para la titularidad de la prima mencionada frente a la ley, que la solicitaron válida y oportunamente sin que la administración se haya pronunciado sobre ella o la haya denegado contra-*legem*. En este evento, no es posible admitir que el derecho no existió – para los efectos del mantenimiento que establece el art- 4º por la sola*

circunstancia que la administración haya obrado negligentemente o la haya denegado contra-legem.

(...)

Por esta razón, se impone una interpretación finalista del derecho en discusión, para concluir que el "mantenimiento" de la prima técnica por evaluación del desempeño, al futuro y después de la expedición del art. 4º del D. L. 1724 de 1997, corresponde en verdad "a quienes tengan el derecho a la citada prima técnica", no solo a quienes se les había otorgado como taxativamente se señaló. En estas condiciones, para efectos de la aplicación del art. 4º del D. L. 1724/97, en caso de no existir reconocimiento administrativo de la prima técnica, se impone la necesidad de analizar cuidadosamente si el interesado cumplió o no los requisitos sustanciales del derecho y si, además, en tiempo y válidamente efectuó las peticiones del caso para provocar la decisión administrativa; si ella fue negativa de manera contraria a derecho, esta circunstancia no es óbice para que en la reclamación judicial ajustada a derecho se alcancen los efectos perseguidos y la administración "omitió" la resolución de la petición pertinente cuando se cumplieron los requisitos y formalidades, desde que haya impugnación de la decisión a tiempo y válida ante la Jurisdicción, habrá de resolverse conforme a derecho. Y se agrega que una solución diferente a la propuesta iría en contra del PRINCIPIO DE IGUALDAD que tiene en cuenta el fundamento del derecho, es decir, el cumplimiento de los requisitos frente a la ley pertinente para ser titular del mismo, los cuales pueden acreditarse tanto por quien ya los cumplió sin tener el reconocimiento administrativo (para gozar del derecho) como por quien los cumplió y tiene una decisión administrativa sobre su reclamación; claro está que en algunas situaciones específicas el Legislador acertadamente exige no solo la titularidad del derecho frente a la ley, sino el reconocimiento del mismo, para efectos especiales, que se deben analizar en cada caso concreto, pero, en principio, la falta de ese reconocimiento administrativo no implica per-se la inexistencia del derecho."

Decreto 1336 de 2003

Este Decreto, *"Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado"* en su artículo 6º derogó el Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, y en su artículo 1º restringió la prima técnica para los siguientes niveles:

"Artículo 1º. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público."

7. Caso Concreto

La señora OSIRIS ESTHER CORREA VILORIA, fue nombrada en periodo de prueba por el término de cuatro meses en el cargo de Profesional universitario, Nivel Profesional, Grado 10, en la Unidad del Sector del Estado Nacional, Dirección Seccional Bolívar de la Contraloría General de la República, mediante Resolución No. 09216 del 18 de octubre de 1995, *"Por medio del cual se proveen cargos de carrera administrativa"*.

Más adelante mediante resolución No. 0216 del 16 de julio de 1996 *"Por medio del cual se inscribe un funcionario en el Escalafón de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República"* expedida por el Jefe de la oficina de administración de carrera administrativa, mediante la cual se inscribe en carrera administrativa a la actora, en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 10, en la Unidad del Sector del Estado Nacional, Dirección Seccional Bolívar.

La parte actora venía elevando peticiones a la entidad demandada desde el año 1996, solicitando el reconocimiento de la prima técnica, y finalmente presentó el derecho de petición el día 20 de mayo de 2011, en donde de igual forma solicita a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima técnica.

Finalmente, en respuesta a esta última petición, la entidad demandada expide el Oficio 2011 EE38742 del 30 de mayo de 2011, expedido por el Gerente de Talento Humano, en donde niega el reconocimiento y pago de la prima técnica a la señora Osiris Esther Correa Viloría.

Es por lo anterior que la accionante presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la Contraloría General de la Nación, solicitando la nulidad del Oficio 2011 EE38742 del 30 de mayo de 2011, expedido por el Gerente de Talento Humano, en donde niega el reconocimiento y pago de la prima técnica a la señora Osiris Esther Correa Viloría.

Por su parte la entidad demandada, manifiesta su negativa a reconocer y pagar a la actora la prima técnica, en razón a que el Decreto 1724 de 1997 excluyó al nivel profesional dentro de los niveles beneficiarios de la prima técnica, estando negada para la accionante, la posibilidad de percibir el beneficio aludido, máxime cuando la actora no demostró los requisitos necesarios para beneficiarse con la comentada prima.

Lo probado en el proceso

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- Oficio 2011EE38742 de fecha 30 de mayo de 2011, expedido por la Gerente de Talento Humano de la entidad demandada, en donde niegan el reconocimiento y pago de la prima técnica a la señora Osiris Esther Correa Viloría. (fl. 11-13)

- Resolución No. 09216 de fecha 18 de octubre de 1995, por medio se cual se proveen cargos de carrera administrativa, expedida por el Contralor General de la Republica, en donde nombra en periodo de prueba por el termino de cuatro (4) meses a la demandante en el cargo de Profesional universitario, Nivel Profesional, Grado 10, en la Unidad del Sector del Estado Nacional, Dirección Seccional Bolívar. (fl. 14-15)
- Acta de posesión como consecuencia del citado nombramiento (fl. 16)
- Resolución No. 0216 del 16 de julio de 1996, expedida por el jefe de la oficina de administración de Carrera Administrativa, por medio del cual se inscribe a la actora en el escalafón de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la Republica. (fl. 17-18)
- Resolución No. 03398 del 4 de febrero de 1994, por la cual se fijan los requisitos minimos y funciones generales de los empleos, de la planta global de la Contraloría General de la Republica y se dictan otras disposiciones. (fl. 19-43)
- Resolución No. 03523 de fecha 14 de febrero de 1995, por medio del cual señalan los requisitos mínimos y se establece el procedimiento interno para solicitar la asignación de la prima técnica a los funcionarios de la Contraloría General de la Republica. (fl. 44-47)
- Resolución No. 03682 de fecha 8 de noviembre de 1995, por medio del cual señalan los requisitos mínimos y se establece el procedimiento interno para solicitar la asignación de la prima técnica a los funcionarios de la Contraloría General de la Republica, suscrita por el Contralor General de la Republica (fl. 48-50)

- Resolución No. 03839 de fecha 28 de agosto de 1996, por medio del cual señalan los requisitos mínimos y se establece el procedimiento interno para solicitar la asignación de la prima técnica a los funcionarios de la Contraloría General de la República, suscrita por el Contralor General de la República (fl. 48-50)
- Documento dirigido al pre comité de la prima técnica de la Contraloría General de la República por la accionante, con fecha de recibido de 9 de diciembre de 1996. (fl. 54)
- Copia autentica del Diploma de Economista expedido por la Universidad de Cartagena el día 14 de diciembre de 1988. (fl. 59)
- Certificación expedida por la Jefa del Departamento de Postgrado de la Facultad de Economía y Ciencias de la Universidad de Cartagena, en donde constata que la demandante para el 20 de agosto de 1996 se encontraba matriculada y cursaba Especialización en Finanzas. (fl. 61)
- Actas levantadas en sesión del Comité de Preselección de Prima Técnica, mediante los cuales se admite la solicitud de reconocimiento y pago de prima técnica de la señora Osiris Correa Viloria. (fl. 72.88)
- Derecho de petición presentado el día 17 de abril de 2007, por medio del cual la accionante solicita a la entidad demandada el otorgamiento de dicho beneficio. (fl. 94)
- Diploma expedido por la Universidad de Cartagena, en donde confiere el título de Especialista en Finanzas a la señora Osiris Correa Viloria, expedido el 25 de abril de 1997. (fl. 98)

- Diploma expedido por la Universidad de Pamplona en donde confiere el título de Contadora Pública a la accionante, expedido el 27 de noviembre de 2009. (fl. 109)
- Constancia de tiempo de servicio expedida por la Contraloría General de la República, Dirección de Gestión del Talento Humano, con la cual se acredita que la accionante ingreso y se posesiono en el cargo de Profesional Universitario Grado 10, el 27 de octubre de 1995, mediante nombramiento en carrera administrativa.(fl. 110-111)
- Derecho de petición presentado el día 20 de mayo de 2011, suscrito por la accionante, en donde solicita a la Contraloría General de la República, el reconocimiento y pago de la prima técnica. (fl. 112)
- Oficio remitido por el Gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República, en donde hace saber que la demandante solicitó asignación de prima técnica antes del año 1997, esto es, el 17 de septiembre de 1996, petición que dirigió al Pre comité de Prima Técnica de la Seccional Bolívar. (fl. 190)

Teniendo en cuenta el material probatorio aportado al expediente, quedó claro que la señora Osiris Esther Correa Vioria ostenta una vinculación legal y reglamentaria con la Contraloría General de la República, ingresando en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 10, en la Unidad del Sector del Estado Nacional, Dirección Seccional Bolívar, y que su vinculación se efectuó mediante el sistema de carrera administrativa.

Así mismo quedo demostrado que mediante el Oficio No. 2011EE38742 del 30 de mayo de 2011, expedido por el Gerente de Talento Humano de la entidad demandada, se exterioriza la decisión que se acusa y que prueba la negativa expresa por parte de la entidad demandada, ante la petición de la actora de reconocer la prima técnica, de la que dice tener derecho.

También, se puede constatar que la parte actora desde el año 1996 elevó varias peticiones a la Contraloría General de la República, solicitando el otorgamiento del beneficio de la prima técnica, ante lo cual, se advierte que no obstante a que de las solicitudes identificadas, las presentadas el día 17 de abril de 2007 y 20 de mayo de 2011, se allegaron con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, que derogó el Decreto 1661 de 1991, tal situación no es óbice para el reconocimiento y pago de la prima técnica, pues tal prerrogativa abarca a todos aquellos empleados que aun sin acto de reconcomiendo o sin haber presentado la solicitud, hubiese consolidado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997.

Que mediante resoluciones Nos. 06523 del 14 de febrero de 1995, 03682 de 8 de noviembre de 1995, y 03839 de 28 de agosto de 1996, señalan los requisitos mínimos y se establece el procedimiento interno para solicitar la asignación de la prima técnica a los funcionarios del Contraloría General de la República, y que para el caso sub examine, los citados actos administrativos, ofician como las resoluciones internas de la Contraloría General, a la cual además de las leyes y derechos citados, debía someterse la parte actora a fin de cumplir los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la citada prima técnica.

Ahora bien, lo que hay que tener en cuenta en el presente caso, y lo que significa requisito importante de acuerdo a la normatividad transcrita anteriormente, es que para el reconocimiento y pago de la aludida prima, es importante también acreditar la formación avanzada y experiencia requerida.

De este modo, es pertinente señalar que de las solicitudes elevadas por la actora en sede administrativa, no pueden ser valoradas por si solas, como meras pruebas que conlleven a otorgar el reconocimiento de tal beneficio, pues requisito importante en el presente asunto, lo constituye la acreditación de que para el periodo anterior al 4 de julio de 1997, fecha en que entró en vigencia el Decreto 1724 de 1997, la accionante

debía tener título de estudios de formación avanzada o de posgrado y tres (3) años de experiencia altamente calificada.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, analizaremos estas dos exigencias legales, a fin de demostrar si la accionante cumplía o no con los requisitos exigidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, que eran que ostentara por un lado el título de estudios de formación avanzada o de posgrado y los tres (3) años de experiencia altamente calificada.

Es por ello que comenzaremos con el primero de ellos, señalando que a folio 59 del expediente obra el Diploma de Economista expedido por la Universidad de Cartagena el día 14 de diciembre de 1988, así como reposa copia del Diploma que le confiere el título de Contadora Pública a la actora, expedido por la Universidad de Pamplona el día 27 de noviembre de 2009.

Vale decir, que a folio 61 del expediente, reposa certificación expedida por la Jefa del Departamento de Posgrado de la Facultad de Economía y Ciencias de la Universidad de Cartagena, en donde constatan que la aquí demandante para el 20 de agosto de 1996 se encontraba matriculada y cursaba Especialización en Finanzas, ante ello, esta Sala considera que esto no puede valorarse como requisito cumplido para el reconocimiento de esta prima técnica, en razón a que en cuanto a la formación avanzada, la precitada norma Decreto 1661 de 1991, reglamentado por el Decreto 2164 de 1991, exigía que para el acceso a la prima técnica, se debía ostentar Título de Especialista propiamente dicho, es decir el diploma como tal, y no estar cursando la formación académica.

No obstante a lo anterior, esta Sala observa a folio 98 del expediente el Diploma expedido por la Universidad de Cartagena, en donde confiere el título de Especialista en Finanzas a la aquí demandante el día 25 de abril de 1997, tal diploma por haber sido obtenido con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, que derogó el Decreto 1661 de 1991, sirve como prueba para el presente proceso, para demostrar de que la accionante si estaba en posibilidad de acreditar

esta exigencia legal de formación académica avanzada, llenando de este modo el vacío que nos señaló el certificado visible a folio 61 y el diploma que reposa a folio 109 del expediente, quedando demostrado que la parte demandante si cumplía con este primer requisito que nos señala la norma.

Ahora bien, analizaremos este otro requisito exigido por la norma legal para el reconocimiento de dicha prima técnica, es por ello, que se hace necesario verificar si dentro del plenario reposa prueba indudable que acredite que la señora Osiris Correa Viloria, contaba con la experiencia necesaria y requerida por el Decreto 1661 de 1991, reglamentado por el Decreto 2461 de 1991, antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 del día 4 de julio del mismo, para hacerse beneficiaria del reconocimiento de la Prima Técnica, en razón de que no solo basta que quede acreditado dentro del plenario el requisito de la formación avanzada, si no que también se encuentre demostrado este otro requisito de la experiencia, que como hemos dicho anteriormente, debe ser tres (3) años de experiencia altamente calificada.

Vale decir, que la parte demandante manifiesta en su recurso de apelación que se desempeñó como Gerente del Fondo de Empleado de Surtigas desde el 1 de febrero de 1989 hasta el 13 de Septiembre de 1994 para un total de tiempo de servicios en esta entidad de 5 años y 7 meses, Asistente de Gerencia en Serviobras Ltda, durante tres (3) meses, asesora comercial en Bonsalud desde el 12 de enero de 1995 hasta el 15 de octubre del mismo año, completando 9 meses de tiempo de servicio en esta entidad, para un total de experiencia de 6 años y 9 meses, y que fueron aportados al momento de solicitar la prima técnica, documentos que así mismo reposan en el expediente de la hoja de vida de la actora, en los archivos de la CGR, y que fueron estudiados y apreciados razonablemente por el Comité de Preselección de Prima Técnica, Seccional Bolívar, conforme a los procedimientos internos de la Contraloría General de la República, para solicitar la asignación de prima técnica. Con lo anterior, se demuestra la intención del recurrente de demostrar que al momento en que entró

en vigencia el Decreto 1724 de 1997, contaba con 8 años y 5 meses de experiencia profesional, específica, relacionada y general.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala revisa minuciosamente el expediente, y no encuentra prueba fehaciente que demuestre que la accionante laboró para los periodos antes indicados, lo que si observa esta Sala, es que a folio 55 a 58 del mismo, se encuentra el Formato Único de Hoja de Vida de la demandante, lo cual no obstante relacionar a manuscrito, información personal, académica y laboral de la actora, para esta Sala en el mencionado formato no se encuentra prueba fidedigna que logre demostrar la experiencia laboral de la actora, ni tampoco se ordenó oficiar a dichas entidades en el presente proceso a fin de certificar dicha información que serviría para demostrar este segundo requisito legal para otorgar el reconocimiento de esta prima técnica.

Cabe decir que pese a que la actora manifestó haber acreditado en sede administrativa una experiencia relacionada, no pasó lo mismo con este expediente, toda vez que dentro del plenario no se encontró prueba alguna que acreditara lo dicho por el actor, razón por la cual dicho argumento no tiene cabida dentro del presente proceso.

Lo que si reposa dentro del expediente, es constancia de tiempo de servicio expedida por la Contraloría General de la República, en el cual demuestra que la actora ingresó y se posesionó en el cargo antes precitado el 27 de octubre de 1995, mediante nombramiento en carrera administrativa. Con la anterior constancia queda demostrado que a cuatro (4) de julio de 1997, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, la hoy demandante era empleada del nivel profesional de dicha entidad y contaba con un poco más de un (1) año de experiencia adquirida en ese empleo, quedando carente de los dos años casi restantes para ser beneficiaria de la pretendida Prima Técnica, razón por la cual quedó claro que para el presente caso, se requiere además de la formación avanzada, tres (3) años de experiencia profesional altamente calificada como requisitos legales para acceder a dicha pretensión.

Teniendo en cuenta los argumentos y análisis planteados anteriormente, concluye esta Sala, que en el presente caso la actora no acreditó dentro del plenario la experiencia profesional exigida para el reconocimiento de la Prima Técnica, requisito sin el cual sería imposible conceder dicha pretensión, en razón que para la fecha anterior al 4 de julio de 1997, la actora no ostentaba la experiencia profesional exigida para ser beneficiaria de la pretendida Prima Técnica, razón por la cual esta Sala confirmara la Sentencia de fecha treinta y uno de Octubre de dos mil doce (2012), que negó las pretensiones de la demanda.

VIII. DECISION

En consecuencia, 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: CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta y uno (31) de Octubre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

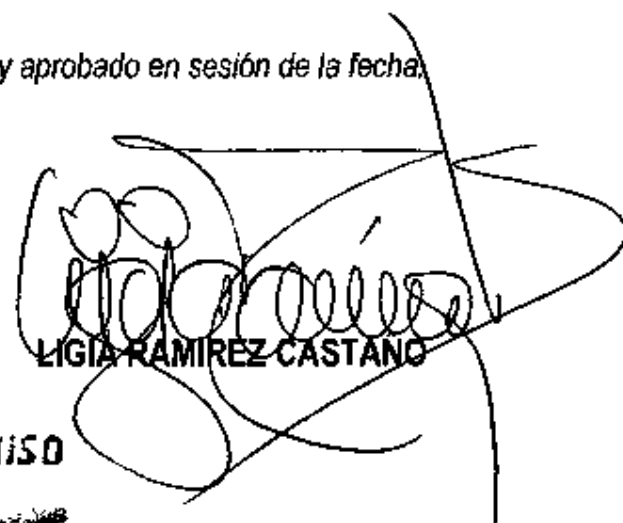
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO

AUSENTE CON PERMISO
JORGE FANDINO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0077
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: S-I-A- SUDECO
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2008-00111-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

7: 808 a 817
(9C)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 82317713

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

TEMA: Conservación de archivos aduaneros por el declarante

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13-001-33-31-001-2008-00111-01

II. PARTES

Demandante: SIA SUDECO DE COLOMBIA S.A.

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial 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, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veinte (20) de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

1. *"Se declare la nulidad de las Resoluciones No. 002042 de diciembre 6 de 2007 y la No. 000410 de Marzo 3 de 2008, proferidas por la División de Liquidación y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena respectivamente, por cuanto se profirieron violando normas legales, situación que implica que los actos administrativos demandados sean ilegales y por tanto no tengan validez.*
2. *Como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca en su derecho a la empresa SIA SUDECO DE COLOMBIA S.A., identificada con NIT 800.053.508-9 y se ordene el archivo del proceso de cobro de la sanción impuesta mediante las resoluciones demandadas.*
3. *Solicito respetuosamente se condene en costas del proceso a la Unidad Administrativa Especial U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN."*

HECHOS

La demandante basa sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes:

El día 14 de febrero de 2005, SIA SUDECO DE COLOMBIA presentó ante la Administración Local de Aduanas de Barranquilla las declaraciones de importación No. 07477290045629, 11, 589, 596 y 604, reportadas todas con la factura comercial No. 532/05 de enero 26 de 2005 con ICOTERM FOB US Manzanillo, del importador HOME MART S.A.

Una vez despachada la mercancía y concluidos los trámites aduaneros, y correspondiendo a las obligaciones del declarante, los empleados encargados procedieron con el archivo temporal de los documentos soportes, conforme lo ordena el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, lugar en donde reposan desde aquel día sin que

a la fecha se haya registrado en los archivos de la empresa un requerimiento de información o efectuado visita o inspección de control posterior de la DIAN en las instalaciones sobre los paquetes referenciados.

La DIAN de Barranquilla realizó visita de control posterior a las instalaciones del importador HOME MART S.A., en cuyos archivos encontró el borrador de la factura No. 532/05 con la que supuestamente no tenía términos de negociación INCOTERM, borrador que utilizó como prueba para sancionar a SIA SUDECO DE COLOMBIA sin entrar a revisar los archivos del declarante (SIA), lugar donde se deben encontrar las facturas que realmente soportan la operación de importación y donde efectivamente se encuentran con el cumplimiento de los requisitos legales como es el deber del declarante.

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.

El día 24 de julio de 2007, la sociedad SUDECO 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 SUDECO DE COLOMBIA 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 INCOTERM FOB Manzanillo, términos que corresponden a la liquidación de tributos en las declaraciones de importación, motivo por el cual se opone a la sanción impuesta. Agrega que el requerimiento fue respondido oportunamente, no obstante la División de Liquidación continuó con el proceso sancionatorio.

Afirma que, el día 6 de diciembre de 2007, la División de Liquidación profirió la Resolución No. 002042, imponiendo una sanción por una supuesta falla en la factura

comercial, consistente en la ausencia de ICOTERMS en que se negoció la compra en el exterior.

Finalmente expresa que el día 3 de marzo de 2008, la División Jurídica Aduanera de la DIAN de Cartagena, profirió la Resolución No. 000410 de la misma fecha, mediante la cual confirmó la Resolución No. 002042 de diciembre 6 de 2007, y así ratificó la sanción a la demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con la expedición de los actos administrativos objeto de impugnación, la Administración de Aduanas ha violado las siguientes normas:

- El artículo 29 de la Constitución Política.
- Los artículos 121 y 482 numeral 2.1 del Decreto 2685 de 1999, por indebida interpretación
- El artículo 187 del C.P.C. Por falta de aplicación.
- Violación al principio de legalidad y violación de artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, por falta de aplicación.

Afirma la demandante, que SIA SUDECO DE COLOMBIA, sí tenía al momento de la presentación y aceptación de las declaraciones de importación la factura comercial No. 532/05 y 2882/05 conforme a lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, con el cumplimiento de todos los requisitos legales establecidos en el numeral 7 del artículo 188 de la resolución 4240 de 2000, entre ellos el INCOTERM, demostrable lo anterior con el hecho según el cual en diligencia de inspección previa al levante fueron aceptadas las facturas por el inspector de la DIAN, las mismas que llegaron luego al archivo, y encontraron conformidad entre lo declarado y lo contenido en los documentos soportes, otorgando de esta manera al importador la disposición de las mercancías.

Estima que hay violación al principio de legalidad del artículo 29 de la C.N. y del artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, porque la DIAN sancionó a la demandante mediante los actos censurados, con el único argumento que en los archivos del importador fueron encontradas copias de las facturas comerciales sin el cumplimiento de los requisitos legales y que por esta razón la SIA debía ser sancionada, a pesar de que los documentos encontrados y aceptados en sus archivos sí tenían el término INCOTERM, cuya ausencia en las copias del importador motiva esta sanción.

Considera que, con este proceder, la DIAN desconoce que quien se encuentra obligado, conforme al artículo 121 del decreto 2685 de 1999, a conservar en sus archivos los originales de los documentos soportes de las operaciones de comercio exterior por un término de 5 años y en debida forma, es el declarante, en este caso SIA SUDECO DE COLOMBIA y, olvidó además, que el artículo 482 numeral 2.1 del Decreto 2685 de 1999, establece la sanción cuando el declarante no tiene los documentos soportes con el cumplimiento de los requisitos legales en sus archivos, no cuando estos no son conservados por el importador, quien no tiene obligación de conservar una copia, hecho que a todas luces es violatorio del principio de legalidad y del artículo 476 del Estatuto Aduanero que prohíbe la aplicación analógica de sanciones.

Informa que el propio importador explica, mediante certificación aportada formalmente al proceso, las razones de la omisión en su copia y, aclara que fue precisamente la actividad diligente en la revisión de esta empresa la que permitió la corrección antes de la presentación de la declaración de importación.

Estima que al haber ordenado la administración aduanera una sanción, sujeta probatoriamente y exclusivamente a la copia de la factura que reposa en los archivos del importador, desestimando el valor probatorio de los originales que reposan en el archivo del declarante y las certificaciones del importador y de su proveedor, así como cada uno de los detalles del negocio que ponen de manifiesto que en esta operación se aplicó sin lugar a dudas un INCOTERM FOB Manzanillo, violó de manera evidente la orden impuesta por el artículo 187 del C.P.C., pues corresponde al Juez apreciar todas las

pruebas de manera integral, basado en los principios de la sana crítica, sin desestimar el valor que a cada una de ellas corresponde según las normas que gobiernan la materia; en este caso las obligaciones perentorias establecidas en el artículo 121 del decreto 2685 de 1999 y en donde se establece que el único documento del cual puede la DIAN derivar infracciones administrativas es del original que reposa en los archivos del declarante.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

B.1 DIAN (Folio 91 a 98 y Folio 132 a 136)

La DIAN presentó contestación a la demanda y a su adición oponiéndose a las pretensiones de la misma, indicando concretamente que lo realmente sancionado fue la falta de requisitos legales presentados por las Facturas Comerciales que amparaban las operaciones de comercio exterior revisadas de manera posterior, no está en discusión si esos documentos fueron, o no, obtenidos previamente a la presentación de la declaración de importación sino los requisitos legales de las facturas utilizadas para la importación referida.

Señala que hay inconsistencias manifiestas entre las facturas del importador y la SIA, ya que una vez confrontadas las facturas arrojó como resultado que había exacta coincidencia entre las encontradas en las instalaciones del importador y las expedidas en el exterior por el proveedor, en ambos casos se encontró que adolecían de los términos INCOTERM exigidos, y que comparadas con las presentadas por la SIA resultó que no eran coincidentes.

Afirma que es lógico pensar que las mismas facturas vistas en diferentes lugares y no sean coincidentes sean prueba suficiente del incumplimiento de los requisitos legales que estas deben reunir.

Agrega que para la administración aduanera no es claro cómo el importador y el proveedor en el exterior tienen facturas con una información y, la SIA que actúa como declarante, tiene las mismas facturas con otra información.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 739-752)

La juez de primera instancia consideró que en el caso tratado no es suficiente para desvirtuar responsabilidades del declarante tomar como prueba la factura suministrada por el importador, sino que necesariamente se debe tener en cuenta lo que conserve en archivo el declarante.

Indicó la Juez que la DIAN procedió a imponer sanción a la SIA Sudeco con base en las facturas aportadas por el importador Home Mart en las cuales no aparecen especificados los términos de negociación Incoterms, anotando que en los documentos aportados por la SIA investigada contrario a los del importador, si aparecen los términos de negociación, por lo cual exhortó al proveedor Kennedy Center Corp. de Panamá para que remitiera las copias de las facturas con el fin de dilucidar la situación.

Narra el acto acusado que al comparar las facturas enviadas por el proveedor con las que detentaba el importados Home Mart, a diferencia de las aportadas por la SIA Sudeco, resultaron aquellas idénticas sin contener los términos incoterms, siendo tal disparidad la razón por la que se impuso la sanción.

Encontró la juez de instancia que en los folios 660 y 661 obra la factura No 532/05, presentada por la demandante en la vía gubernativa con especificación de los términos de negociación y el lugar de entrega, hecho que es además abiertamente aceptado por la DIAN.

Las normas exigen como elemento esencial para la estructuración de la infracción tipificada por el numeral 2.1 del artículo 482 del Estatuto Aduanero, que sea el declarante quien no tenga los documentos soportes de la operación aduanera o que poseyéndolos no reúnan los requisitos legales, siendo que en el caso concreto no se configura dicho elemento, puesto que la sociedad intermediaria SIA Sudeco que actuó en representación del importador Home Mart, sí tenía en su poder la factura comercial

soporte de las declaraciones de importación con su respectiva constancia del término de negociación de acuerdo con las normas Incoterms.

Encontró el a quo en el folio 225 obra certificación expedida por el importador Home Mart con destino a la DIAN de Barranquilla, en la cual manifiesta que las facturas de compra relacionadas, entre ellas la 532/05, se encuentran con los términos Incoterms: FOB Manzanillo y, fueron entregadas a la SIA Sudeco, quien fuera en 2005 la compañía que legalizaba las mercancías importadas por Home Mart y, de otro lado, en el folio 690 se encuentra una constancia también emanada del importador, en la que aclara porqué las facturas que tenía en sus archivos no tenían el término Incoterms, manifestando:

"Por medio de la presente dejamos constancia que inicialmente suministramos a SIA SUDECO DE COLOMBIA Ltda. Las siguientes facturas sin el término de Incoterm 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 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."

Las certificaciones si bien para la accionada no revistieron mayor importancia y a su parecer sólo servían para aclarar lo relacionado a la base gravable, para la juez de instancia las certificaciones resultan oportunas y significativas para efectos de dejar sin duda que era la declarante SIA Sudeco quien ostentaba las facturas con los términos de negociación, al tiempo que explican el por qué el importador contaba con aquellas copias de las facturas sin el lleno de los requisitos legales.

Concluye la juez de instancia que la infracción endilgada por la DIAN a la SIA Sudeco, numeral 2.1 del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, limita la responsabilidad al declarante, y no se ajusta entonces la conducta que sanciona la DIAN al supuesto normativo, por cuanto en este caso la declarante sí contaba con los documentos requeridos con el lleno de los requisitos legales, de manera que la factura tenida en cuenta por la DIAN tomada del archivo del importador no es idónea para derivar a partir de ella la responsabilidad que se endilga al declarante, toda vez que, los que se deben valorar son los documentos que se encuentran en poder precisamente del declarante, que en este caso sí cumple con los requisitos de ley.

Recuerda la juez que el alcance de la norma sancionadora invocada por la autoridad aduanera está dirigida a actuaciones realizadas directamente por el declarante, que comprometen su responsabilidad, pero no frente a actuaciones del importador, razón por la que además no concibe que la demandada pretenda encuadrar una conducta del importador en una norma que está diseñada exclusivamente para actuaciones infractoras realizadas por el declarante, por ello además desvirtúa plenamente la legalidad de los actos administrativos demandados y, por lo tanto declara su nulidad.

D. LA APELACION (Folio 754 a 759)

La parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo de este Circuito judicial, manifestando entre otras cosas los siguientes argumentos:

Que una vez confrontadas las facturas del importador con las de la SIA, arrojó como resultado que había exacta coincidencia entre las encontradas en las instalaciones del importador y las expedidas en el exterior por el proveedor, y en ambos casos se encontró que adolecían de los términos INCOTERMS exigidos, de modo que comparadas con las presentadas por la SIA resultó que no eran coincidentes.

Afirma que, para la administración aduanera no es claro cómo 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.

Agrega que la DIAN no está exigiendo a la SIA que responda por la documentación que se halla 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 7º del artículo 188 de la Resolución 4240 de 2000.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no rindió concepto en el trámite de segunda instancia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto 22 de julio de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 18 de octubre de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia a lo cual se procede previas las siguientes.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que la resolución que agotó la vía gubernativa, fue expedida el 03 de marzo de 2008, y la demanda fue presentada el día 23 de junio de 2008, es decir, antes del vencimiento de los cuatro meses que exige la Ley para tal efecto en este tipo de acciones.

3. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico a resolver en el caso que ahora nos ocupa, se circunscribe a determinar si la DIAN, mediante los actos administrativos acusados, infringió las normas superiores invocadas como vulneradas, al imponer sanción a la Sociedad de Intermediación Aduanera (SIA) con base en copias archivadas en las instalaciones del importador y no de la SIA como declarante, para verificar si se cumplieron los requisitos de INCOTERMS necesarios para efectos de la importación.

4. Los actos acusados.

4.1 Resoluciones No. 002042 de diciembre 6 de 2007 por medio de la cual se impuso una sanción a la Sociedad de Intermediación Aduanera SUDECO DE COLOMBIA LTDA SIA, proferida por la Jefe de División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena. (Folio 17 a 27)

4.2 No. 000410 de Marzo 3 de 2008, proferida por la División Jurídica de la Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración y se confirmó la Resoluciones No. 002042 de diciembre 6 de 2007. (Folio 28 a 35)

5. MARCO NORMATIVO

Atendiendo a las razones de ilegalidad denunciadas en la demanda y los argumentos de la oposición, procede el siguiente análisis:

- **INCOTERMS**

Los Incoterms 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.

El objetivo de los INCOTERMS es establecer una serie de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en las operaciones de comercio exterior, lo que permite eliminar o en gran medida reducir la incertidumbre en cuanto a las diferentes interpretaciones de estos términos en los diversos países.

Los Incoterms entonces 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.
- Decreto 2685 de 1999 -Estatuto Aduanero:

*"ART. 121.- Documentos soporte de la declaración de importación. Para efectos aduaneros, **el declarante** está obligado a obtener antes de la presentación y aceptación de la declaración y a conservar por un periodo de cinco (5) años contados a partir de dicha fecha, el original de los siguientes documentos que deberá poner a disposición de la autoridad aduanera, cuando ésta así o requiera:*

a) Registro o licencia de importación que ampare la mercancía, cuando a ello hubiere lugar;

b) Factura comercial, cuando hubiere lugar a ella;

c) Documento de transporte;

d) Certificado de origen, cuando se requiera para la aplicación de disposiciones especiales;

e) Certificado de sanidad y aquellos otros documentos exigidos por normas especiales, cuando hubiere lugar;

f) Lista de empaque, cuando hubiere lugar a ella;

g) Mandato, cuando no exista endoso aduanero y la Declaración de Importación se presente a través de una Sociedad de Intermediación Aduanera o apoderado y,

h) Declaración Andina del Valor y los documentos soporte cuando a ello hubiere lugar.

i) <Literal adicionado por el artículo 1 del Decreto 4431 de 2004. Declaración de exportación o el documento que acredite la operación de exportación ante la autoridad aduanera del país de procedencia de la mercancía, en los eventos en que la Dirección de Impuestos y Aduanas así lo exija

j. <Literal adicionado por el artículo 5 del Decreto 2174 de 2007. Las autorizaciones previas establecidas por la Dian para la importación de determinadas mercancías.

k <Literal adicionado por el artículo 4 del Decreto 2942 de 2007. Documento de constitución del Consorcio o Unión Temporal cuando los documentos de transporte y demás documentos soporte de la operación de comercio exterior se consignen, endosen o expidan, según corresponda, a nombre de un Consorcio o de una Unión Temporal.

PARAGRAFO. En el original de cada uno de los documentos soporte que deben conservarse de conformidad con el presente artículo, el declarante deberá consignar el número y fecha de la presentación y aceptación de la Declaración de Importación a la cual corresponden.

Quando las mercancías amparadas en un registro o licencia de importación, certificado de origen, documento de transporte, factura comercial, sean objeto de despachos parciales, el declarante deberá dejar constancia de cada una de las declaraciones presentadas al dorso del original o copia del documento correspondiente, indicando el número de aceptación de la Declaración de Importación, la fecha y la cantidad declarada." (subrayas y negritas fuera de texto)

- La Resolución No. 4240 de 2000 expedida por la Directora General de Impuestos y Aduanas Nacionales, regula las condiciones contenidas en la factura comercial, y al respecto establece:

“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.”

Concepto N. 074 del 23 de noviembre de 2004: 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."

Ahora bien, cuando los conceptos de la DIAN interpretan las normas aduaneras dichas interpretaciones tienen un carácter autorregulador de la actividad administrativa, y producen efectos frente a los administrados. Su naturaleza es la de actos administrativos de reglamentación en el último nivel de ejecución de la ley, sujetos a control de legalidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por esa razón, cuando la Administración ejerce la facultad interpretativa debe adecuarse a la finalidad de la norma interpretada, sin limitarla o excederla, pues por la vía de un concepto, que tiene carácter administrativo, no es dable regular obligaciones sustanciales o formales que lleven al desconocimiento de los derechos que la ley consagra a favor de los administrados, por ser tal regulación de competencia exclusiva del legislador, como titular de la facultad impositiva. Así que cualquier interpretación a la normatividad debe conducir a la aplicación del derecho previsto por el legislador.

6. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, la sociedad demandante afirma que la SIA no debe responder por las inconsistencias entre la copia de la factura encontrada en los archivos del importador y la aportada por la SIA en el proceso, porque no se tipifica como infracción, pues la SIA no puede responder por los documentos que otros guarden sino por los que les han sido entregados para soportar las operaciones de comercio exterior, los cuales fueron entregadas por el importador con el requisito del INCOTERM previa observación de la SIA y previa presentación de las declaraciones de importación.

La DIAN, disiente de lo planteado por la *a quo*, argumentando que existe disparidad con respecto a los términos INCOTERMS de negociación, pues una cosa dice las factura del proveedor y el importador y otras las que reposan en poder del declarante, por lo tanto era procedente la sanción de la SIA.

Por su parte la juez de primera instancia, sostuvo que en el folio 225 obra certificación expedida por el importador Home Mart con destino a la DIAN de Barranquilla, en la cual manifiesta que las facturas de compra relacionadas, entre ellas la 532/05, se encuentran con los términos Incoterms: FOB Manzanillo y, fueron entregadas a la SIA Sudeco, quien fuera en 2005 la compañía que legalizaba las mercancías importadas por Home Mart y, de otro lado, en el folio 690 se encuentra una constancia también emanada del importador, en la que aclara porqué las facturas que tenía en sus archivos no tenían el término Incoterms,

Ahora bien, verifica la Sala obra en el plenario a folio 679, copia de la factura comercial No. 532/05, aportada en la demanda y que hace parte del expediente administrativo llevado en vía gubernativa, en la cual se observa que en dicha factura se encuentran consignados los términos de negociación bajo la expresión FOB Incoterms marítimo que significa Free On Board/Franco a Bordo.

Así mismo, a folio 225 se aprecia la certificación remitida por el importador HOME MART, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-Barranquilla, la cual dice: *"por medio del presente estamos certificando que las siguientes futuras (sic) de compras en el exterior se encuentran con los términos ICONTERMS: FOB Manzanillo requeridos por las normas legales y estas fueron entregadas a SIA SUDECO compañía que en 2005 se encargaba de legalizar la mercancía importada HOME MART. Siendo las facturas y proveedores los siguientes: (...) KENEDDY CENTER 532/05 FOB MANZANILLO de fecha 01/26/2005."*

De igual manera, se revisa la factura de compra, en donde se dejan claras las condiciones de la negociación amparada, que fueron FOB Manzanillo, quedando por tanto desvirtuado que la factura comercial no contuviera los términos de negociación INCOTERMS y el lugar de despacho, cumpliendo lo exigido en el Art. 188 numeral 7 de la Resolución 4240 de 2000.

Frente a lo anterior, la Sala considera que efectivamente, el importador explica las razones de la omisión de los términos de negociación en su copia de la factura No. No. 532/05, y aclara que la factura que contenía los términos INCOTERMS y las condiciones de la negociación se le entregó a la sociedad declarante que se encargó en ese entonces de legalizar la mercancía, a quien en últimas le correspondía conservar los documentos soporte de la transacción durante el término que estipula la ley, precisamente para atender los requerimientos que en ejercicio del control posterior, realiza la autoridad aduanera.

El H. Consejo de Estado, frente al tema de la responsabilidad de las Sociedades de Intermediación Aduanera (SIA)¹ ha establecido:

"SANCIONES Y MULTAS ADUANERAS

Ahora bien, los tributos aduaneros conforme a las definiciones del artículo 1 del Decreto 2685 de 1999 comprenden los derechos de aduana y el impuesto sobre las ventas. Y derechos de aduana son todos los derechos, impuestos, contribuciones, tasas y gravámenes de cualquier clase, los derechos antidumping o compensatorios y todo pago que se fije o se exija, directa o indirectamente por la importación de mercancías al territorio aduanero nacional o en relación con dicha importación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a los documentos requeridos para la importación o, que en cualquier otra forma,

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de fecha 27 de Septiembre de 2007 Radicado: 15557, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

tuvieren relación con la misma. Dentro de esa definición no se encuentran el impuesto sobre las ventas, ni los impuestos al consumo causados con la importación, las sanciones, las multas y los recargos al precio de los servicios prestados. La intermediación aduanera es una actividad fundamental y decisiva en materia de operaciones de comercio exterior, por lo que su responsabilidad y obligaciones deben estar acorde con esa importante labor. Cuando se trata de importaciones, si bien la obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes (artículo 87 Decreto 2685 de 1999)."
(subrayas fuera de texto)

Así las cosas y teniendo en cuenta que la regla general es que los declarantes en las importaciones y exportaciones son las sociedades de intermediación aduanera, son éstas quienes deben conservar las facturas originales de la operación de comercio exterior, por lo tanto la DIAN al momento de tomar la decisión de sancionar a la SIA, debió hacerlo con base en la copia auténtica u original que reposa en los archivos de la actora, y no con la información que tenía la importadora en sus archivos, más aún cuando debió tener en cuenta la comunicación emitida por el importador en la actuación administrativa, en el cual aclara las inconsistencias encontradas en los formatos de operaciones de importación y la factura, siendo esta entregada oportunamente antes de la presentación de las declaraciones de importación.

Así mismo, observa la Sala que en el concepto No. 074 del 23 de noviembre de 2004, emitido por la DIAN, el cual es obligatorio para sus funcionarios, desconoció dentro del proceso administrativo sancionatorio, que no es procedente la sanción cuando sean aclaradas las supuestas inexactitudes u omisiones mediante certificación por quien expide el documento y además, que dicha certificación no conlleve la reducción de la base gravable, requisitos que se hacen constar notoriamente en la factura No. 532/05.

En esos términos debe responderse con un no al problema jurídico planteado, en el sentido de que no era procedente que la DIAN examinara el cumplimiento de los requisitos de la factura que ampara la negociación, con base en la copia hallada en los archivos del importador, sino que tal examen debía realizarse teniendo en cuenta los documentos que debían conservarse por el declarante, que en este caso, lo fue la SIA SUDECO LTDA, la cual fue aportada al proceso de referencia y contaba con los requisitos legales correspondientes.

Finalmente reitera la Sala, que la factura comercial soporte de la declaración de importación si cumplía con los requisitos, por lo que al ser improcedente la sanción impuesta en los actos demandados, se impone confirmar el fallo de primera instancia que declaró su nulidad.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha veinte (20) de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

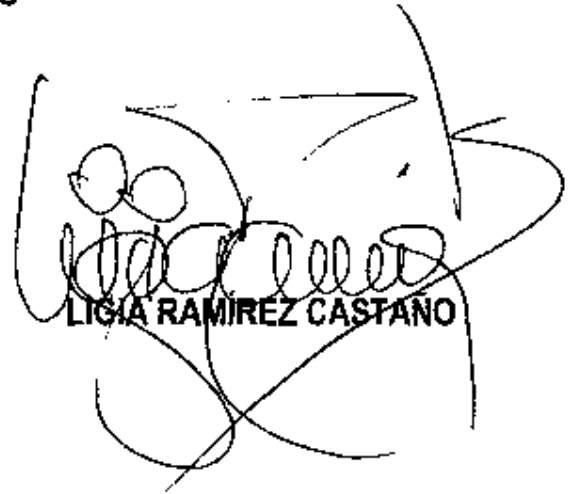
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO


JORGE FANDIÑO GALLO

(Descongestion)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0078

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: IMPORTADORA GRANANDINA LTDA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2008-00127-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



f: 196 a 209
(3.0)

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 33212013

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

TEMA: Decomiso de mercancía.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13-001-33-31-006-2008-00127-01

II. PARTES

Demandante: IMPORTADORA GRANANDINA LTDA.

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial 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, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha diecinueve (19) de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena; mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

PRIMERO: Declárese nula la Resolución número 048.064.0686 expedida el 24 de abril de 2007, proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena mediante la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena declaró el incumplimiento de las obligaciones contraídas por importadora GRAN ANDINA LTDA y se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 062103926 de la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. por no poner a disposición de la DIAN la mercancía decomisada con la resolución 01737 del 17 de julio de 2006, decisión que fue confirmada en recurso de Reposición por la misma División con la resolución 2140 del 20 de diciembre de 2007 y nuevamente confirmada por la División Jurídica Aduanera de la misma Administración, mediante la resolución número 0502 del 17 de marzo de 2006.

A fin de que se declare la nulidad del acto administrativo que declaró el incumplimiento de la obligación de poner a disposición de la Administración la mercancía decomisada y ordenó hacer efectiva la respectiva póliza de cumplimiento y las resoluciones que negaron el recurso de Reposición y Apelación interpuestos, actos administrativos que fueron proferidos por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, y el correspondiente restablecimiento del derecho.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la cancelación de la garantía 062103926 de Seguros del Estado S.A. presentada en reemplazo de la aprehensión correspondiente al Acta 0027 del 16 de febrero de 2006.

TERCERA: En consecuencia y como restablecimiento del derecho ordénese a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena que pague a la sociedad IMPORTADORA GRAN ANDINA LTDA., el valor de todos los perjuicios que le ocasiono la constitución de la garantía en reemplazo de aprehensión.

CUARTA: Se condene a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena a pagar a la sociedad IMPORTADORA GRANANDINA LTDA a título de restablecimiento del derecho, por concepto de daño emergente:

El valor de la garantía constituida en reemplazo de la
aprehensión..... \$4.909.911.00

QUINTO: La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustaran dichas condenas tomando como base el índice de precios del consumidor que certifique el DANE, o por mayor conforme a lo dispuesto en el Artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Para el cumplimiento de la sentencia se ordenara la aplicación del artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Solicito se condene a la parte demandada al pago de los gastos, costas judiciales y agencias en derecho, en el evento de que las anteriores pretensiones sean favorables al demandante.

HECHOS

La demandante basa sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes:

PRIMERO: El 11 de febrero de 2006, arribó a la Sociedad Portuaria de Cartagena la motonave Calapedra, procedente de Venezuela, que trasportaba con el B/L G28577, un solo documento de transporte, que amparaba un solo bulto, el contenedor FSCU3005915, con un peso de 21501.69 Kilos, mercancía en su totalidad de propiedad de IMPORTADORA GRANANDINA, mi poderdante.

SEGUNDO: El manifiesto de carga y el documento de transporte BL G28577 quedaron registrados ante la DIAN bajo el número de manifiesto de carga 062006000000647 del 11 de febrero de 2006, a las 10.45 a.m. tal como consta en la planilla de entrega electrónica de documentos, la DIAN hizo la anotación que la entrega de documentos físicos se realizó de manera extemporánea.

TERCERO: El día 16 de febrero de 2006, funcionarios de la División de Servicio al Comercio Exterior, mediante auto comisorio 0549 del 16 de febrero de 2006, aprehendieron la mercancía por la causal 1.3 del artículo 502 del decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 48 del Decreto 1232 de 2001, modificado por el artículo 5 del decreto 2628 de 2001 "Cuando las mercancías sean descargadas sin que el transportador haya entregado el Manifiesto de Carga a la autoridad aduanera o, el Agente de Carga Internacional no entregue el Manifiesto de la Carga Consolidado dentro de los términos establecidos en el artículo 96 de este Decreto".

CUARTO: Posteriormente la mercancía fue entregada y almacenada en las instalaciones de ALMAVIVA de la ciudad de Cartagena, mediante el DIAM 0106608/0009 de 23 de febrero de 2006, depósito con el que realizó la correspondiente diligencia de reconocimiento y avalúo.

QUINTO: La Jefe de la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, profirió la resolución 000820 del 29 de marzo de 2006 por medio de la cual ordenó la entrega de la mercancía aprehendida con el acta 027 Comex del 16 de febrero de 2006 por aceptación de la garantía No. 062103926 constituida en reemplazo de la aprehensión, expedida por Seguros del Estado S.A. con una vigencia desde el 15 de marzo de 2006 hasta el 15 de junio de 2007, con un valor asegurado de CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$188.000.000.00).

SEXTO: El 17 de Julio de 2006 la Jefe de La División de Fiscalización profirió la resolución 001737 por medio de la cual ordenó el decomiso de la mercancía aprehendida. Acto notificado por correo certificado enviado a mi oficina, el día 18 de julio de 2006 y recibido efectivamente el día 25 del mismo mes y año.

SÉPTIMO: La decisión fue CONFIRMADA con la resolución 2359 del 10 de Octubre de -2006, expedida por la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena. Dicha actuación fue notificada por correo certificado con el Oficio No. DIDOC-0006A023 -003405 del 12 de octubre de 2006.

OCTAVO: Los actos administrativos señalados, fueron demandados en vía contenciosa ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, en donde se adelanta el expediente No. 003.2007.0144.00.

NOVENO: Como consecuencia del decomiso y desconociendo que este aún no se encuentra en firme por la presentación y admisión de la demanda en vía contenciosa, se abrió el expediente administrativo PT060700060, y dentro de dichas diligencias se expidió la Resolución 048.064.670.0686 del 24 de abril de 2007, por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contraídas por IMPORTADORA GRANANDINA LTDA y hacer efectiva la póliza de cumplimiento 062103926 expedida por la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. Acto administrativo que fue notificado por Edicto No. 362 el cual permaneció fijado en la Administración desde el 11 de mayo de 2007 hasta el día 25 del mismo mes y año.

DÉCIMO: El recurso de REPOSICIÓN interpuesto contra dicha decisión fue desatado con la resolución 2140 del 20 de diciembre de 2007, el cual fue notificado por correo certificado enviado con el Oficio 14359 del día 26 de diciembre y recibido efectivamente en nuestras oficinas el día 27 de diciembre de 2008.

DÉCIMO PRIMERO: El recurso de APELACIÓN fue resuelto confirmando la decisión adoptada en primera instancia, por medio de la Resolución 06.072.607.0502 expedida el 17 de marzo de 2008 y notificada por correo certificado mediante el oficio 03092 del 19 de marzo de 2008 y recibida efectivamente en nuestras oficinas el día 25 de marzo de 2008.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con la expedición de la resolución 0686 del 24 del 24 de abril de 2007, notificada por Edicto No. 362 fijado el 11 de mayo y desfijado el 25 de mayo de 2007, por medio de la cual se declaró de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera y se ordena hacer efectiva una garantía se infringieron los artículos de los siguientes preceptos

constitucionales Artículos 2°, 3, 6,13, 29, 209 de la Constitución Nacional y los artículos 1, 2, 3,34, 35, 36, y 84 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2, 502 del Decreto 2686 de 1999.

Violación a los artículos 2 y 209 de la Constitución Nacional

Tanto la División de Liquidación como la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena al proferir los actos administrativos que se demandan no dieron cumplimiento a uno de los fines esenciales del Estado, cual es de velar por los derechos de los administrados, haciendo efectiva una garantía otorgada por mi representada, desconociendo que el acto administrativo que da origen a esta investigación, esto es, el decomiso de la mercancía, aún se está debatiendo y en ese orden de ideas no se encuentra en firme, lo lógico era que se solicitara a mi poderdante la renovación de la garantía hasta que el proceso contencioso sea fallado de manera definitiva con sentencia debidamente ejecutoriada, pues mientras tanto, como ya se dijo, la obligación contraída no es exigible, pues las partes aún se encuentran en debate. Es decir que el incumplimiento se decretó de manera prematura.

La Administración de Aduanas de Cartagena existen pruebas documentales que demuestran claramente que no se trataba de carga consolidada, sino que por el contrario venía de un solo proveedor para un solo importador, razón por la cual no era necesario registrar el documento hijo.

De manera equivocada el agente de carga reporta la carga como consolidada y es esa equivocación la que la deja inmersa en la causal de aprehensión y subsiguiente decomiso de la mercancía.

Desde el momento mismo en que se manifestó la carga ante la Aduana de Cartagena, quedó claro que el medio de transporte solo traía un contenedor y que este era en su totalidad de propiedad del demandante, circunstancia que queda probada con el documento de transporte.

Violación a los artículos 29 y 83 DE LA C.N. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Si bien es cierto que el desconocimiento de la verdad real viola el debido proceso, en este acápite me referiré exclusivamente a la causal de aprehensión de la mercancía, señalada en el Acta de Aprehensión de la mercancía y sobre la cual me permito hacer las siguientes apreciaciones:

ASPECTOS LEGALES QUE DESVIRTÚAN POR COMPLETO LA CAUSAL DE APREHENSIÓN.

El artículo 504 del Decreto 2685 de 1.999, modificado por el artículo 12 del Decreto 4431 de 2.004, señala cuales son los requisitos mínimos de validez del acta de aprehensión, destacándose los siguientes:

- a) Debe establecerse con precisión la causal de aprehensión, acorde con las enlistadas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1.999 y demás normas que lo complementan.
- b) Lugar y fecha de la aprehensión
- c) Descripción de la mercancía de que se trata.
- d) Indicación de las personas que intervienen.
- e) Precio de las mercancías.

Objeciones presentadas por el interesado en el desarrollo de la diligencia de aprehensión,

- g) Relación de las pruebas practicadas y aportadas durante la diligencia.

En la actuación administrativa que nos ocupa, se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, al invocarse en forma errónea una causal totalmente inaplicable e improcedente en relación con los hechos acaecidos, como es la reseñada en el numeral 1.3 del artículo 502 del decreto 2685 de 1.999, modificado por el artículo 5 del Decreto 2628 de 2.001, según lo dicho por la administración en cuanto a que el

agente de carga internacional no entregó dentro de la oportunidad establecida en la legislación aduanera, los documentos de transporte que le corresponde realizar.

Adicionalmente al momento de hacer la relación de las pruebas practicadas por la Administración, señala el acta de aprehensión 0027 del 16 de febrero documento de transporte el B28577 del 3 de febrero, datos que no coinciden con la verdad procesal y documentos adjuntos al expediente, en donde se puede verificar claramente que la mercancía arribó amparada con el BL G28577 del 2 de febrero de 2006. En consecuencia la prueba que soporta la comisión de la infracción está basada en un documento inexistente, circunstancia que vicia de nulidad el acta de aprehensión.

Inexistencia de la causal de la aprehensión.

De conformidad al acta objetada se puede evidenciar que la causal de aprehensión está señalada en el numeral 1.3 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 48 del Decreto 1232 de 2001, modificado por el artículo 5 del decreto 2628 de 2001 y señala lo siguiente: "Cuando las mercancías sean descargadas sin que el transportador haya entregado el Manifiesto de Carga a la autoridad aduanera o, el Agente de Carga Internacional no entregue el Manifiesto de la carga consolidado dentro de los términos establecidos en el artículo 96 de este Decreto".

Como queda demostrado en el acápite anterior, el transportador cumplió con todas y cada una de sus obligaciones, informó de su llegada y registró la carga, tan es así que la mercancía no fue aprehendida en el momento mismo del arribo, sino 4 días después de su llegada.

Pese a lo anterior encuentra el demandante que al pretender aclarar la utilización de los diferentes documentos de viaje para efectos de la nacionalización de las mercancías, la DIAN de manera equívoca y por interpretación extensiva, amplió la obligación de presentar los documentos hijos, prevista en el artículo 96 del Decreto

(2685 de 1999, modificado por el artículo 2 del Decreto 2628 de 2001 de manera exclusiva para los consolidadores de carga, a los embarcadores directos.

Violación Artículo 2 del Decreto 2685.

Con los actos administrativos impugnados la Administración Especial de Aduanas de Cartagena negó todos los principios orientadores de que deben tenerse en cuenta para el buen desarrollo de la administración de justicia, desconociendo a mi representada el principio de eficacia, ya que el procedimiento llevado a cabo no logró su finalidad, a pesar de que se acercaron al proceso las pruebas para demostrar que se trataba de un embarque único.

Violación al artículo 6 de la Constitución Nacional

Se ordenó hacer efectiva una garantía a la demandante por una infracción aduanera que jamás se cometió, pues no es cierto que se requiriera registrar un B/L hijo, pues como se ha manifestado de manera reiterada, la mercancía venía proveniente de un solo proveedor para un solo importador, lo que hace inócua registrar un documento hijo exactamente igual al master.

Violación al artículo 13 de la Constitución Nacional.

Esta disposición que consagra el principio de igualdad de las personas ante la ley, se vulneró respecto de mi mandante, pues la misma entidad en casos iguales falló de manera distinta autorizando la continuación de la nacionalización.

La Administración Especial de Aduanas de Buenaventura, en el expediente AA020320483, abierto en contra de UNITED CARGO GROUP S.A. con la Resolución 0972 del 21 de agosto de 2002, revoca la sanción impuesta al agente de carga por no radicar a un BL HIJO, bajo el entendido que habiéndose registrado el BL master cuyo contenido era exactamente igual al del BL hijo, se daba por cumplida la obligación legal, pues en ambos documentos la información es exactamente igual. Argumenta la

Administración que era innecesario hablar de un BL HIJO, en la medida que con la radicación del primero, la administración ya tenía información de las mercancías y que en ningún caso hubo intención de introducir al Territorio Aduanero Nacional. Nótese que ese caso el Agente de Carga NO REGISTRO nunca el BL hijo, mientras que en el caso en estudio el registro se hizo dos (2) horas después de vencido el plazo.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

B.1 DIAN (Folio 75 a 84)

La DIAN presentó contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma y a los cargos de violación. Sobre la violación a los artículos 2 y 209 de la Constitución Política, indica la demandada que para el demandante se violan estos artículos, porque el acto administrativo que dio origen a la investigación, el decomiso de la mercancía, aún se está debatiendo y no se encuentra en firme, por lo que se debió solicitar la renovación de la póliza hasta que el proceso contencioso sea fallado de manera definitiva en sentencia ejecutoriada.

Para oponernos a este cargo, se necesita plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las Resoluciones proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en un Proceso administrativo de definición de situación jurídica de mercancías?

El acto administrativo se ha definido como la manifestación de voluntad de la autoridad administrativa, con miras a crear extinguir o modificar los derechos de los administrados sean estos personales, subjetivos, reales o de crédito.

Las resoluciones expedidas por la División de Fiscalización mediante la cual se define la situación jurídica de una mercancía, así como aquella que la confirma cumplen con los presupuestos para considerarse actos administrativos pues son expedidas por una

autoridad administrativa, contienen una decisión de la administración y tienden a producir efectos jurídicos.

Por lo tanto, la Resolución de decomiso, es un acto administrativo y no una "sentencia administrativa" a la cual le es aplicable la teoría de la cosa juzgada, no pudiendo en consecuencia ser ejecutada hasta tanto no se haya definido su legalidad en el proceso contencioso administrativo.

Teniendo claro que la Resolución de decomiso, y la que resuelve el recurso interpuesto contra ella son actos administrativos, es necesario resolver el siguiente problema jurídico:

2. ¿Es procedente la ejecución de una Resolución que ordena el decomiso de una mercancía a favor de la Nación cuando ésta ha sido demandada ante la Jurisdicción Contenciosa administrativa?

El artículo 62 del Código Contencioso Administrativo es claro al establecer que los actos administrativos quedan en firme cuando se presente cualquiera de las siguientes situaciones: "Cuando contra el acto no proceda ningún recurso; cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; cuando no se interpongan recursos o cuando se renuncie expresamente a ellos, y cuando haya lugar a la perención o cuando se acepten los desistimientos".

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 156-171)

La juez de primera instancia consideró que en el caso tratado no se pudo desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, por consiguiente negó las pretensiones de la demanda, desarrollando en el fallo apelado entre otras cosas lo siguiente:

"Del otorgamiento de garantía en reemplazo de aprehensión de mercancía y de su efectividad y ejecutoriedad en el presente caso.

Se entiende por importación en los términos del Estatuto Aduanero la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, y el proceso para importar una mercancía, inicia con el aviso de llegada del medio de transporte y finaliza con la autorización del levante de la mercancía, previo el pago de los tributos y sanciones, cuando haya lugar a ello, e igualmente puede finalizar con el vencimiento de los términos establecidos para que se autorice su levante, entendiéndose por este último el acto por el cual la autoridad aduanera (DIAN) permite a los interesados la disposición de la mercancía, previo cumplimiento de los requisitos legales o el otorgamiento de garantía, cuando a ello haya lugar.

Precisamente, sobre el otorgamiento de garantía en reemplazo de aprehensión de mercaderías, el artículo 233 del Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999), señala lo siguiente:

"ARTICULO 233. GARANTÍA EN REEMPLAZO DE APREHENSIÓN. <Artículo modificado por el artículo 4 del Decreto 4431 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> 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, dentro del término para presentar el documento de objeción a la aprehensión de que trata el artículo 501-1 del presente decreto, de una garantía por el valor en aduana de la misma y el ciento por ciento (100%) de los tributos aduaneros a que hubiere lugar, cuyo objeto será respaldar en debida forma la obligación de poner la mercancía a disposición de la Aduana, cuando en el proceso administrativo & determine su decomiso. El término de constitución será fijado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

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, esta 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 recate en los términos previstos en el artículo 231 del presente decreto, so pena de que se haga efectiva la garantía.”

(...)

En consecuencia, en caso de que la DIAN ordene el decomiso de las mercancías que se encuentran garantizadas por la respectiva póliza de seguros y las mismas no sean entregadas, la Aduana hará efectiva la correspondiente póliza.

Por otra parte, como lo pone de presente la Administración, dos son las actuaciones que pueden surtirse cuando es aprehendida una mercancía extranjera por la DIAN: Una es la encaminada a definir su situación jurídica, lo cual puede darse en el sentido de declararla de contrabando y ordenar su decomiso, con su consecuente orden de poner a disposición de la autoridad aduanera cuando ha sido entregada con garantía al importador; y otra, es la que declara el incumplimiento de la obligación garantizada y ordena hacer efectiva la póliza contentiva de dicha garantía, como es la del acto aquí impugnado.

Igualmente se concluye que la efectividad de la garantía por incumplimiento opera de oficio siempre y cuando se cumplan las formalidades que señalan dicha norma, es decir, no requiere pronunciamiento alguno de los afectados, siempre que se verifique el incumplimiento de la obligación aduanera, en este caso, no poner a disposición de la Administración la mercancía que se ordenó decomisar, no obstante su requerimiento.

Ahora bien, para que se pueda declarar el incumplimiento y hacer efectiva la póliza en el caso concreto, se requiere que la orden de decomiso se encuentre en firme, esto es, a la luz del artículo 62 del C.C.A., que contra dicho acto administrativo (i) no

proceda ningún recurso o (ii) que los recursos interpuestos se hayan decidido o (iii) que no se interpongan, o se renuncie expresamente a ellos o (iv) que haya lugar a la perención o se acepten los desistimientos.

En el caso concreto, se tiene demostrado que la Resolución No. 001737 del 17 de julio de 2006 (Fl. 3 a 11 y reversos del C. de Pruebas No. 2) que ordenó el decomiso de la mercancía, se encontraba en firme, toda vez que contra ella se agotaron los recursos de ley, concretamente el recurso de Reconsideración que fue propuesto por la hoy sociedad actora, siendo resuelto mediante Resolución No. 002359 del 10 de octubre de 2006 -confirmando la anterior-, quedando ejecutoriada la misma el 15 de noviembre de 2006 (Fl. 12a 17 y reversos del C. de Pruebas No. 2), de tal manera que la actuación a seguir era declarar el incumplimiento de la obligación por parte del accionante y luego hacer efectiva la póliza de garantía.

(...)

De la legalidad de la declaratoria incumplimiento de la obligación aduanera por parte de la sociedad actora, en su calidad de importador y propietario de la mercancía.

La sociedad actora sostiene que los actos acusados violan los principios constitucionales del debido proceso, igualdad, legalidad y la buena fe, así como los principios de eficacia y justicia aduaneras previstos en el Estatuto Tributario, por cuanto la DIAN invocó erróneamente una causal de aprehensión de mercancía que era inaplicable e inexistente para el caso, (numeral 1.3 artículo 502 Decreto 2685/99), dado que la mercancía arribó amparada por el documento BL G28577 del 2 de febrero de 2006, teniéndose que no se trataba de una carga consolidada, sino que por el contrario, venía de un solo proveedor para un solo importador, sin que fuera necesario que la sociedad actora presentara o registrara algún documento hijo, pues dicha obligación solo es exigible para los consolidadores de carga, es decir, se hizo exigible una garantía por una infracción aduanera que jamás se cometió, en tanto que no se

requería registrar un documento B/L hijo, como lo entendió de manera equivocada la Administración aduanera.

Con respecto a estos cargos, debe reiterar el Despacho que la actuación administrativa aquí discutida, es distinta a aquella por la cual se definió la situación jurídica de la mercancía aprehendida a la sociedad actora - aunque diera origen a ésta-, teniéndose que en el presente proceso, no puede esta Judicatura entrar a estudiar la legalidad o no de la causal de aprehensión de la mercancía en la que se fundó la administración para posteriormente ordenar el decomiso de la mercancía, en tanto que en tal actuación se produjeron actos administrativos distintos a los aquí acusados, esto es, la Resolución No. 001737 del 17 julio de 2011 y su confirmatoria No 002359 del 10 de octubre de 2006 (F. 3 a 17 y reversos del C. de Pruebas No.2), actos administrativos que se encuentran amparados con la presunción de legalidad, y que según la demandante también se encuentran demandados ante esta jurisdicción - sin que se haya demostrarlo en el expediente-, y siendo que en tal caso, es el Juez de conocimiento quien debe realizar su estudio de legalidad, en ejercicio de la acción de nulidad respectiva, y no la suscrita Juez.

Así las cosas, este Despacho solo entrará a analizar de conformidad con las pruebas obrantes en autos, si se configuraron o no los supuestos fácticos y legales necesarios para declarar incumplida por parte de la sociedad demandante la obligación aduanera aquí debatida.

Teniendo en cuenta las citadas normas sobre garantía en reemplazo de aprehensión y efectividad de las mismas, al igual que aquellas que se refieren a los responsables de las obligaciones aduaneras y su naturaleza, debe precisar el Despacho que, para poder declarar la efectividad de una garantía por incumplimiento de la obligación aduanera de poner a disposición de la Aduana la mercancía cuando en el proceso administrativo se determine su decomiso, deben darse lo siguientes supuestos:

1. Debe haberse constituido garantía en reemplazo de aprehensión de mercancía, que ampare el cumplimiento de la obligación de poner la misma a disposición de la

Aduana cuando se determinare su decomiso, y habiéndose aceptado la misma por la administración, se hubiere entregado la mercancía al interesado.

2. Debe haber acto administrativo de decomiso de la mercancía en firme -no importa que esté o no demandado judicialmente-, el cual ordene poner a disposición de la DIAN la mercancía aprehendida, que previamente hubiere sido entregada.

3. Requerimiento de la dependencia competente, solicitando al titular de la mercancía o responsable, para que en un término perentorio de diez (10) días, ponga a disposición de la Aduana la mercancía que se ha ordenado decomisar.

4. Y verificar el incumplimiento de esa obligación aduanera (no poder colocarse a disposición de la autoridad aduanera la mercancía).

Atendiendo a los anteriores supuestos, no existe duda para esta Judicatura que, en el presente caso, la Administración Aduanera bien podía declarar oficiosamente el incumplimiento de la obligación aduanera aquí discutida por parte de la sociedad IMPORTADORA GRAN ANDINA LTDA.

En efecto, a dicha sociedad ciertamente le fue aprehendida una mercancía de su propiedad mediante Acta No. 0027 Comex del 16 de febrero 2006, y en virtud de tal aprehensión procedió a constituir garantía o Póliza de cumplimiento de Disposiciones Legales No. 062103926 de la compañía Seguros del Estado S.A. (Fl. 75-76 del C. Ppal. y 20-21 y reversos del C. de Pruebas No.2), la cual tuvo como objeto:

"GARANTIZAR LA OBLIGACIÓN DE PONER LA MERCANCÍA A DISPOSICIÓN DE LA ADUANA CUANDO EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SE DETERMINE SU DECOMISO. SEGÚN ACTA DE APREHENSIÓN A/o.- 002? DE FECHA 16 DE FEBRERO DE 2006. ..."

Tal garantía, fue aceptada por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante Resolución No. 00820 del 29 de marzo de 20068 (Fl. 34-28 y reversos del C.

de Pruebas No.2), ordenándose en dicha resolución la entrega de la mercancía al importador IMPORTADORA GRAN ANDINA LTDA, notificada dicha decisión al apoderado de la misma; dicha mercancía efectivamente le fue entregada a la hoy demandante según consta en actas de entrega del 6 de abril de 2006 (Fl. 44 reverso y 45 y reversos del C. de Pruebas No. 2) y Oficio No. 000446 del 6 de abril de 2006 dirigido al Gerente de ALMAVIVA S.A., y por medio del cual el Jefe de la División de Comercialización de la DIAN-Cartagena, autoriza la entrega de la mercancía a la hoy demandante (Fl. 44 del C. de Pruebas No.2).

Ahora, y en atención a que el proceso por medio del cual se define la situación jurídica de la mercancía continuó su trámite, no obstante haberse entregado a la demandante la mercancía por constitución de garantía, mediante Resolución No, 001737 del 17 de julio de 2006 (Fl. 3 a 11 y reversos del C. de Pruebas No. 2), la administración aduanera ordenó el decomiso de la mercancía aprehendida -pero previamente entregada- a nombre de la hoy sociedad actora, solicitándose a su vez a la compañía IMPORTADORA GRAN ANDINA LTDA, poner a disposición de la DIAN la mercancía aprehendida y que había sido a ella entregada en virtud de presentación de garantía No. 062103926 en reemplazo de aprehensión; resolución que posteriormente fue confirmada mediante Resolución No. 002359 del 10 de octubre de 2010, que resolvió el recurso de reconsideración contra ella propuesto, quedando ejecutoriada la misma el día 15 de noviembre de 2006 (12 a 17 y reversos del C. de Pruebas No. 2).

En cumplimiento de la orden de decomiso ejecutoriada, y en actuación administración distinta - ya no de definición de situación jurídica de la mercancía-, la División de Liquidación Aduanera de Cartagena -procurando lograr poner a disposición de la DIAN la mercancía o dar cumplimiento de la obligación garantizada- procedió a dar apertura del expediente PT 2006-007-00080 en fecha 6 de febrero de 2007 (Fl. 18 del C. de Pruebas No. 29), actuación donde mediante Oficio No. 00243 del 22 de febrero de 2007 (reverso folio 46 del C. de Pruebas No. 2), se le solicitó a la sociedad IMPORTADORA GRAN ANDINA LTDA., poner a disposición de la DIAN y en el término de quince (15) días, la mercancía decomisada con la Resolución No. 001737 del 17 de julio de 2006, mercancía que le fue entregada en virtud de Resolución No.

000820 del 29 de marzo de 2006, que aceptó la garantía constituida en reemplazo de aprehensión.

Así las cosas, y en atención a que la sociedad aquí actora no procedió a "cumplir su obligación de poner a disposición de la DIAN la mercancía decomisada, tal y como lo informó la Jefe de la División de Comercialización a la Jefe de División de Liquidación Aduanera, mediante Oficio, No. 00394 del 28 de marzo de 2007 (Fl. 47 del C. de Pruebas No. 2) -más de un mes luego de requerida la sociedad actora, sin que se hubiera demostrado aquí lo contrario-, es decir, luego de acreditado el incumplimiento de la obligación por la sociedad actora, ciertamente la Administración Aduanera estaba en la obligación de hacer efectiva la Póliza de cumplimiento de Disposiciones Legales No. 062103926 de la compañía Seguros del Estado S.A., que como se vio, amparó el riesgo o cumplimiento de la obligación de la demandante de "...poner la mercancía a disposición de la ADUANA CUANDO EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SE DETERMINE SU DECOMISO...".

En ese orden, encuentra el Despacho que los actos administrativos aquí acusados obedecieron estrictamente las normas y procedimientos aduaneros aplicables al caso, particularmente los artículos 233 del Decreto 2685 de 1999 y 530 de la Resolución No. 4240 de 2000, sin que se hayan configurado los cargos de nulidad alegados por la parte actora.

Por lo expuesto, es claro que siendo carga de la parte demandante probar la ilegalidad de los actos acusados, no logró ésta demostrar que los cargos propuestos, tuvieran soporte."

D. LA APELACION (Folio 173 a 175)

La parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado Sexto Administrativo de este Circuito judicial, manifestando entre otras cosas los siguientes argumentos:

“La sentencia recurrida al pronunciarse en el fondo de la demanda, deniega las pretensiones de la demanda al considerar en síntesis que los procesos de la definición de la situación jurídica de la mercancía donde se entregó la mercancía en reemplazo de garantía, y el que declaró el incumplimiento de la garantía son diferentes y habiéndose dados los presupuestos del incumplimiento la entidad demandada, no violó ningún derecho al hacer efectiva la mencionada póliza, razón por la cual denegó las pretensiones de la demanda.

No comparto la decisión adoptada pues es contraria a la verdad de autos pues se falló dándole prevalencia a la verdad formal, sin tomar en consideración la verdad acontecida.

La discusión en el asunto que nos ocupa se concreta exclusivamente en la pregunta si la resolución que declaró el decomiso está o no esta en firme, pues en derecho una es la firmeza de que trata el artículo 87 del código contencioso administrativo.

Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

- 1. Cuando contra ellos no proceda ningún*recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.*
- 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación-o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.*
- 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los decursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.*
- 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.*
- 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.*

Pero pese a que la firmeza se da por la ejecutoria del acto administrativo en nuestro caso del decomiso, carece de ejecutoriedad, pues la DIAN no puede ejecutar un acto administrativo en estas condiciones porque el incumplimiento no se ha dado, se

declaró el incumplimiento de no poner a disposición la mercadería, compromiso que se adquiere cuando en el desarrollo del proceso del decomiso se entrega la mercancía en reemplazo de una garantía, pero la verdad procesal es que la entidad solo puede hacer que el usuario ponga a disposición la mercancía cuando se haya agotado la vía gubernativa y la contenciosa, pues no tiene razón de ser que se haga efectiva la garantía, y con el tiempo se declare que el proceso del decomiso era nulo, no existía causal de aprehensión, se estaría vulnerando todos los principios constitucionales.

Esa es la razón por la cual no comparto los argumentos dados por el fallador de primera instancia que quiere que los procesos sean tomados totalmente por separado, desconociendo que este proceso es consecuencia del primer proceso el de decomiso, y mucho menos argumentar que dentro del presente proceso no se ha demostrado la existencia del otro proceso es decir el del decomiso, pues en los alegatos se manifestó en forma clara el radicado y la ubicación del proceso por ser información que puede ser verificada por la misma corporación se obvio de probarlo, y a la fecha es imposible arrimar esta confirmación ya que el proceso se encuentra en el despacho del honorable magistrado del Consejo de Estado Dr. Marco Antonio Velilla, sin que tenga acceso a suministrar copias para su comprobación.

En sentido estricto cuando se lee en la sentencia de primera instancia esta parte que no se probó, deja el fallador entrever que si es importante saber la suerte de la resolución de decomiso que es la única que abre la puerta para que el incumplimiento de la garantía se hubiera dado, no siendo muy congruente con la decisión adoptada.

La discusión en el contencioso de la resolución de Decomiso, quiere decir que la entidad hoy no puede decir que la mercancía fue declarada a favor de la nación, porque solo hasta que el Honorable Consejo de Estado falle a favor de la entidad, la misma puede ejecutar el fallo.

En tal sentido solo en ese momento, la entidad puede hacer efectiva la garantía que se dio en reemplazo de la mercancía, ya que hasta el día de hoy no es la verdad procesal que el decomiso este en firme, sostener ese dicho como lo hace el fallador

de primera instancia es un error, porque no sabemos cuál es la verdadera suerte de la mercancía, si el Consejo de Estado falla concediendo las pretensiones de la demanda en el decomiso, el proceso que estamos adelantando es inútil, pues no tendría efecto alguno, o si por el contrario se declara a favor de la nación la mercancía, la DIAN ejecuto dicha obligación antes de tener el derecho para ello lo que en sí sería nulo.

Con fundamento en los planteamientos que anteceden, solicito se sirva revocar la sentencia recurrida, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla atendiendo las pretensiones de la demanda."

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no rindió concepto en el trámite de segunda instancia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto 30 de septiembre de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 31 de octubre de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia a lo cual se procede previas las siguientes.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que la resolución que agotó la vía gubernativa, fue expedida el 17 de marzo de 2008, y la demanda fue presentada el día 17 de julio de 2008, es decir, antes del vencimiento de los cuatro meses que exige la Ley para tal efecto en este tipo de acciones.

3. Síntesis del caso.

Se demanda la ilegalidad de unos actos administrativos, en virtud de los cuales se declara de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera por parte de la sociedad IMPORTADORA GRAN ANDINA LTDA, y se ordena hacer efectiva una Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales, por no haber puesto a disposición de la administración aduanera una mercancía decomisada, alega la parte demandante que se le han violado preceptos constitucionales y legales conforme a las cuales los actos acusados estarían viciados de nulidad, pues muy a pesar de no encontrarse en firme el acto de decomiso de la mercancía por estar demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa -sin sentencia definitiva-, la DIAN hizo exigible la obligación aduanera a la sociedad actora a través de los actos acusados, y porque además se hizo exigible una garantía por infracción aduanera que jamás se cometió, situación que solo puede definirse en el proceso contencioso administrativo adelantado en el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 003.2007.00144.00, que fue fallado en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar y se encuentra en el trámite de la segunda instancia en el Consejo de Estado.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues a su juicio los actos administrativos acusados no se encuentran viciados de nulidad, ya que la efectividad de la garantía por incumplimiento opera de oficio siempre y cuando se cumplan las formalidades que señala la norma, es decir, no requiere pronunciamiento alguno de los afectados, siempre que se verifique el incumplimiento de la obligación

aduanera, en este caso, no poner a disposición de la Administración la mercancía que se ordenó decomisar, no obstante su requerimiento.

Indicó la juez de instancia entre otras cosas que en el caso concreto, se tiene demostrado que la Resolución que ordenó el decomiso de la mercancía, se encontraba en firme, toda vez que contra ella se agotaron los recursos de ley, concretamente el recurso de Reconsideración que fue propuesto por la hoy sociedad actora, siendo resuelto, quedando ejecutoriada la misma, de tal manera que la actuación a seguir era declarar el incumplimiento de la obligación por parte del accionante y luego hacer efectiva la póliza de garantía, ello independientemente que el acto de decomiso estuviese demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa y se encontrara pendiente decisión definitiva.

La parte demandante en su recurso de apelación insiste en el argumento consistente en afirmar que hasta tanto no se defina judicialmente ante el Consejo de Estado, la legalidad del acto de decomiso, no podía la DIAN definir la disposición de la mercancía, porque no se sabe cuál es la verdadera suerte de la mercancía, si el Consejo de Estado falla concediendo las pretensiones de la demanda en el decomiso, el proceso que estamos adelantando es inútil, pues no tendría efecto alguno, o si por el contrario se declara a favor de la nación la mercancía, la DIAN ejecutó dicha obligación antes de tener el derecho para ello lo que en sí sería nulo.

4. El acto acusado.

4.1 Resolución número 048.064.0686 expedida el 24 de abril de 2007, proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena mediante la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se declaró EL INCUMPLIMIENTO de las obligaciones contraídas por IMPORTADORA GRAN ANDINA LTDA. y se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 062103926 de la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. por no poner a disposición de la DIAN la mercancía decomisada con la resolución 01737 del 17 de julio de 2006, decisión que fue confirmada en recurso de Reposición por la

misma División con la resolución 2140 del 20 de diciembre de 2007 y nuevamente confirmada por la División Jurídica Aduanera de la misma Administración, mediante la resolución número 0502 del 17 de marzo de 2006. (Folio 21 a 24)

5. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico a resolver en el caso que ahora nos ocupa, se circunscribe a determinar si la DIAN, mediante el acto administrativo acusado, infringió las normas superiores invocadas como vulneradas, al declarar de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera, y hacer efectiva una póliza de cumplimiento, sin haberse definido judicialmente una demanda contenciosa administrativa en donde se debate la legalidad del acto de decomiso que originó el incumplimiento.

6. Tesis de la Sala.

Esta Sala considera que el hecho de haberse presentado una demanda contenciosa administrativa en contra un acto administrativo que resuelve la situación jurídica de una mercancía con decomiso, no es un hecho que impida a la Administración de Aduanas declarar el incumplimiento de una obligación aduanera generada por los hechos constitutivos del decomiso, ni mucho menos impida hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Lo anterior por cuanto esta Sala es de la tesis consistente en afirmar que el acto administrativo de decomiso, es independiente al acto administrativo que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento, actos que conforman situaciones independientes y autónomas las cuales pueden ser debatidas en forma separada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A continuación se desarrollará el porqué de la tesis planteada por la Sala.

Hay que tener en cuenta que por una parte la administración de aduanas resolvió la situación jurídica una mercancía, en donde se resolvió el decomiso de la misma mediante Resolución No. 001737 del 17 de julio de 2006 (Folio 3 a 11 cuaderno 2 de pruebas), resolución que quedó ejecutoriada luego de haberse resuelto el recurso de

reconsideración en su contra mediante Resolución No.002359 del 10 de octubre de 2006 (Folio 12 a 17 cuaderno 2 de pruebas), actos administrativos que fueron demandados y que aún se encuentra pendiente la resolución del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia ante el Consejo de Estado. En estos actos administrativos se resolvió el decomiso de la mercancía.

En el acto administrativo que se demanda en el caso bajo estudio, la DIAN declaró el incumplimiento de la obligación aduanera y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento, actuación administrativa que tuvo un sustento normativo distinto al utilizado en los actos de decomiso, pues la DIAN hizo efectiva la póliza de cumplimiento aplicando el artículo 233 del Decreto 2685 de 1999, el cual indica lo siguiente:

"ARTICULO 233. GARANTÍA EN REEMPLAZO DE APREHENSIÓN.<Artículo modificado por el artículo 4 del Decreto 4431 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> 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, dentro del término para presentar el documento de objeción a la aprehensión de que trata el artículo [REDACTED] del presente decreto, de una garantía por el valor en aduana de la misma y el ciento por ciento (100%) de los tributos aduaneros a que hubiere lugar, 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 término de constitución será fijado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El reemplazo de la aprehensión de la mercancía por la garantía de que trata el inciso anterior se deberá solicitar en el documento de objeción a la aprehensión anexando la garantía correspondiente, sobre la cual se pronunciará la autoridad competente a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación.

Contra la negativa de la solicitud procederá el recurso de reposición que se resolverá dentro de los tres (3) días siguientes a su interposición.

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, esta 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 [REDACTED] 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.

Cuando en el proceso administrativo se determine que no había lugar a la aprehensión, la garantía no se hará efectiva y se devolverá al interesado.

PARÁGRAFO. 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.”

A juicio de la Sala, la norma en ningún momento condiciona la declaración del incumplimiento de la obligación aduanera y la efectividad de la garantía, a que el acto administrativo de decomiso sea o no demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues el hecho que el interesado demande el acto administrativo de decomiso, no es un hecho que limite o prohíba a la administración que declare el incumplimiento de una obligación aduanera y mucho menos prohíbe hacer efectiva la respectiva póliza de cumplimiento.

La parte demandante alega que la aprehensión y el posterior decomiso de la mercancía no se ajustó a derecho, sin embargo es del caso aclarar que este es un aspecto que ya está siendo debatido en otro proceso contencioso administrativo, el cual es como la ha venido desarrollando la Sala, independiente a las razones por las cuales se presentó el proceso contencioso aquí debatido, procesos que a todas luces son independientes al estar fundados en el estudio de legalidad de actos administrativos autónomos, los cuales se encuentran debidamente ejecutoriados en instancia administrativa y que gozan de presunción de legalidad.

Por todo lo anterior a esta Sala le es dable concluir que se encuentra de acuerdo con la decisión proferida en el fallo de primera instancia, pues en el caso tratado no se pudo desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, el cual se encuentra ajustado a derecho mientras sus fundamentos de hecho y de derecho se encuentren vigentes en el mundo jurídico, y que además como explicó la Sala, el hecho de encontrarse pendiente la definición judicial del acto administrativo de decomiso, no es

per se razón suficiente para declarar la nulidad del acto que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la póliza de garantía de una obligación aduanera. Así las cosas se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha diecinueve (19) de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase 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


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO

(Decreto)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
E D I C T O N° 0079
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SERINCO DE CORDOBA S-A
DEMANDADO	: NACION-POLICIA NACIONAL- DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2003-01468-00
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 262 a 272
(2.c)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **321 / 2013**

Cartagena de Indias D. T. y C., Veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Responsabilidad por omisión en la protección de terreno de propiedad privada.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 23 31 001 **2003 01468 00**

II. PARTES

Demandante: SERINCO DE CORDOVA S.A.

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA – POLICIA NACIONAL.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir en primera instancia la demanda de reparación directa interpuesta por la sociedad **SERINCO DE CORDOVA S.A.**, contra el Distrito de Cartagena y la Policía Nacional.

IV. ANTECEDENTES

1- HECHOS

PRIMERO: La sociedad demandante es propietaria y poseedora material del inmueble ubicado en la carretera que conduce a Pasacaballos, jurisdicción del municipio de Cartagena, distinguido con la referencia catastral 01 -10-0860-0134-000, y de matrícula inmobiliaria número 060-0119543 de la oficina de registro inmobiliaria de Cartagena, posesión material que provino de un justo título, ya que el compró el inmueble antes dicho mediante escritura pública número 5.357 de 1995 de la Notaria Tercera de Cartagena, adquiriéndolo de la sociedad POLICRETO S.A., quien a su vez era el legítimo propietario y poseedor del inmueble.

SEGUNDO: Los linderos y medidas del inmueble en comento son: Lote número 2, Por el Frente, carretera construida por las Empresas Públicas Distritales de Cartagena y mide ciento treinta y nueve metros con treinta centímetros (139.30 mts); Por la derecha, entrando, por la carretera que construyeron las Empresas Públicas Distritales, con propiedad que es o fue de Francisco Parra en distancia de trescientos treinta y nueve metros con veinte centímetros (339.90); por la izquierda, entrando, con propiedad que fue o es de Rafael Núñez y mide doscientos treinta y seis metros con sesenta centímetros (236.60 mts); por la izquierda, entrando, con propiedad que fue es de Rafael Núñez y mide doscientos treinta y seis metros con sesenta centímetros (236.60 mts); y por el fondo, con propiedad que es o fue de Juan Ariza y mide noventa y nueve metros con cuarenta y cinco (99.45 mts).- la cabida de este lote es de veintiséis mil ciento ochenta y ocho metros con noventa centímetros (26.188.90 m²).

TERCERO: El día 27 de junio de del presente año el lote fue invadido por un grupo de personas, que según ellos y la administración son desplazados por la violencia, ante lo cual el representante legal de SERINCO LTDA presentó ante las autoridades administrativas y de policía, solicitud de lanzamiento por ocupación de hecho, para que se le diera el amparo policivo del caso y se le protegiera la posesión y la propiedad de que gozaba de manera pacífica, pública y tranquila.

CUARTO: El día 29 de junio de 2000 se presentó proceso de lanzamiento por ocupación de hecho ante la Alcaldía mayor de la ciudad de Cartagena para el

restablecimiento de la posesión efectiva del predio.

QUINTO: La Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias mediante resolución 0833 del 17 de julio de 2000 resolvió admitir la querrela presentada por la sociedad Serinco Ltda., y ordenar el lanzamiento por ocupación de hecho de las personas indeterminadas que se encuentran ocupando el inmueble descrito en la parte motiva de la resolución, comisionar al Inspector de Policía, Notificar los querrellados y al Personero Distrital para lo de su resorte.

SEXTO: Se procedió a realizar el despacho comisorio número 007 del 17 de julio de 2000, con el cual se notificaba a todas las partes.

SEPTIMO: En Julio 18 se enviaron todos los documentos a la Inspector a de Policía de la Comuna Número 19 Mamonal, se fijaron los avisos en fecha 18 de julio de 2000, y se fijó para el día 21 de Julio de 2000 como fecha para practicar la diligencia de lanzamiento a las 9:00 a.m.

OCTAVO: La diligencia de lanzamiento se realizó el día 21 de Julio de 2002 a las 6:00 a.m. en el lote objeto del desalojo, los ocupantes no presentaron oposición jurídica al lanzamiento a que estos sabían que su ocupación era ilícita, pero no se pudo realizar el desalojo efectivo, por falta de apoyo de la fuerza pública; nuevamente se fijó para el día 28 de julio para su práctica.

NOVENO: Se practicó la diligencia el día 28 de Julio de 2000, para la entrega real y material del lote, la cual no se pudo realizarla que el apoyo policivo no fue suficiente, frente al número de ocupantes del lote, lo que hacía necesaria una preparación más eficaz. Se fijó nuevamente para el día 28 de noviembre de 2000 la nueva fecha.

DECIMO: El 28 de noviembre de 2000 no se pudo realizar la diligencia por falta de apoyo policivo. Nuevamente se realizó la diligencia el día 1° de marzo de 2001 y no se pudo realizar porque la Policía manifestó mediante oficio de fecha 28 de febrero de 2001, suscrito por el Coronel José Javier Toro Díaz, Comandante Departamento de

Policia Bolivar Primer Distrito, que no contaba con el personal policivo suficiente para realizar la diligencia lo cual conllevaría a dejar la ciudad desprotegida.

ONCE: El 29 de agosto de 2001 se fijó nuevamente la realización de la diligencia, la cual no se pudo realizar porque la Policía Nacional no envió personal para ello, esto es, no cumplió con la orden de dar apoyo a la autoridad civil para realizar el lanzamiento.

DOCE: La última fecha fijada para la práctica del lanzamiento fue el día 10 de abril de 2002, fecha en la cual tampoco se realizó la diligencia, ya que la policía alegaba falta de hombres, pero nunca realizó ninguna labor para obtener apoyo de otros departamentos, para que de manera planificada se pudiera realizar la diligencia.

TRECE: La Alcaldía Municipal no realizó su labor como primera autoridad del orden público y se opuso a realizar la diligencia alegando que era un personal desplazado y que cualquier medida generaría problemas de orden público, recayendo todo el peso de esa decisión en el deterioro patrimonial de la firma SERINCO LTDA, ya que ella perdería su lote por omisión del Estado.

CATORCE: El Personero Municipal, doctor JORGE LUIS CÁRCAMO ALVAREZ solicito al señor Alcalde no realizar la diligencia por lo siguiente:

"las condiciones actuales del país y del Distrito de Cartagena, nos permiten afirmar que es más grave la (sic) practicar de una diligencia de lanzamiento de tres mil familias que la búsqueda de una solución negociada a la problemática que se nos presenta".

Teniendo en cuenta además, la posible omisión constitucional y legal por parte de la Alcaldía de Cartagena y de las fuerzas del orden, en la protección y vigilancia de la vida, honra y bienes de los asociados, al permitir que se consolidara este asentamiento en el predio hoy objeto de proceso policivo de lanzamiento, nos parece apropiada la búsqueda de alternativas de solución

para esas familias:

Por ello en base de lo anteriormente expuesto, solicitamos:

Reconsiderar la práctica de la diligencia programada por la inspección de Policía comuna No. 11 de Mamonal, para el día 10 de abril del presente año, en aras de obtener una solución menos traumática a las partes en conflicto, protegiendo de un lado el derecho de propiedad salvaguardado en la orden de lanzamiento y de otro el derecho de la comunidad asentada, especialmente a la población infantil, mujeres cabezas de familia, mujeres en gestación y personas de la tercera edad que se encuentran en ese asentamiento humano irregular."

QUINCE: Desde la fecha de la audiencia de conciliación el municipio se ha dedicado a fijar fechas sin ton ni son, y solo para justificar una supuesta eficiencia en el cumplimiento de sus funciones.

2- PRETENSIONES

PRIMERO: Declarar que la Nación - Policía Nacional y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias D.T. y C., son administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a la sociedad SERINCO LTDA, por la falla del servicio de la administración por omisión, ya que ellos omitieron realizar el desalojo del inmueble de la demandante ubicado en Pasacaballos, jurisdicción del municipio de Cartagena, identificado como lote 2 y de propiedad del actor, tal y como aparece en los hechos de esta demanda.

SEGUNDO: Condenar en consecuencia, a la Nación Colombiana - Policía Nacional, y a al Distrito Turístico Y Cultural de Cartagena de Indias D.T. y C., al pago del valor comercial del inmueble, esto es, la suma de Un Mil millones de Pesos Moneda Corriente (\$1.000.000.000.00) más los gastos que se han realizado para obtener el

desalojo, gastos procesales y costas, más todo lo que resulte probado en el proceso.

TERCERO: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 de C.C.A., y se reconocerán los intereses liquidados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

B.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

B.1 DISTRITO DE CARTAGENA (Folios 130 a 138)

El Distrito de Cartagena se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como primera medida las siguientes excepciones: INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN, FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA EN LA CAUSA, INEPTA DEMANDA, las cuales desarrolló de la siguiente forma:

Inexistencia de la vulneración.

De los hechos planteados no se puede deducir que exista o haya existido por parte de la accionada DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, acción u omisión que cause perjuicios al demandante, pues tan pronto fue presentada la correspondiente querrela, esta entidad territorial actuó con eficiencia para expedir la Resolución 0833, así mismo debe anotarse que la falta de personal policivo para el desarrollo de las respectivas diligencias, no es responsabilidad directa del Distrito de Cartagena, sino del Comando de Policía de Departamento de Bolívar.

Falta de legitimación activa en la causa.

El demandante no está legitimado en la causa para presentar la demanda, en atención a que, de acuerdo con el certificado de tradición aportado al proceso por el demandante, quien figuró como propietario del inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 060-119542, objeto de ésta demanda, es la sociedad SERINCO

LTDA., y no la demandante, SERINCO DE CORDOVA S.A.; de hecho ésta última no ha sido relacionada nunca como titular de esa propiedad, y como tampoco esa sociedad la que presentó querrela para que se le brindara el amparo policivo, razón por la cual mediante la Resolución 0833 se intentó proteger el derecho del querellante y no del ahora demandante, de lo anterior podemos concluir que SERINCO DE CORDOVA S.A. no está legitimada para reclamar los perjuicios que por esta vía se pretenden.

Además de lo anterior, si se revisa el mismo certificado de tradición podemos observar que en la anotación número 19, con fecha 26-03-2001, se encuentra registrada la dación en pago que se hizo del inmueble, de parte de la verdadera propietaria, SERINCO LTDA., a el BANCO SUDAMERIS, acto jurídico que se hizo por medio de la escritura pública 617 del 08-03-2001, en la que se dispone, (décimo segundo), que la entrega material del inmueble se haría a más tardar cinco días después de la firma de dicho documento, y en su numeral décimo cuarto, que la dación se haría efectiva cuando quedara debidamente registrada la correspondiente escritura, lo que tuvo ocurrencia el 26 de Marzo de 2001.

De acuerdo con los documentos que militan en el proceso, la propiedad sobre el inmueble la tiene el BANCO SUDAMERIS, y no la firma demandante, SERINCO DE CORDOVA S.A., quien valga la pena afirmar, NUNCA ha sido propietario de ese inmueble, luego entonces si alguien hubiera querido demandar por esos hechos ha debido ser esta entidad financiera y quien lo hizo, si tenemos en cuenta que la DACIÓN EN PAGO, tiene los mismos efectos de una compraventa, y tal como quedo consignado en la correspondiente escritura, es el adquirente quien está en la posibilidad de ejercer los derechos que puedan derivarse de su ostentación.

De hecho cuando se profirió la resolución de lanzamiento, (Julio 17 de 2000), la sociedad SERINCO DE CORDOVA S.A., ni siquiera había sido constituida, pues de acuerdo con el certificado de existencia y representación de ésta sociedad aportado al proceso, la demandante fue constituida mediante escritura pública No.858 del 6 de Octubre de 2000, entonces no se explica como puede ser esta persona jurídica titular

de unos derechos que jamás le fueron reconocidos, ni transmitidos, por lo menos ello no se prueba en éste proceso.

Inepta demanda.

Tiene, su fundamento en que el Doctor Eduardo Aguilar Valiente, actuando como apoderado de SERINCO DE CORDOVA S.A., pretende mediante esta demanda que se reconozcan e indemnizen unos presuntos perjuicios que se le ocasionaron a SERINCO LTDA, tal como lo manifiesta en acápite de "declaraciones" de la demanda.

El Abogado demandante carece absolutamente de poder para pedir perjuicios en nombre de SERINCO LTDA., pues no fue ésta persona jurídica quien le confirió poder, y se tratan, la del poder, y la de las pretensiones, de dos personas jurídicas completamente independientes.

Aparte de lo anterior, las peticiones no se encuentran bien planteadas pues se pide que se declaren y reconozcan unos presuntos perjuicios, a Serinco Ltda., pero no se dice a quién debe pagársele los MIL MILLONES que se pretenden. Es imposible que puedan estar solicitando en nombre de Serinco Ltda., porque esta sociedad no ha conferido poder dentro de la correspondiente actuación. Lo anterior nos trae como consecuencia la ineptitud de la demanda, pues al ser rogada la jurisdicción contenciosa administrativa, es IMPOSIBLE que se paguen unas sumas si no se ha dicho a quién debe hacerse el pago.

Adicional a las excepciones presentadas, el apoderado el Distrito de Cartagena manifiesta que es absolutamente improcedente que se pida la indemnización de unos perjuicios que han sido ocasionados también por el precario ejercicio de la posesión del actor, pues en una anterior oportunidad, apenas el 6 de Julio de 2000, la Comandante Segunda de la Estación de Blas de Lezo, en cumplimiento de la orden de amparo concedida por la Inspección de Policía de Cebalios, entregó al señor BORIS MORDECAI RUELO, el mismo inmueble identificado con el No. de matrícula inmobiliaria 060-0119543, tal como consta en acta que se adjunta. Es absurdo

entonces, que días después el propietario vuelva a pedir el amparo, dejando al descubierto, así, descuido y negligencia en el ejercicio de su posesión.

De otra parte, es conveniente agregar que el mismo apoderado en representación de Serinco Ltda., pidió a través de una acción de tutela la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y a la propiedad, por la presunta falta de apoyo para la realización de la diligencia de lanzamiento de parte de la Policía Nacional y del Distrito de Cartagena, acción que correspondió conocer a ese mismo Despacho, en el que no se tutelaron los derechos y dentro del cual el demandante reconoció que "no se pudo llevar a cabo por falta de apoyo de la autoridad policiva, ya que el número de invasores superó el personal policivo, con arremetidas violentas y sometiendo los particulares a la autoridad pública en el monopolio de la fuerza", con lo que está reconociendo que si ha habido voluntad del Distrito de Cartagena y de la Policía Nacional, pero que la diligencia no ha sido efectiva por asuntos externos, y no por omisión de las entidades estatales.

B.2 POLICIA NACIONAL (Folio 145 a 151)

La apoderada de dicho ente demandado presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando puntualmente que la administración no puede responder por los hechos que excedan las predicciones reglamentarias o medias que están a su servicio, por lo tanto para endilgar responsabilidad a la misma se requiere probar negligencia o culpa en la conducta omisiva. De igual manera, se requiere se demuestre plenamente la entidad y extensión del daño en sus modalidades de daño material alegado para hacerse acreedor de una indemnización.

Objeta el reconocimiento de UN MIL MILLONES DE PESOS por concepto de los perjuicios materiales causados a la sociedad demandante, ya que se afirma que ese es el valor comercial del inmueble donde no fue posible realizar la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, por cuanto a la demanda no se anexo el

correspondiente avalúo comercial que confirme dicha cifra, así mismo tampoco se aportó el balance general de la empresa Serinco De Córdoba S.A. suscrito por un contador público debidamente registrado, libros contables o declaración de renta, del año gravable inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, que demuestre la cantidad pretendida. Además debe tenerse en cuenta el lote de terreno se avalúo en (700.000.000.00) en el contrato de compraventa suscrito entre la sociedad actora con el Banco Sudameris, por ende no se entiende de donde se justifica la indemnización de perjuicios pretendida.

EXCEPCIONES

➤ EXCEPCIÓN DE INDEBIDA REPRESENTACIÓN

El señor EDUARDO AGUILAR VALIENTE, manifieste actuar en su calidad de apoderado especial de la Sociedad Serinco de Córdoba S.A, representada legalmente por el señor JORGE LUIS HOYOS CAÑAVERA, según certificado de existencia y representación legal anexado a la demanda, sin embargo con el traslado de la misma no se aportó el correspondiente poder o escritura pública que se haya otorgado para tal fin, configurándose así la EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDANTE.

➤ EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA CAUSA

El lote de terreno del cual se manifiesta las autoridades demandadas omitieron en realizar el desalojo, fue prometido en venta por el Banco Sudameris a la sociedad actora, según promesa de compra venta de fecha 29 de noviembre del 2001, y adquirido por dicha entidad bancaria en virtud de la dación en pago efectuada por parte de la firma Serinco - SERVICIOS, INGENIERÍA, CONSTRUCCIONES LTDA Y Serinco DE CORDOVA Y MEJIA CONSTRUCTORES S.A.

El 23 de septiembre del 2002 se firmó otro sí al citado contrato de promesa de compra

venta entre la sociedad accionante y el Banco Sudameris donde se modifica la cláusula decimotercera de la siguiente manera "los promitentes compradores, asumen la compra del lote en el estado en que se encuentra, esto es ocupado por invasores, y relevando al promitente vendedor de la obligación de saneamiento, por lo cual éstos ceden a los prominentes vendedores, todas las acciones presentes y futuras que tenga el promitente vendedor como dueño del lote, en particular ceden las acciones para recuperar la posesión material del lote, las administrativas, policivas, penales, civiles y cualquiera otra para obtener la reparación de los perjuicios por el no desalojo o desocupación del mismo por parte de la autoridad pública".

Si bien es cierto que en virtud de dicha cláusula la sociedad accionante tiene la titularidad de ejercer las acciones tendientes a recuperar la posesión del lote en cuestión y las que tengan por objeto la reparación de perjuicios, por concepto, no es dueña o propietaria del inmueble, sino el Banco Sudameris, hasta tanto no se perfeccione el contrato de compraventa existente entre las partes, que según la cláusula octava del contrato de compraventa la respectiva escritura pública se otorga en la Notaría tercera del Circulo de Cartagena el día 16 de octubre del 2006 a las 10:30 am, siempre y cuando se cumpla con el precio acordado.

Siendo así las cosas, Serinco de Córdoba S.A. no se encuentra legitimado para solicitar el valor comercial del inmueble, esto es la suma de un mil millones de pesos moneda legal (\$1.000.000.000.00), por cuanto no es el propietario del mismo, además debe tenerse en cuenta que el lote de terreno se evaluó en (\$700.000,000.00) en el contrato de compraventa con el Banco Súdameris, por ende no se entiende de donde la suma pretendida a título de indemnización de perjuicios.

También argumenta la demandada que sobre el particular como primera medida que no es cierto que la Institución haya omitido la prestación del apoyo policivo, pues debe tenerse en cuenta que el Departamento de Policía Bolívar no contaba con los 500 hombres que requería la Inspectora para realizar la diligencia de lanzamiento y mucho menos para dejarlos de planta para evitar nuevas invasiones, por lo cual se hacía

necesario solicitar apoyo al Comando de Policía Atlántico, pues de lo contrario se pondría en riesgo la seguridad del resto de la ciudad.

Como segunda medida es importante agregar que con fecha 6 de julio de 2000, se prestó eficientemente el amparo policivo solicitado por la Inspectora de Policía de Ceballos, realizando el desalojo ordenado por la Alcaldía Distrital antes que la invasión adquiriera las dimensiones tan inmanejables, haciendo la respectiva entrega del inmueble al señor BORIS MORDECAY PUELLO, por parte de la Teniente JOHANA STELA LÁZARO MONROY, Comandante de la Estación Blas de Lezo, según se puede verificar en la respectiva acta anexa a la presente contestación.

La Policía Nacional cumplió con el deber de prestar a la Inspectora de la localidad el apoyo policivo requerido para realizar la comentada diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, de modo que al ser entregado el inmueble era obligación de sus propietarios propender por todos los medios legítimamente permitidos evitar que volviera a suceder actos de perturbación a la posesión, pues sería un absurdo jurídico pensar que la Policía Nacional tuviera que asignar un personal fijo para prevenir que nuevamente invadieran el predio de la sociedad actora.

C. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor agente del Ministerio Público, no rindió concepto dentro del asunto de referencia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue presentada el día 5 de junio de 2003 y admitida por ésta Corporación el día 29 de octubre de 2003.
- Fue fijado en lista el día 30 de septiembre de 2004 y desfijado el día 13 de octubre de 2004.

- Mediante auto de fecha 1 de marzo de 2007 se procedió a abrir pruebas el proceso de la referencia.
- En auto de fecha 28 de septiembre de 2012, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público a fin que rindiera su concepto.
- Finalmente pasa al despacho para fallo.

VI.- 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 primera instancia, no sin antes resolver las siguientes cuestiones previas:

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer en primera instancia de las acciones de reparaciones directas cuya cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; en el caso que se plantea, observa la Sala que el valor de las pretensiones dentro del presente asunto son mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00) suma que para el año 2003 superaba los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Caducidad

Las omisiones de las cuales se desprende la responsabilidad de las entidades demandadas objeto de la presente demanda (falta de protección sobre un inmueble invadido por desplazados por la violencia), tuvieron su última ocurrencia en el mes de febrero del año 2003, ello según las pruebas aportadas al expediente (folios 112 115); la demanda fue presentada el 5 de junio de 2003 (Folio 11), es decir, dentro del término de dos años dispuesto en el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

3. Objeto de la demanda

Pretende la sociedad demandante que se le indemnice por los perjuicios causados a raíz de la supuesta omisión de la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional y la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, por la no realización de la diligencia de lanzamiento por ocupación del lote prometido en venta por el Banco Sudameris, pues manifiesta que el predio de su propiedad fue invadido por un grupo de desplazados por la violencia, y a pesar de pedir el apoyo policivo necesario para recuperar su bien, ni la administración distrital ni la Policía Nacional, realizaron las operaciones administrativas necesarias para la protección del bien de su propiedad.

4. Problema Jurídico a resolver

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, el problema jurídico se contrae a determinar ¿si se debe declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional y al Distrito de Cartagena de Indias, por la supuesta omisión en el desalojo de unos desplazados, que se encontraban ocupando un predio de aparentemente de propiedad de la parte demandante?

5. Resolución de excepciones.

5.1 Falta de legitimación en la causa por activa.

Tanto el Distrito de Cartagena, como la Policía Nacional, convergen en argumentar que la sociedad demandante no está legitimada en la causa para demandar, por consiguiente se resolverá primeramente esta excepción.

Las entidades demandadas argumentan que con base en el material probatorio aportado al expediente, la propiedad del inmueble del cual reclama la parte demandante indemnización, al momento de la presentación de la demanda radicaba

en cabeza del Banco Sudameris, pues fue esta entidad bancaria la que recibió el predio a través de la figura jurídica de la dación en pago, siendo el banco en mención quien podía ejercer los derechos reclamados.

Para resolver la excepción presentada, la Sala estima pertinente revisar el material probatorio aportado al expediente, en especial el certificado de tradición y libertad del predio del cual se solicita indemnización.

Al expediente fue aportado por parte del Banco Sudameris, el certificado de tradición y libertad del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No.060-119543, certificado que indica haber sido impreso el 4 de mayo del año 2007 (Folio 213 a 214), en el cual se destacan para el tema que interesa al proceso las anotaciones número 11, 17 y 18, las cuales se resumen así:

Anotación No. 11; en la cual se registra la escritura de compraventa No.2049 del 20 de octubre de 1995 de la notaría tercera de Cartagena, de POLICRETO S.A., a: SERVICIOS INGENIERIA CONSTRUCCIONES LTDA SERINCO LTDA.

La anotación número 17; la que indica el negocio jurídico de dación en pago del bien, el cual fue entregado por parte del titular del derecho de dominio: SERINCO SERVICIOS, INGENIERIA, CONSTRUCCIONES LTDA, al BANCO SUDAMERIS COLOMBIA, por un valor de (\$1.569.194.813,16), negocio jurídico que fue realizado a través de la escritura pública No.617 del 8 de marzo de 2001 de la Notaria Tercera de Cartagena, la cual fue registrada en el instrumento público el día 26 de marzo de 2001.

Por su parte la anotación número 18 de fecha 28 de junio de 2005, establece la transacción de restitución de inmueble por pago de una obligación, en donde el titular del derecho de dominio: BANCO SUDAMERIS COLOMBIA, transfiere el dominio a: INVERSIONES HOYOS LEON Y CIA S EN C y SERINCO DE CORDOVA S.A.

En los hechos de la demanda se manifiesta que los actos de perturbación sobre el bien inmueble por los invasores se iniciaron desde junio del año 2000, y la Alcaldía Mayor de Cartagena expidió la Resolución No.0833 del 17 de julio de 2000 (Folio 60 a 61), en donde ordenó el lanzamiento de las personas que se encontraban perturbando la posesión del bien, realizándose la primera diligencia de lanzamiento el 21 de julio del año 2000 (Folio 64-65), lanzamiento que fue fallido por falta de apoyo policivo, y que se repitió y fue nuevamente fallido el 28 de julio del año 2000 (Folio 71) y nuevamente fallida el 28 de noviembre de 2000 (Folio 81) y el primero de marzo de 2001 (Folio 83).

Posteriormente se fijó el 29 de agosto de 2001 (Folio 90) como fecha para la realización del lanzamiento, sin embargo no se pudo realizar por falta de personal de la policía, diligencia que nuevamente fracasó el 10 de abril de 2002 (Folio 108), lanzamientos fallidos que culminaron el día 21 de febrero del año 2003 (folio 112), por parte de la inspección de Policía Distrital de la comuna No. 11 Mamonal.

Haciendo la Sala un análisis de los momentos en que la Administración fracasó en los intentos de recuperación de la perturbación de la posesión material del bien, y cotejándolos con el certificado de tradición y libertad, con el fin de determinar quién era el propietario del bien en esos momentos, se tiene que entre el mes de junio del año 2000 y hasta el 8 de marzo del año 2001, el propietario del bien era SERVICIOS INGENIERIA CONSTRUCCIONES LTDA SERINCO LTDA, y entre el 8 de marzo y el 31 de diciembre del año 2004, el propietario del bien era el BANCO SUDAMERIS COLOMBIA, quien nuevamente transfirió la propiedad del bien a: INVERSINES HOYOS LEON Y CIA S EN C y SERINCO DE CORDOVA S.A., el 31 de diciembre de 2004.

Quiere decir lo anterior al entender de esta Sala, que para el momento de la presentación de la demanda (5 de junio de 2003) la propiedad del inmueble estaba en cabeza del BANCO SUDAMERIS COLOMBIA, sin embargo en la demanda la sociedad SERINCO DE CORDOVA S.A., manifiesta que había celebrado contrato de

promesa de compraventa del predio perturbado, el cual se comprometía adquirir haciéndose cargo de los asuntos jurídicos que tuviese pendiente el predio. El contrato de promesa de compraventa y sus contratos complementarios, suscritos entre el BANCO SUDMERIS como el promitente vendedor y SERINCO DE CORDOVA S.A., como el promitente comprador, se encuentra aportado al expediente entre los folios 48 a 53, en el contrato de promesa de compraventa suscrito el 13 de noviembre de 2001, se establecen 60 cuotas mensuales para el pago total (\$700.000.000) del valor del inmueble, implantando como fecha para el perfeccionamiento del contrato de compraventa el 16 de octubre de 2006 a las 10:30 AM en la Notaría Tercera de Cartagena.

Con la celebración de la promesa de compraventa se puede entender que la sociedad SERINCO DE CORDOVA, pretende demostrar que se encontraba legitimada para realizar todas las acciones judiciales y administrativas para culminar con la perturbación de bien, incluyendo la presentación de la demanda contenciosa administrativa, por las posibles omisiones en que incurrieron las entidades demandadas, la no haber podido recuperar la posesión del bien.

En este punto estima la Sala pertinente hacer un análisis de la relación jurídico negocial que surgió entre el Banco Sudameris como propietario y promitente vendedor del bien con la matrícula inmobiliaria No.060-119543, y la sociedad Serinco de Córdoba S.A., como promitente compradora, para ello es preciso analizar el significado jurídico del contrato de compraventa y del contrato de promesa de compraventa y sus alcances.

Primeramente es del caso indicar que la compraventa en el derecho moderno, es un contrato translativo de dominio, que se define como el contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, transmite la propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero. La compraventa constituye el medio primordial de adquirir el dominio. Las formas de adquisición del dominio están representadas por el contrato, la herencia, la prescripción, la ocupación,

la adquisición, la adjudicación y la ley. El contrato es la forma principal de adquirir la propiedad dentro de los contratos translativos de dominio.

La propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley, es decir es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.¹

El objeto del derecho de propiedad está constituido por todos los bienes susceptibles de apropiación. Para que se cumpla tal condición, en general, se requieren tres condiciones: que el bien sea útil, ya que si no lo fuera, carecería de fin la apropiación; que el bien exista en cantidad limitada, y que sea susceptible de ocupación, porque de otro modo no podrá actuarse. Habitualmente se considera que el derecho de propiedad pleno comprende tres facultades o atributos principales: uso (ius utendi), goce (ius fruendi) y disfrute (ius abutendi)².

Con relación al perfeccionamiento del contrato de compraventa de bien inmueble el código civil Colombiano, establece lo siguiente:

"ARTICULO 1857. <PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE VENTA>. La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción."

¹ Morán Martín, Remedios «Los derechos sobre las cosas (I). El derecho de propiedad y derecho de posesión» *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal Tomo I Parte teórica* Editorial Universitas ISBN 84-7991-143-3.

² Rodríguez Piñeros, Eduardo *Derecho usual* (16ª edición) Bogotá Temis, pág. 70

Como bien se puede observar en la norma arriba transcrita, para que el contrato de compraventa de un bien inmueble se perfeccione no basta con que las partes acuerden cosa (objeto a vender) y precio (valor a pagar), sino que además la ley impone una carga adicional y es que la compraventa sea elevada a escritura pública.

La promesa de compraventa, es un contrato bilateral cuyo objeto es la celebración de otro contrato dentro de un plazo o condición que fije la época de su celebración, y debiendo especificarse en ella todas las bases que constituyan el contrato prometido, de modo que sólo falte la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriben, lo que quiere decir que con la celebración del contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble, no lleva consigo implícitas las facultades de señor y dueño sobre el bien, pues para que se pueda ejercer propiedad se necesita que se celebre el contrato de compraventa el cual debe ser elevado a escritura pública y además debe ser debidamente registrado en el instrumento público para que el mismo sea oponible a terceros.

En el caso bajo estudio la legitimación para demandar por parte de la sociedad SERINCO DE CORDOVA S.A., se pretende demostrar con la existencia de un contrato de promesa de compraventa, contrato con el cual no se puede demostrar la transferencia de la propiedad de un bien inmueble, el cual en el momento de la presentación de la demanda se encontraba en cabeza del Banco Sudameris, siendo esta entidad bancaria la que a juicio de esta Sala tenía la facultad para reclamar las indemnizaciones correspondientes por las omisiones en que pudo haber incurrido la administración al no haber recuperado el bien invadido.

En el certificado de tradición y libertad aportado al expediente (folio 213-214), se encuentra que a la sociedad Serinco de Córdoba S.A., solo le fue transferida la propiedad del bien a través de la escritura pública No.3821 del 31 de diciembre del año 2004, propiedad que se le transfirió no solo a dicha sociedad sino que también le fue transferida a la sociedad INVERSIONES HOYOS LEON Y CIA S EN C, lo que le

da a entender a esta Sala que no se cumplió con lo estipulado en la promesa de compraventa que había sido suscrita entre el Banco Sudameris y Serinco de Córdoba S.A. (folio 48-53), pues en dicho documento en ningún momento participaba como promitente comprador la sociedad INVERSIONES HOYOS LEON Y CIA S EN C, sociedad que en últimas en asocio con Serinco de Córdoba S.A., adquirieron la propiedad del inmueble el 31 de diciembre de 2004.

El hecho de no haberse cumplido el contrato de promesa de compraventa celebrado entre Banco Sudameris y Serinco de Córdoba S.A. (folio 48-53), el cual en su cláusula octava establecía que la escritura pública mediante la cual se iba a perfeccionar el contrato de compraventa, se otorgaría en la Notaría Tercera de la ciudad de Cartagena el 16 de octubre de 2006 a las 10:30 AM, es un fuerte indicio que le dan a entender a la Sala que esa promesa de compraventa fue incumplida por las partes, celebrándose un nuevo contrato con el cual se transfirió finalmente la propiedad del inmueble, el cual se realizó solo hasta el 31 de diciembre del año 2004 entre el Banco Sudameris y las sociedades INVERSIONES HOYOS LEON Y CIA S EN C y Serinco de Córdoba S.A.

Así las cosas esta Sala es del criterio consistente en afirmar que para el momento de la presentación de la demanda, la sociedad Serinco de Córdoba S.A., no se encontraba legitimada para reclamar los perjuicios ocasionados por la invasión al predio, pues la propiedad del bien solo le fue otorgada con posterioridad y en asocio con otra sociedad, ya que para el momento de la presentación de la demanda el único titular de derechos sobre el predio era el Banco Sudameris, así las cosas se declarará la falta de legitimación en la causa por activa alegada por las entidades demandadas, y se procederá a negar las pretensiones de la demanda. Es del caso aclarar que con la prosperidad de la primera excepción estudiada, no se hace necesario estudiar el resto de excepciones y mucho menos el fondo del asunto.

X. DECISION

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la sociedad Serinco de Córdoba S.A., según lo estipulado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el remanente de los gastos del proceso, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0080
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE POPULAR
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO
DEMANDANTE	: RUBEN DARIO MONTENEGRO SANDON
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL-Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2011-00418-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO
(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado ponente : JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO
Referencia : Clase de proceso: Acción Popular
Radicado : 13-001-23-31-000-2011-00418-00
Demandante : Rubén Darío Montenegro Sandon
Demandado : Ministerio de la Protección Social y Otros
Tema : Acceso a edificaciones de personas con movilidad reducida

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción popular instaurada por el señor Rubén Darío Montenegro Sandon, actuando en nombre propio, contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, y PROCINAL BOGOTA LTDA., por considerar vulnerados los derechos a la realización de los consumidores y usuarios, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes y a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente.

I. ANTECEDENTES

PRETENSIONES (fl.3-4)

"a. Que se ordene a la entidades demandadas realizar las obras de adecuación (rampas o ascensores) que sean necesarias para garantizar el acceso de las personas con movilidad reducida al establecimiento de comercio CINEMAS LA PLAZUELA, de propiedad de **PROCINAL BOGOTA LIMITADA**.

b. Que se ordene al **DISTRITO DE CARTAGENA** y al **MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL** que ejerzan de forma eficaz sus facultades de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones sobre accesibilidad y garantía de los derechos e intereses colectivos en dicho establecimiento de comercio.

c. Que se de aplicación a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998".

HECHOS (fl. 1-3)

La parte actora fundamenta sus pretensiones, entre otros, en los siguientes hechos:



"a. En el CINEMA LA PLAZUELA, establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad PROCINAL BOGOTA LIMITADA, ubicado en la DIAGONAL 31 N° 71-130 PISO 2 LOCAL 2 E4 de la ciudad de Cartagena, funcionan seis (06) salas de cine, abiertas al público.

b. en dicho establecimiento, existe una barrera arquitectónica que impide el libre acceso y el desplazamiento de las personas con movilidad reducida, impidiendo el ingreso de quienes requieren del uso de sillas de ruedas o tengan cualquier otro tipo de limitación funcional para su desplazamiento, privándolos ilegalmente de la posibilidad de subir a donde están ubicadas dichas salas de entretenimiento, que son escenarios "abiertos al público". En efecto, el único modo de ingresar es haciendo uso de las escaleras convencionales que comunican, en ese punto específico del Centro Comercial, los pisos uno y dos de la edificación.

c. El DISTRITO DE CARTAGENA ha sido omisivo y negligente frente a dicha vulneración de derechos colectivos. A ese ente territorial – a través de los servicios seccionales de salud – compete velar por el conocimiento de las normas que se dictan para la protección, seguridad y bienestar de los minusválidos; así como también de las que regulan el desarrollo urbano, de forma tal que se garantice la posibilidad de acceso de las personas con movilidad reducida a las edificaciones abiertas al público, en cumplimiento de la normativa urbanística.

d. Corresponde además al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (antes MINISTERIO DE SALUD), vigilar y controlar el cumplimiento de tales normas, de conformidad con lo dispuestos en los artículos 4 y 7 de la Resolución No. 14816 del 4 de octubre de 1985 MINISALUD.

e. Las entidades demandadas en la presente acción popular incumplen flagrantemente con las leyes 12 de 1987 y la 361 de 1972, y la Resolución 14861 de 1985 del Ministerio de Salud, que imponen a las entidades públicas o privadas la obligación de velar por el bienestar de las personas con movilidad reducida, poniendo a su disposición los medios necesarios para lograr su fácil y seguro desplazamiento.

f. Esta situación, vulnera en forma evidente los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollo urbano respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de calidad de vida de los habitantes, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente".

LA DEFENSA

a) Ministerio de la Protección Social (fl. 64-78)

En su escrito de contestación, adujo que en el marco de las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998, en concordancia con la Ley 790 de 2002, y los Decretos 205 y 207 de 2003 por el cual se creó el Ministerio de la Protección Social, el mismo es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, cuyas funciones se encuentran claramente consagradas en las disposiciones referidas.



Que en el marco de las disposiciones enunciadas, es claro que las competencias del Ministerio de la Protección Social, se encuentran delimitadas en la Ley.

Afirmó que, dicho ministerio sólo está facultado para actuar como ente rector en materia de salud, correspondiéndole en consecuencia la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud; así como dictar las normas técnicas, administrativas y científicas de obligatorio cumplimiento para el Sector.

Finalmente, solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, toda vez que, el Ministerio de la Protección Social no tiene dentro de sus funciones la inspección, vigilancia, y control sobre el cumplimiento de las disposiciones que regulan o reglamentan la accesibilidad a sitios abiertos al público de las personas con movilidad reducida, sino que las mismas se encuentran en cabeza del ente territorial respectivo, así como en la entidad competente de todo orden, encargada de otorgar el permiso correspondiente para los proyectos de construcción.

A su vez, propuso las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Sustentó la excepción en el hecho que esa entidad no es la llamada a efectuar la inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de las disposiciones que regulan o reglamentan la accesibilidad a sitios abiertos al público de las personas con movilidad reducida. Aunado a ello, estimó que no es la encargada de realizar las obras de adecuación necesarias para garantizar el acceso de las personas con movilidad reducida al establecimiento de comercio Cinemas La Plazuela, dado que sus funciones son aquellas de dirigir, coordinar y definir las políticas y estrategias de la política social del Gobierno Nacional.

Innominada

Solicita las demás que encuentre probada la Sala de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

b) Distrito de Cartagena de Indias (fl. 90-93)

En su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, ya que consideró que no le correspondía al Distrito de Cartagena la adecuación



de las edificaciones para permitir el acceso de discapacitados a ella, sino a los propietarios de las mismas o quienes lo tengan como función, siendo atribuibles en este caso a los dueños de las edificaciones privadas; a su vez propuso las siguientes excepciones:

Estar en curso un trámite administrativo previo a la interposición de la acción-inexistencia de la vulneración de un derecho colectivo.

Sobre este punto, sostuvo que no se vislumbra de manera alguna, violación o derechos colectivos por parte del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, puesto que la entidad accionada ha sido receptiva y ha adelantado los procedimientos pertinentes, dentro del marco de su competencia y no consecuencia de esta acción popular, para la consecución de lo ameritado.

Falta de legitimidad en la causa por pasiva

Al respecto, señaló que la Ley 361 de 1997 sólo atribuyó a los entes territoriales el deber de control e inspección y vigilancia a efectos de que todas las edificaciones y obras de la ciudad, cuenten con rampas que procuren la accesibilidad de discapacitados a las mismas. Por consiguiente, adujo que la entidad accionada a través de su Secretaría de Planeación, está adelantando los procedimientos correspondientes, a efectos de que toda las edificaciones y obras construidas, que se realicen, o se hayan de realizar en la ciudad de Cartagena de Indias, se encuentren dotadas de rampas que garanticen el acceso a personas discapacitadas o en silla de ruedas a las mismas.

Inviabilidad de la acción impetrada

Señaló que, a través de una Acción Popular no se puede pretender el cumplimiento de obligaciones que deben exigirse a través de la acción de cumplimiento, ya que según el artículo 88 de la Constitución Política y el artículo 3º de la Ley 472 de 1992, la acción de cumplimiento tiene por finalidad hacer efectivos el acatamiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos tal como establece el artículo 1 de la Ley 393 de 1997.

c) Procinal Bogotá LTDA. (fl. 152-156)

En su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando además que el accionante no busca ninguna protección al interés colectivo sino a su propio y particular peculio, por cuenta de la búsqueda de reconocimiento y pago del incentivo económico; además, propuso las siguientes excepciones:



Cumplimiento de normas legales y reglamentos

Fundamentó la excepción manifestando que el edificio donde funciona el establecimiento de comercio CINEMAS LA PLAZUELA, de propiedad de PROCINAL BOGOTA LTDA. que funciona en el edificio de la Diagonal 31N°. 71-130 piso 2 local 2 e4 en la ciudad de Cartagena, se construyó con licencia de construcción expedida por las autoridades administrativas correspondientes y que para este tipo de usos no se requiere de otros sistemas de acceso diferentes a los ya existentes.

Falta de legitimación en el extremo pasivo

Adujo que, el negocio, actividad, explotación económica o establecimiento de comercio que opera en el inmueble de propiedad de la sociedad PROCINAL BOGOTA LTDA. constituye un negocio totalmente privado cuya mayor y menor explotación y rendimiento económicos favorece o desfavorece solo a su operador. Esto se contrapone al hecho de que en las instalaciones físicas o edificio de los cinemas no se presta ningún servicio público cuyo acceso, tránsito o desplazamiento deba ser protegido por vía de la acción popular.

Mala fe del accionante

Señaló que, es un hecho cierto e incontrovertible que el accionante en esta temeraria acción popular, señor RUBEN DARIO MONTENEGRO SANDON, solo busca lucrarse con el famoso incentivo económico.

Compensación de sistemas

Expresó que, existen dos tipos de bienes dentro del régimen de propiedad horizontal y en particular en el edificio donde funciona el centro comercial la plazuela para efectos de facilitar el acceso de personas con discapacidad física o de movimiento como por ejemplo quienes usen sillas de ruedas, para quienes se tiene montado un dispositivo al interior del establecimiento de comercio de propiedad de PROCINAL BOGOTA LTDA. que consiste en personal especialmente entrenado y designado para el efecto y cuando las necesidades lo exigen facilitan la entrada y la salida de una persona en tales circunstancias sin que su impedimento se constituya en una imposibilidad de acceso al cine.

d) Curaduría Urbana Distrital N° 1 (fl. 173)

Esta entidad solicitó la desvinculación del trámite de la acción popular, toda vez que, afirmó que la Curaduría N°1 no había otorgado licencia u autorización



de construcción para dicha obra, siendo que es en el trámite previo a la otorgamiento de la licencia que puede verificarse el cumplimiento de las normas urbanísticas, de sismo-resistencia y de edificabilidad. Añadió que el particular, que construyó sin licencia y con barreras arquitectónicas, es quien debe permanecer vinculado a la acción popular para que se le dé la orden de eliminar las barreras construidas en el edificio que se desarrolló sin la previa licencia. Por último señaló que no es de su competencia vigilar, ni ejercer control urbano para imponer sanciones urbanísticas a los propietarios que han construido sin la previa licencia urbanística.

e) Multicentro La Plazuela (fl.226-227)

En el informe rendido por esta copropiedad, se admitió que se presentaban barreras arquitectónicas para el acceso a Cinemas La Plazuela, sin embargo, se manifestó también que se oponía a la prosperidad de las pretensiones dado que, mediante Asamblea General del Multicentro La Plazuela, realizada el día 5 de junio de 2012, se aprobó la compra e instalación de un ascensor panorámico en la zona de ampliación del Multicentro La Plazuela, donde se encuentran ubicados los Cinemas administrados por Procinal. Así mismo, expresó que en virtud de lo anterior, fue suscrito un contrato de compraventa e instalación de un ascensor Schindler Andino modelo TL13, con la sociedad ASCENSORES ANDINO S.A.S.

Manifestó que la pretensión del incentivo económico no tenía fundamento, al haber sido derogados los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 por la ley 1425 de 2010. Finalmente, solicitó que se declarara la ocurrencia de un hecho superado ya que, con las acciones emprendidas por la copropiedad MULTICENTRO LA PLAZUELA, no era necesario adoptar medidas para amparar los derechos e intereses colectivos.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor Popular, Las Curadurías Urbanas N° 1 y 2, y la copropiedad Multicentro La Plazuela no alegaron de conclusión.

Procinal Bogotá Ltda. (fl. 450-451)

Procinal alegó de conclusión mediante escrito presentado en fecha 28 de junio de 2013, en el cual reitero lo aducido en la contestación de la demanda, agregando que en el proceso quedo evidenciado que no se estaban vulnerando los derechos colectivos y que dicha sociedad cumplía a cabalidad con todas las normas y disposiciones legales y reglamentarias vigentes para la movilidad de la población disminuida o discapacitada.

**Ministerio de la Protección Social (fl. 455-459)**

Dicha entidad presentó sus alegatos mediante escrito del 02 de julio de 2013, en el cual reitero los argumentos planteados en la contestación de la demanda, realizando especial hincapié en la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Distrito de Cartagena de Indias (fl. 460)

El distrito alegó de conclusión reiterando lo manifestado en la contestación de la demanda, agregándose que se han implementado acciones tendientes al desplazamiento de las personas discapacitadas en el Centro Comercial La Plazuela, como puede verse con la compra efectiva de un ascensor que quedo demostrada con los documentos aportados en la inspección judicial.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público, rindió concepto mediante memorial de fecha 6 de noviembre de 2013 (fl. 463- 475). En él, consideró que las entidades enjuiciadas son responsables de la vulneración de los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; y los derechos de los consumidores y usuarios. Por todo ello, concluye que deben prosperar las pretensiones de la demanda, con excepción de lo relativo al incentivo el cual deviene improcedente.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Por auto de fecha 17 de noviembre de 2009 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena se admitió la demanda, la cual fue notificada como consta en los folios 61, 62 y 63 del expediente, y en los folios 135-151, con el Despacho Comisorio auxiliado por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Bogotá. El accionante comunicó a la comunidad del auto admisorio de la demanda, tal y como consta a folio 58 a 59.

Mediante providencia de 19 de mayo de 2011, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena declaró la falta de competencia en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010 y se ordenó remitir el proceso a esta Corporación (folio 165 a 167).



Por auto de fecha 25 de julio de 2011 (fl. 170-172), se aprehendió el conocimiento del presente asunto y se ordenó vincular formalmente como demandados a los Curadores Urbanos N° 1 y 2, y a la copropiedad Centro Comercial La Plazuela.

Mediante auto de 30 de abril de 2012 se ordenó notificar personalmente al Curador Urbano N° 2 y al Representante Legal de la Copropiedad del Centro Comercial La Plazuela del auto de 25 de julio de 2011 (fl. 197-198)

En providencia de fecha 8 de agosto de 2012 se fijó fecha para la celebración de audiencia de pacto de cumplimiento (folio 70), la cual se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2012 (folio 260-262) y fue aplazada por última vez para el día 4 de octubre de 2012, oportunidad en la que se declaró fallida (fl. 309-310).

Por auto de fecha 12 de octubre de 2012 se abrió a pruebas el proceso (fl. 312-315) y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión en providencia del 17 de junio de 2013 (folio 186 a 188).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la presente acción popular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1395 de 2010, que adicionó un numeral al artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, el cual asignó competencias a los Tribunales Administrativos para conocer en primera Instancia, de las acciones populares que se interpongan contra entidades del orden nacional.

2. Excepciones

Las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la vulneración de un derecho colectivo, cumplimiento de normas legales y reglamento, mala fe del accionante y compensación de sistemas, propuestas por EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, la sociedad PROCINAL BOGOTA LTDA y la CURADURIA URBANA N° 1, serán resueltas conjuntamente con el problema jurídico, por encontrarse relacionadas con el fondo del asunto.



De igual manera, resulta pertinente antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, resolver las excepciones presentadas en las contestaciones de la demanda, específicamente la de inviabilidad de la acción impetrada.

2.1. Inviabilidad de la acción impetrada

Sobre este punto, consideró el Distrito de Cartagena de Indias que por vía de acción popular no se puede pretender el cumplimiento de obligaciones que deben exigirse a través de acción de cumplimiento, ya que según el artículo 88 de la Constitución Política y el artículo 3º de la Ley 397 de 1997, la acción de cumplimiento tiene por finalidad hacer efectivo el acatamiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, tal como establece el artículo primero de la referida ley.

Al respecto, se debe precisar que ciertamente la acción de cumplimiento, prevista en el artículo 87 de la Constitución Política, reglamentada por la Ley 393 de 1997, tiene como finalidad lograr el cumplimiento de una norma jurídica. Esta acción, aparte de procurar la eficacia de la norma incumplida, no persigue directamente la protección de un derecho.

Sin duda alguna, el incumplimiento de una norma jurídica conduce a la afectación de algún derecho, ya sea éste de naturaleza colectiva, subjetivo o fundamental, y para la protección de esos derechos, existen en el ordenamiento jurídico distintas acciones a disposición del afectado, y su ejercicio no depende de su arbitrio, sino de la fuente de la afectación, y de los presupuestos de procedencia que para cada acción haya establecido la ley.

En el caso de las acciones populares, de conformidad con los artículos 2 y 9 de la Ley 472 de 1998, proceden para proteger derechos e intereses colectivos violados o amenazados, violación o amenaza que puede provenir de una acción u omisión, y esta última puede concretarse en la falta de aplicación de una norma jurídica; de tal suerte que, cualquier persona podría hacer uso de la acción popular para proteger el derecho colectivo conculcado y en virtud de la orden de amparo que dé el juez popular, la autoridad incumplida tendrá que realizar una serie de acciones para el completo restablecimiento del derecho; si el interesado acude a la acción de cumplimiento, la única orden que puede dar el juez, es el cumplimiento de la norma, sin añadirle más obligaciones o conductas al demandado, por que en principio no se persigue la protección de un derecho.

Así las cosas, la Sala considera que si lo que el actor persigue es la protección de un derecho colectivo, la acción popular, es el mecanismo procedente; por lo anterior, las excepciones no prosperan.



3. Problema Jurídico

Se debe establecer en este caso, si el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, PROCINAL BOGOTÁ LTDA., LAS CURADURÍAS URBANAS N° 1 Y 2, y la COPROPIEDAD MULTICENTRO LA PLAZUELA, se encuentran vulnerando o amenazando los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes invocados por el accionante, al no realizar las adecuaciones necesarias para el acceso a las instalaciones de Cinemas La Plazuela de las personas con problemas de discapacidad o movilidad reducida.

4. Marco Jurídico y jurisprudencial

4.1. Las acciones populares, finalidad y procedencia

Las acciones populares¹ tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. Se caracterizan por poseer un carácter altruista, pues mediante su ejercicio se busca que la comunidad afectada pueda disponer de un mecanismo jurídico para la rápida y sencilla protección de los referidos derechos, cuya amenaza o vulneración, así como la existencia del peligro, agravio o daño contingente, deben probarse necesariamente para la procedencia del amparo.

Se tienen entonces, como supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares, los siguientes: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.

4.2. Disposiciones constitucionales y legales que consagran derechos a favor de las personas con movilidad reducida

¹ Artículo 88 Constitución Política, desarrollado por la Ley 472 de 1998



Respecto a los derechos de las personas discapacitadas, existen varias disposiciones constitucionales que de alguna manera consagran derechos a favor de estas personas, sobre el tema resulta pertinente citar las siguientes:

"ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

"ARTICULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran".

"ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación".

Como se puede observar el artículo 13 contempla el derecho fundamental a la igualdad, en virtud del cual recae en cabeza del Estado no sólo la obligación de promover medidas a favor de los grupos discriminados o marginados, sino también la de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, dentro de las cuales se encuentran las personas con limitaciones y movilidad reducida.

En el mismo sentido, el artículo 47 de la Constitución Política impone al Estado la Obligación de adelantar políticas de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se debe prestar la atención especializada que requieran.

Como desarrollo de las citadas normas constitucionales, el Congreso de la República expidió la Ley 361 del 7 de febrero de 1997 "Por la cual se establecen los mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones", del texto de la citada ley se resalta:

"TÍTULO IV
DE LA ACCESIBILIDAD

CAPÍTULO I
NOCIONES GENERALES



“ARTÍCULO 43. El presente título establece las normas y criterios básicos para facilitar la accesibilidad a las personas con movilidad reducida, sea ésta temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo, limitación o enfermedad. Así mismo se busca suprimir y evitar toda clase de barreras físicas en el diseño y ejecución de las vías y espacios públicos y del mobiliario urbano, **así como en la construcción o reestructuración de edificios de propiedad pública o privada.** (Resalta la Sala).

Lo dispuesto en este título se aplica así mismo a los medios de transporte e instalaciones complementarias de los mismos y a los medios de comunicación.

PARÁGRAFO. Los espacios y ambientes descritos en los artículos siguientes, deberán adecuarse, diseñarse y construirse de manera que se facilite el acceso y tránsito seguro de la población en general y en especial de las personas con limitación.

ARTÍCULO 44. Para los efectos de la presente ley, se entiende por accesibilidad como la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general, y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes. Por barreras físicas se entiende a todas aquellas trabas, irregularidades y obstáculos físicos que limiten o impidan la libertad o movimiento de las personas. Y por telecomunicaciones, toda emisión, transmisión o recepción de señales, escrituras, imágenes, signos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio u otros sistemas ópticos o electromagnéticos.

ARTÍCULO 45. **Son destinatarios especiales de este título, las personas que por motivo del entorno en que se encuentran, tienen necesidades esenciales y en particular los individuos con limitaciones que les haga requerir de atención especial, los ancianos y las demás personas que necesiten de asistencia temporal** (Resalta la Sala).

ARTÍCULO 46. La accesibilidad es un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado y por lo tanto deberá ser tenida en cuenta por los organismos públicos o privados en la ejecución de dichos servicios.

El Gobierno reglamentará la proyección, coordinación y ejecución de las políticas en materia de accesibilidad y velará porque se promueva la cobertura nacional de este servicio.

CAPÍTULO II ELIMINACIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS

ARTÍCULO 47. **La construcción, ampliación y reforma de los edificios abiertos al público y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles a todos los destinatarios de la presente ley.** Con tal fin, el Gobierno dictará las normas técnicas pertinentes, las cuales deberán contener las condiciones mínimas sobre barreras arquitectónicas a las que deben ajustarse los proyectos, así como los procedimientos de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de estas disposiciones.

Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva, de acuerdo con las disposiciones previstas en el inciso anterior, de tal manera que deberá además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales.

El Gobierno establecerá las sanciones por el incumplimiento a lo establecido en este artículo.

PARÁGRAFO. En todas las facultades de arquitectura, ingeniería y diseño de la República de Colombia se crearán talleres para los futuros profesionales de la arquitectura, los cuales serán evaluados y calificados con el objetivo primordial de fomentar la cultura de la eliminación de las barreras y limitaciones en la construcción. (Resalta la Sala).



ARTÍCULO 48. Las puertas principales de acceso de toda construcción, sea ésta pública o privada, se deberán abrir hacia el exterior o en ambos sentidos, deberán así mismo contar con manijas automáticas al empujar, y si son de cristal siempre llevarán franjas anaranjadas o blanco-fluorescente a la altura indicada.

En toda construcción del territorio nacional y en particular las de carácter educativo, sean éstas públicas o privadas, las puertas se abrirán hacia el exterior en un ángulo no inferior a 180 grados y deberán contar con escape de emergencia, debidamente instalados de acuerdo con las normas técnicas internacionales sobre la materia.

PARÁGRAFO. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio del deber de tomar las previsiones relativas a la organización y amoblamiento de las vías públicas, los parques y jardines, con el propósito de que puedan ser utilizados por todos los destinatarios de la presente ley. Para estos efectos, las distintas entidades estatales deberán incluir en sus presupuestos, las partidas necesarias para la financiación de las adaptaciones de los inmuebles de su propiedad.

(...)

ARTÍCULO 50. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y en concordancia con las normas que regulen los asuntos relativos a la elaboración, proyección y diseño de proyectos básicos de construcción, el Gobierno Nacional expedirá las disposiciones que establezcan las condiciones mínimas que deberán tenerse en cuenta en los edificios de cualquier clase, con el fin de permitir la accesibilidad de las personas con cualquier tipo de limitación.

La autoridad competente de todo orden se abstendrá de otorgar el permiso correspondiente para aquellos proyectos de construcción que no cumplan con lo dispuesto en este artículo.

(...)

ARTÍCULO 52. Lo dispuesto en este título y en sus disposiciones reglamentarias, será también de obligatorio cumplimiento para las edificaciones e instalaciones abiertas al público que sean de propiedad particular, quienes dispondrán de un término de cuatro años contados a partir de la vigencia de la presente ley, para realizar las adecuaciones correspondientes. El Gobierno Nacional reglamentará las sanciones de tipo pecuniario e institucional, para aquellos particulares que dentro de dicho término no hubieren cumplido con lo previsto en este título. (Resalta la Sala)

ARTÍCULO 53. En las edificaciones de varios niveles que no cuenten con ascensor, existirán rampas con las especificaciones técnicas y de seguridad adecuadas, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional o se encuentren vigentes.

(...)

ARTÍCULO 54. Toda construcción temporal o permanente que pueda ofrecer peligro para las personas con limitación, deberá estar provista de la protección correspondiente y de la adecuada señalización".

Nótese como, en el título IV de la mencionada ley se desarrollan las normas y criterios básicos para facilitar la accesibilidad a las personas con movilidad reducida, sea ésta temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo, limitación o enfermedad. Tal como se dispone en el artículo 43 de la misma ley, el propósito principal consiste en suprimir y evitar toda clase de barreras físicas en el diseño y



ejecución de las vías y espacios públicos y del mobiliario urbano, así como en la construcción o reestructuración de edificios de propiedad pública o privada.

Así pues, por disposición expresa de la Ley 361 de 1997 son destinatarios especiales de este título, las personas que por motivo del entorno en que se encuentran, tienen necesidades esenciales, y en particular los individuos con limitaciones que les hagan requerir de atención especial, los ancianos y las demás personas que necesiten de asistencia temporal (artículo 45). Además, en ella se destaca que la accesibilidad es un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado, y por lo tanto, deberá ser tenida en cuenta por los organismos públicos o privados en la ejecución de dichos servicios (artículo 46).

Así mismo, la norma es clara en determinar que las edificaciones ya existentes al momento de la entrada en vigencia de la ley deben ser adecuadas de manera progresiva para permitir condiciones de accesibilidad a los discapacitados, lo cual debe hacerse atendiendo a la reglamentación técnica que corresponde expedir al Gobierno Nacional para tal efecto, incluso en el artículo 52 se hace expresa alusión a aquellas edificaciones abiertas al público que sean de propiedad particular, respecto de las cuales se establece un término de cuatro (4) años para realizar las adecuaciones correspondientes. Sobre el tema, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"Tanto la Constitución Política como la Ley garantizan condiciones mínimas de seguridad y desplazamiento para las personas con alguna limitación física o mental en espacios urbanos o al interior de edificaciones de propiedad de particulares o del Estado. En efecto, como lo ordenan las disposiciones transcritas, en especial el parágrafo del artículo 43 de la Ley 361 de 1997 dichas edificaciones «deberán adecuarse, diseñarse y construirse de manera que se facilite el acceso y tránsito seguro de la población en general y en especial de las personas con limitación». El deber legal es claro y se materializa mediante la instalación o adecuación, entre otras, de rampas y ascensores (Artículo 53 ibídem)²".

"De los artículos 47 y 52 de la Ley 361 de 1997, se colige que los edificios existentes a la fecha de expedición de la misma deben adaptarse de manera progresiva para garantizar la accesibilidad a las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, y que el término para realizar las adecuaciones correspondientes es de cuatro años contados a partir de la vigencia de dicha ley. Sobre el cómputo de este término para realizar las adecuaciones a las instalaciones abiertas al público, la jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación, en principio, había sostenido que dicho término empezaba a correr a partir de la vigencia del Decreto 1538 de 2005 - norma que se encargó de reglamentar la ley aludida -, más no desde la entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, tal criterio fue reconsiderado en la sentencia de 8 de noviembre de 2007, proferida por esta misma Corporación, según la cual el término de los cuatro años para hacer las adecuaciones a las edificaciones debe contarse desde la vigencia de la ley 361 de 1997 y no desde que se profirió la norma reglamentaria. Por lo tanto, como la ley empezó a regir el 11 de febrero de 1997 el plazo para adecuar las edificaciones donde funcionan la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social de Riohacha y el Palacio de Justicia de esa misma ciudad, previsto en el artículo 52 de la ley aludida, venció el 11 de febrero de 2001, y como tales

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. María Claudia Rojas Lasso, sentencia de 3 de junio de 2010, radicación número: 15001-23-31-000-2005-01867-01(AP), actor Alfredo Escobar Acero, demandado Ministerio de Educación, Instituto de Educación Media Diversificada INEM «Carlos Arturo Torres»



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

A.P. 000-2011-00418-00

Rubén Darío Montenegro Sandoz Vs. Ministerio de la Protección Social y Otros

Página 13

*adecuaciones no se han realizado, resulta evidente que se desconocieron los derechos fundamentales del accionante, quien demostró su discapacidad*³.

De la citada jurisprudencia se desprende que, la Ley 361 de 1997 contempla un término dentro del cual tanto las edificaciones públicas como las privadas, deberán someterse a las adecuaciones necesarias para que las personas con movilidad reducida puedan acceder a ellas; dicha accesibilidad comprende no solamente la entrada principal a la edificación mediante rampas, sino también ascensores cuando se requiera subir uno o varios pisos y los baños en las condiciones adecuadas de acceso para discapacitados. El término de cuatro años para realizar dichas adecuaciones, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe empezar a contarse desde la entrada en vigencia de la ley 361, por lo que se esperaría que para la presente época, absolutamente todas las edificaciones, tanto públicas como privadas que sean de libre acceso al público, cuenten con las adecuaciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con movilidad reducida.

Señala además el artículo 50 de la Ley 361 de 1997, que le corresponde al Gobierno Nacional expedir las disposiciones que establezcan las condiciones mínimas a observar en los edificios de cualquier clase con el fin de permitir la accesibilidad de personas con limitaciones, lo cual cumplió el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al expedir el Decreto 1538 del 17 de mayo de 2005.

Lo dispuesto en este último decreto, según lo precisa su artículo 1º, es aplicable para:

"a) El diseño, construcción, ampliación, modificación y en general, cualquier intervención y/o ocupación de las vías públicas, mobiliario urbano y demás espacios de uso público;

b) El diseño y ejecución de obras de construcción, ampliación, adecuación y modificación de edificios, establecimientos e instalaciones de propiedad pública o privada, abiertos y de uso al público." (Negritas y subraya fuera del texto).

En el artículo 9º del mismo decreto, se relacionan los parámetros de accesibilidad para el diseño, construcción o adecuación de los edificios de uso público en general. Para el caso concreto vale recordar que en su literal b) referente al "Entorno de las Edificaciones" los numerales 1, 2 y 3 disponen:

1. Las hojas de las ventanas del primer piso, que colinden con andenes o sendas peatonales no podrán abrir hacia afuera.

2. Los desniveles que se presenten en los edificios de uso público, desde el andén hasta el acceso del mismo, deben ser superados por medio de vados, rampas o similares.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. P. William Giraldo Giraldo, sentencia de 26 de agosto de 2009, radicación número 44001-23-31-000-2009-00101-01 (AC), actor William Alonso Riveros Ramírez, demandado Dirección Seccional de Administración Judicial Riohacha y Otro



3. Cuando se trate de un conjunto de edificios o instalaciones de uso público, deberá garantizarse por lo menos que una de las rutas peatonales que los unan entre sí y con la vía pública, se construya según las condiciones establecidas en el Capítulo Segundo de este decreto”.

En el literal c) numeral 1 y referente al “Acceso al interior de las edificaciones de uso público”, dispone:

“1. Al menos uno de los accesos al interior de la edificación, debe ser construido de tal forma que permita el ingreso de personas con algún tipo de movilidad reducida y deberá contar con un ancho mínimo que garantice la libre circulación de una persona en silla de ruedas. (...)” (Subrayas fuera del texto).

Finalmente, la Resolución 14861 de 1985 desarrolla la accesibilidad en Colombia, contiene normas para la protección, seguridad, salud y bienestar de las personas en el ambiente y en especial de los minusválidos; al respecto se establece lo siguiente:

"CAPÍTULO III

{...}

Circulaciones Interiores

Artículo 46.- *Circulaciones interiores.* En las circulaciones interiores de edificaciones deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

Que su diseño permita fácil acceso a todas las áreas o dependencias, como también la fácil evacuación o salida hacia lugares de refugio en caso de emergencia.

Ningún objeto puro o rígido se proyectará en una altura inferior a 2.20 metros a menos que continúe hasta el piso y tenga las guardas o protecciones necesarias para evitar choques o accidentes.

Su ancho mínimo será de 0.90 metros, el ancho no será menor a 1.20 metros cuando se prevea circulación en silla de ruedas.

Que en sus espacios adyacentes y al fácil alcance de las personas se coloquen los bebedores, unidades sanitarias, teléfonos públicos, alarmas de incendios y máquinas para ventas de alimentos, entre otros.

Rampas, Escaleras y Ascensores:

Respecto a los requisitos que deben tener los servicios sanitarios, el artículo 50 de la Resolución en mención señala lo siguiente:

"Artículo 50.- *Requisitos para servicios sanitarios.*

Los servicios sanitarios en toda edificación, cumplirán, entre otros, con los siguientes requisitos:

- *Estarán ubicados cerca a espacios de circulación para permitir fácil acceso a la población en general.*
- *Se colocarán señales para indicar su ubicación.*



- Los cuartos de servicios sanitarios para minusválidos, se identificarán en la puerta con el Símbolo Internacional de Acceso.

- las puertas de entrada tendrán como mínimo 0.80 m. y cuando según de paciente abrirán hacia afuera. La apertura de puertas no podrá impedir libre circulación interior o exterior a los servicios sanitarios.

- Cuando exista pasillo o vestíbulo, como antesala para entrar a una unidad sanitaria, sus dimensiones mínimas serán de 1.20 m. de ancho por 1.50 m de largo

- No se permitirán cambios abruptos de nivel entre el piso de la unidad sanitaria y el del espacio exterior o en cualquier parte de su interior.

- El acabado del piso será material antideslizante.

- El dispensador para papel higiénico, el toallero y las barras o agarraderas se colocarán a 0.70 m desde el piso acabado.

. Los lavamanos para minusválidos serán colocados de manera que: su altura máxima no exceda de 0.80 m y haya espacio libre debajo del artefacto, de 0.35 m a cada lado a partir del centro de éste.

- La altura de taza de inodoro estará entre 0.45 m y 0.50 m desde el piso acabado.

- Cuando las exigencias mínimas de una edificación sean de una unidad sanitaria por sexo, cada unidad reunirá las condiciones de acceso para minusválidos.

- Cuando en una edificación se instalen baterías de unidades sanitarias, cada una de estas tendrá una unidad, por sexo, por cada 15 personas, con facilidades de acceso para minusválidos.

- En los cuartos sanitarios para minusválidos deberá instalarse alarma

- Cuando se coloquen espejos en cuartos sanitarios para minusválidos, estarán a 1.10 m de altura en su parte inferior y con inclinación hacia abajo, de 10". (Subraya la Sala)

5. Caso concreto

5.1. Pruebas relevantes

- A folios 230 a 235, obra el acta de la Asamblea Extraordinaria de Copropietarios N° 019 del Multicentro La Plazuela , celebrada en fecha 5 de junio de 2012, donde se presentó y aprobó la compra e instalación de un ascensor panorámico en la zona de ampliación, dentro de la justificación obra la "demanda de un particular contra PROCINAL por no existir un sistema que facilite el acceso a los cines de forma segura personas discapacitadas", considerándose adicionalmente que la ley les obliga a facilitar el acceso, dado que, de lo contrario, el centro comercial podía verse afectado por multas y sanciones.
- A folios 236 a 242, obra contrato de compraventa e instalación numero 5922 de fecha 20 de junio de 2012, suscrito entre el Representante del



Multicentro La Plazuela y la sociedad Ascensores Andinos S.A.S. cuyo objeto es la compra e instalación de un ascensor.

- A folios 356 a 362 obra el acta de inspección judicial practicada en el sitio referido por la demanda, en fecha 16 de noviembre de 2012. En dicha inspección se registro que se han efectuado gestiones para la instalación de un ascensor en la zona donde se encuentra Cinemas La Plazuela, pero que el mismo no ha sido instalado. Así mismo, se verifico la existencia de baterías sanitarias para personas con movilidad reducida y rampas para el acceso a las salas de cine dentro de la unidad de Cinemas La Plazuela.
- A folios 364 a 374, obran las Resoluciones N° 0054 de junio 11 de 2003, la N° 0051 de abril 19 de 2004 y la N° 0084 de 2005, mediante las cuales el Curador Urbano N°2 concede las respectivas licencias de construcción en las modalidades de ampliación y modificación al edificio de la Copropiedad del Multicentro La Plazuela ubicado en la diagonal 31 N° 71-130.
- A folios 381 a 400, obra informe de la visita practicada el día 6 de diciembre de 2012 al Multicentro La Plazuela, específicamente donde funciona Cinemas La Plazuela, por parte de la Oficina de Control Urbano del Distrito, en la que se pudo verificar que tales instalaciones se encuentran desprovistas de los elementos arquitectónicos como rampas, ascensores, que permitan la fácil movilidad para las personas con limitaciones físicas y movilidad reducida, impidiendo el ingreso de quienes requieran de sillas de rueda, muletas o tengan otro tipo de limitación; así mismo se verificó que la única vía de acceso es una escalera, por lo que si existen barreras arquitectónicas para personas con movilidad reducida.

Aunado a ello, se reseñó que en las áreas externas a estas instalaciones si existen rampas para el ingreso al centro comercial y que, en un área contigua a la escalera de acceso a los cines se realizó un cerramiento para intervenir e instalar un ascensor que permita el acceso a personas con movilidad reducida.

5.2. Conclusiones

Aplicando el marco jurídico antes citado a los hechos que se encontraron probados, observa la Sala que, efectivamente existe una barrera arquitectónica para el acceso de personas discapacitadas y con movilidad reducida. Dichas barreras, se presentan concretamente en el acceso al segundo piso de la zona de ampliación del Multicentro La Plazuela, en donde se encuentran ubicados los Cíneas La Plazuela, propiedad de Procinál Bogotá Ltda.



Al verificar las rutas de acceso al centro comercial, puede establecerse que, la circulación externa se encuentra garantizada, con la presencia de una rampa que permite el acceso de los parqueaderos a las instalaciones del centro comercial. Así mismo, se encontró que dentro de las salas de cine de Cinemas La Plazuela, existen rampas fijas para el acceso de personas con movilidad reducida, así como baterías sanitarias para el respectivo uso de esta población.

En ese orden de ideas, es claro para esta Corporación que la circulación que se ve afectada por las barreras arquitectónicas es la interna del centro comercial, pues, del registro fotográfico de la inspección judicial, se constata que no solo Cinemas La Plazuela se encuentra ubicado en la zona con dificultad de acceso, aun cuando es el establecimiento al que se pretende el acceso. Si bien no debe darse crédito al apoderado de Procinál Bogota Ltda. cuando afirma que por ser un establecimiento privado no debe exigirse el cumplimiento de las disposiciones legales para el acceso de personas con movilidad reducida, si tiene razón cuando exceptúa que el establecimiento de su representado cumple con las normas para ello, y también cuando hace hincapié que hay una distinción entre los bienes de uso común de la copropiedad y los bienes particulares de la sociedad que representa. Por tal razón, la Sala, y por las razones previamente aducidas, hará prosperar las excepciones de Procinál Bogota Ltda. de falta de legitimación por pasiva, Compesación de sistemas y Cumplimiento de las normas legales y reglamentos.

De lo expuesto, es posible colegir que la responsabilidad por la vulneración de los derechos e intereses colectivos, atañe a la Copropiedad del Multifincentro La Plazuela, pues es la movilidad interna de sus instalaciones la que brinda las dificultades de acceso reseñadas. Así mismo, debe incluirse al Distrito de Cartagena de Indias, y a la Curaduría Urbana N° 2, puesto que, la primera entidad obligada a velar por el cumplimiento de las normas que consagran las condiciones técnicas que deben cumplir los inmuebles para garantizar la accesibilidad, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 361 de 1997, y su intervención es oficiosa en ese sentido; y la segunda entidad, fue la que proporcionó las licencias de construcción en modalidad de ampliación y modificación para la zona del inmueble cuya movilidad está siendo cuestionada, sin que se hicieran las anotaciones respectivas en el diseño para que este facilitara el acceso de personas con movilidad reducida.

Allí mismo, se destaca que, la excepción de falta de legitimación por pasiva también prospera respecto del Ministerio de la Protección Social, toda vez que, dentro de las funciones que regula este ente, tal y como fue expuesto en la contestación de la demanda, no se encuentra la de velar por el cumplimiento de las normas arquitectónicas sobre accesibilidad de personas con movilidad reducida; en el mismo sentido, dicha excepción prospera respecto de la Curaduría Urbana N° 1 por



encontrarse demostrado que no fue esta dependencia la que otorgó la licencia de construcción respectiva.

Debe acotarse por el Tribunal que, si bien la copropiedad del Multicentro La Plazuela, demostró haber adquirido un ascensor para instalarlo en la zona perjudicada, a más de haber admitido que la circulación en ese punto no permite el acceso para personas de movilidad reducida, hasta este momento, y en las diferentes etapas procesales de la presente acción, no se evidenció el inicio de las obras y muchos menos su implementación, lo que extiende y mantiene la vulneración a los derechos e intereses colectivos anotada previamente, y será de esta manera hasta que las personas con movilidad reducida, transiten con toda normalidad.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal procederá a declarar la vulneración del derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes, por parte de LA COPROPIEDAD DEL MULTICENTRO LA PLAZUELA, EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y LA CURADURIA URBANA N°2. En consecuencia, le concederá a la COPROPIEDAD DEL MULTICENTRO LA PLAZUELA, un término de dos (2) meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, para poner en funcionamiento el ascensor adquirido y para ejecutar las obras que sean necesarias y que permitan el acceso de las personas minusválidas o limitadas físicamente al segundo piso y la zona de parqueaderos del área de ampliación del Multicentro La Plazuela, incluyendo la zona donde se encuentran ubicados los Cines La Plazuela. El DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y LA CURADURIA URBANA N°2, deberán, en el marco de sus competencias, actuar como veedores del cumplimiento de la orden precedente y de no cumplirse deberán imponer las sanciones y multas legal y reglamentariamente dispuestas.

6. Del comité de verificación

Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará la conformación de un Comité de Verificación que se integrará por el accionante, un delegado de la copropiedad del Multicentro La Plazuela, un delegado del Distrito de Cartagena, el Curador Urbano N° 2, un delegado de la Defensoría del Pueblo y el Procurador 21 Judicial Administrativo de Bolívar. El Comité de Verificación deberá conformarse dentro del mes siguiente a la sentencia, contados a partir de la ejecutoria de la misma.



7. Incentivo

El accionante en sus pretensiones solicita el reconocimiento del incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472/98.

No se reconocerá dicho incentivo, puesto que el referido artículo fue derogado por la Ley 1425 de diciembre 29 de 2010, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 630 de 2011.

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

FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de la Protección Social, la Curaduría Urbana N° 1 y Proccinal Bogotá Ltda.

SEGUNDO: Declarar que la COPROPIEDAD DEL MULTICENTRO LA PLAZUELA está vulnerando el derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes, invocados por el accionante.

TERCERO: Conceder a la COPROPIEDAD DEL MULTICENTRO LA PLAZUELA, un término de dos (2) meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, para poner en funcionamiento el ascensor adquirido y para ejecutar las obras que sean necesarias y que permitan el acceso de las personas minusválidas o limitadas físicamente al segundo piso y la zona de parqueaderos del área de ampliación del Multicentro La Plazuela, incluyendo la zona donde se encuentran ubicados los Cinemas La Plazuela. El DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y LA CURADURIA URBANA N°2, deberán, en el marco de sus competencias, actuar como veedores del cumplimiento de la orden precedente y, de no cumplirse, deberán imponer las sanciones y multas legal y reglamentariamente dispuestas.

CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordena la conformación de un Comité de Verificación que se integrará por el accionante, un delegado de la copropiedad del Multicentro La Plazuela, un delegado del Distrito de Cartagena, el Curador Urbano N° 2, un delegado de la Defensoría del Pueblo y el Procurador 21 Judicial Administrativo de Bolívar. El Comité de Verificación deberá conformarse dentro del mes siguiente, contados a partir de la ejecutoria de la misma.

—



QUINTO: Negar las pretensiones respecto del, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, LA CURADURIA URBANA N° 1 Y PROCINAL BOGOTA LTDA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: No se reconocen los incentivos solicitados en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo, para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO



HIRINA MEZA RHENALS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0081

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: AMELIA DEL CARMEN GONZALEZ VEGA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2011-00186-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Amelia Del Carmen González Vega y otros.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Expediente: 13-001-33-31-008-2011-00186-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2012 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Los señores Amelia Del Carmen González Vega –quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija María Victoria Ríos González-, Orlando Ríos Hernández, Victoria Puerta de Pelufo, Gledis Ríos Puerta, Javier Ríos Puerta, Orlando Ríos Puerta, Martín Ríos Puerta y Luz Elena Ríos Puerta por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a instaurar demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES¹.

Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de Eliécer Ríos Puerta, ocasionada el 20 de febrero de 2011 por un policía con arma de dotación oficial en instantes en que pasaba por un lugar donde se había presentado enfrentamientos entre pandillas y los uniformados.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- A título de perjuicios morales:

- Cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Amelia Del Carmen González Vega (compañera permanente de la víctima directa), María Victoria Ríos González (hija), Juana Victoria Puerta de Pelufo (madre) y Orlando Ríos Hernández (padre).

- Cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Javier, Luz Elena, Orlando, Martín y Gledis Ríos Puerta, hermanos del policía fallecido.

- A título de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante:

- A favor de Amelia Del Carmen González, compañera permanente de Eliécer Ríos, la suma de ochenta y dos millones novecientos noventa y cinco mil ciento ochenta y tres pesos (\$82'995.183,00).

¹ Folios 1 a 9 del expediente.

- A favor de la menor María Victoria Ríos González, hija del occiso, Eliécer Ríos Puerta, la suma de cincuenta y nueve millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos (\$59'455.465,00).

- A título de daño a la vida de relación, a favor de Amelia Del Carmen González y de María Victoria Ríos González, compañera e hija del occiso, respectivamente, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una.

Se dé cumplimiento al fallo conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

3. HECHOS.

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls. 9-10):

Eliécer Ríos Puerta nació el 2 de febrero de 1985, era hijo de Juana Victoria Puerta Martínez y Orando Ríos Hernández; hermano de Javier, Luz Elena, Orlando, Martín y Gledis Ríos Puerta; compañero permanente de Amelia González Vega y padre de la menor María Victoria Ríos González, y mantenía con todos ellos excelentes relaciones fraternales.

Eliécer Ríos Puerta trabajaba como “mototaxista” y con los ingresos que le reportaba tal actividad mantenía económica a su compañera permanente y a su hija

El día 20 de febrero de 2011, aproximadamente a las 7:30 p.m., Eliécer Ríos se encontraba laborando en la moto y cuando transitaba cerca de su vivienda, en el

sector 20 de julio del Barrio Daniel Lemaître de esta ciudad, se encontró en medio de un enfrentamiento entre pandillas del lugar y la policía.

Al ver que no podía avanzar ni retroceder debido a la confusión, detuvo la marcha de la motocicleta, se bajó de ese vehículo, se quitó el casco y alzó las manos para identificarse plenamente ante los miembros de la policía presentes en el lugar, pero pese a ello, los uniformados accionaron sus armas de dotación contra la humanidad del señor Ríos, quien se encontraba desarmado y no representaba peligro alguno para las fuerzas del orden.

Los mismos efectivos de la policía llevaron a la víctima a un centro asistencial, donde murió a causa de las heridas ocasionadas por aquellos.

4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda (fs. 49-51), se opuso a las pretensiones de la misma y señaló, frente a su sustento fáctico, que no le constaban los hechos invocados por los libelistas.

En defensa de sus intereses, adujo que en el presente caso se configuró el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 21 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena (fs. 178-198), se concedieron las pretensiones de la demanda, tras considerarse que como se verificó el daño antijurídico consistente en la muerte de Eliécer Ríos Puerta y que su deceso se produjo por disparos efectuados por policías durante un operativo, sin que se haya acreditado la alegada causal eximente por culpa exclusiva de la víctima, había lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad

demandada a la luz del régimen objetivo de riesgo excepcional por la utilización de armas de fuego de dotación oficial.

Señaló el *a quo* que la institución accionada no acreditó que Eliécer Ríos haya disparado contra los policías que participaron del operativo durante el cual murió dicho señor, pues se limitaron a alegar tal circunstancia pero sin solicitar o aportar ninguna prueba que demostrara ese argumento defensivo, pues no se arrió la necropsia practicada al cadáver del civil fallecido, no hay constancia de que se le haya practicado la prueba de absorción atómica para verificar que haya disparado antes de morir y ni siquiera se recepcionó prueba testimonial que corrobore el dicho de los agentes.

A lo anterior agregó que la única prueba en que podría apoyarse la defensa sería el arma que supuestamente tenía en su poder Eliécer Ríos al momento de su muerte, pero que dicho elemento de juicio fue recaudado con rompimiento de la cadena de custodia como quiera que fue recolectado con alteración de la escena del crimen por los policías involucrados en los hechos y no por la policía judicial como lo exige el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 202-206), manifestando que el rompimiento de la cadena de custodia del arma de fuego que –según alega el extremo pasivo- habría accionado la víctima contra los policías presentes en el lugar de los hechos, se debió a que los uniformados fueron atacados por los habitantes del sector donde se produjo el hecho dañoso y que en vista de ello se vieron obligados a recoger el arma y salir de ese sitio, sin esperar la llegada de la policía judicial, pero que en todo caso el revólver fue dejado a disposición de la fiscalía, al igual que las pistolas usadas por los uniformados.

Así mismo arguyó la entidad recurrente que no solicitó el traslado del expediente del proceso penal militar adelantado con motivo de la muerte de Eliécer Ríos debido a que esa prueba ya había sido pedida por la parte demandante, y que era obvio que ninguno de las personas que presenciaron los hechos testificaría a favor de la policía, pues eran vecinos de la víctima y de los demandantes.

Insistió que las pruebas recaudadas evidencian que el occiso le disparó a los uniformados y que estos actuaron en defensa propia.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada presentaron alegatos de cierre en esta sede, insistiendo en los argumentos planteados en la demanda y en el recurso de apelación formulado contra el fallo de primera instancia, respectivamente. (fls. 235-243 y 244-246).

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo a analizar el fondo del asunto resulta necesario precisar que como la entidad demandada impugnó el fallo de primer grado en condición de apelante único, la competencia de la Sala se circunscribe a los motivos de inconformidad planteados por esa entidad, sin que pueda enmendarse la

sentencia de primera instancia impugnada en la parte que no fue objeto del recurso, ello, por cuanto en la alzada opera el principio de congruencia, en virtud del cual *“al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”*².

Lo anterior, habida cuenta que si bien mediante el fallo de primer grado se impuso a la entidad pública demandada una condena superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no es procedente tramitar el grado jurisdiccional de consulta (que habilitaría a la Sala a pronunciarse sin limitaciones sobre todos los extremos del litigio), por la sencilla razón que la sentencia fue apelada, en este caso, por la entidad pública demandada.

Al respecto es menester señalar que la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 9 de febrero de 2012 -que constituye precedente vertical obligatorio-, decantó que el grado de jurisdiccional de consulta es improcedente cuando la sentencia sea apelada, como pasa a verse:

“Procede la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a unificar su Jurisprudencia en relación con i) la competencia del Juez ad quem con ocasión del recurso de apelación y ii) la improcedencia del grado jurisdiccional de consulta cuando la sentencia sea apelada...”

“Pues bien, el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo establece los presupuestos que deben concurrir para que proceda el

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1 de abril de 2009, expediente 32800, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de primera instancia:

“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.

“(...)”

“Del tenor de la norma transcrita se desprende que los requisitos cuya concurrencia se precisa a efectos de que deba tramitarse el grado jurisdiccional de consulta en relación con la sentencia de primera instancia, son los siguientes:

“1. Que el proceso tenga vocación de doble instancia, en razón de su cuantía;

“2. Que la condena impuesta por el a quo en la sentencia, a cargo de una entidad pública, sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales o que la sentencia se haya proferido en contra de una persona que hubiere sido representada en el proceso judicial por curador ad litem y

“3. Que la sentencia de primera instancia no haya sido apelada.

“La tercera de las exigencias en cuestión es aquella en la cual la Sala habrá de centrar su atención en esta oportunidad a efectos de dilucidar si no habiendo presentado recurso de apelación la entidad demandada –y condenada en primera instancia–, debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a pesar de que contra el fallo del Tribunal Administrativo del Meta hubiere sido interpuesto, debidamente sustentado y, en su momento, admitido el recurso de alzada por parte del extremo demandante.

“(...) Y en relación con este asunto, la Sala reitera la postura que en ocasión anterior ha sostenido –y alrededor de la cual ahora unifica su Jurisprudencia– en el sentido de que cuando la sentencia de primera instancia por la cual se impone una condena superior a 300 SMLMV a cargo de una entidad pública ha sido apelada por alguna de las partes, no procede tramitar el grado jurisdiccional de consulta, después de la entrada en vigor de la modificación introducida al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998.

“Síguese de lo anterior que en el asunto sub examine, toda vez que la sentencia de primera instancia fue apelada por la parte actora, no procede surtir el grado jurisdiccional de consulta. Ello se traduce en

que la Sala en principio solo tiene competencia para revisar el fallo del a quo en relación con los aspectos objeto del recurso interpuesto y no respecto de todos los elementos que dieron lugar a la imposición de la condena en contra de la entidad demandada y a favor de esta, de suerte que no procede modificar dicho pronunciamiento sin limitación alguna, aún agravando la situación del apelante, dado que el trámite exclusivo del recurso de alzada impone la aplicación del aludido principio de la non reformatio in pejus en favor del impugnante único, en virtud de lo preceptuado por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.”³ (Negritillas fuera de texto).

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Con sustento en el material probatorio recaudado durante la litis, puede tenerse por demostrada la configuración de la causal eximente por culpa exclusiva de la víctima esgrimida por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional para exonerarse de cualquier responsabilidad derivada de la muerte de Eliécer Ríos Puerta, ocasionada por agentes de policía con armas de dotación oficial durante la realización de un operativo?

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LESIONES CAUSADAS CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, entre ellos, claro está, los generados por la utilización de armas de dotación oficial y por fallas en la prestación del servicio de las fuerzas armadas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 21060. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

administración, por la vía de la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de los daños antijurídicos causados con armas de fuego de dotación oficial -situación en la que, de acuerdo con el sustento fáctico de la demanda, se enmarca la presente controversia-, por regla general se aplica el título de imputación objetivo de riesgo excepcional, a la luz del cual la Administración está llamada a responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades, en razón a que el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

Bajo la égida de ese sistema objetivo de responsabilidad, al demandante le corresponde la carga de probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin que sea relevante verificar la licitud o ilicitud de la conducta del agente pues, se insiste, en estos casos es suficiente demostrar que el daño fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Por su parte, para exonerarse de responsabilidad la Administración debe acreditar la presencia de una de las siguientes causas extrañas: (i) el hecho exclusivo de la víctima; (ii) la fuerza mayor o (iii) el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

4. EJERCICIO DE LA FUERZA PÚBLICA

Uno de los principios que orientan la utilización de armas por parte de agentes del Estado es el relativo a que entre los medios ofensivos, ha de seleccionarse el menos lesivo.

Debido a los grandes riesgos que comporta, sólo es admisible el uso de armas de fuego por parte de miembros de la fuerza pública en circunstancias extremas, en defensa propia o en defensa de otros, en caso de amenaza inminente de muerte o de lesiones graves o para evitar un delito particularmente grave que entrañe un serio peligro para la vida, siempre y cuando las medidas menos extremas resulten insuficientes.

En torno de este tema el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que *“principios elementales de orden táctico y militar indican que las armas de dotación deben utilizarse como última medida o recurso, pues sólo en casos extremos y por excepción la Fuerza Pública está autorizada para hacer uso de las armas, y si lo hace, ha de tomar todas y cada una de las medidas y precauciones que resulten necesarias para proteger la vida y la integridad de los ciudadanos”* y que *“cuando los agentes del Estado hacen uso de las armas, necesariamente deberán tener en cuenta la contingencia o lo inminente del peligro, lo cual implica que podrá acudir a éstas como última medida para proteger la integridad física o la de terceras personas, evitando siempre cualquier exceso”*⁴

Así mismo, esa Corporación en sentencia de 12 de mayo de 2011, precisó: *“teniendo en cuenta que el uso privativo de la fuerza por parte del Estado debe desarrollarse dentro del marco de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales, que por ello su utilización está regida por los principios de necesidad y proporcionalidad y que para su materialización debe evaluarse que la medida que se adopte, además de ser estrictamente necesaria, sea, dentro de las eficaces, la menos perjudicial para la integridad física del sujeto infractor”*⁵.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 19.155, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, radicado interno número 20.496, C.P.: Hernán Andrade Rincón.

5. CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD POR DEFENSA PROPIA.

Es asunto decantado que la legítima defensa se erige en una de las causales eximentes de responsabilidad que pueden ser esgrimidas en asuntos en que se demanda del Estado la reparación de perjuicios causados por actos lesivos cometidos por sus agentes, siempre que se acredite en forma incontrastable que éstos actuaron por razones de necesidad, con el único fin de preservar la vida o integridad física suya o de terceros, ante un ataque inminente o consolidado por parte de la víctima.

La carga de la prueba de esta causal exonerativa le corresponde, como es apenas lógico, a la entidad demandada que la alegue, ello en aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁶, según el cual: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen”*.

En torno de este tópico se pronunció el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en providencias de 11 de marzo de 2004 y 15 de septiembre de 2011, que seguidamente se extractan:

Sentencia de 11 de marzo de 2004

“La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración; sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha prestado especial atención a los casos en que la ley permite el uso de las armas por parte de los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones. Así lo consideró, por ejemplo, en sentencia del 27 de julio de 2000:

‘Se agrega que aún en el evento de que los señores Orlando y James Ospina hubieran sido delincuentes y que pretendieran extorsionar a la señora Mélida Díaz, los funcionarios no estaban legitimados para sancionarlos con la pena de muerte, pues si bien es cierto que el

⁶ Aplicable por remisión expresa contenida en el artículo 168 del C.C.A.

Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas”⁷.

“Por ello, el examen de la proporcionalidad que debe existir entre, la respuesta de la fuerza pública y la agresión que ella misma padece, en éste tipo de eventos, para que su conducta pueda configurar una legítima defensa, debe someterse a un examen más riguroso que el que se pudiera hacer en el común de los casos. Efectivamente, los elementos configurantes de la legítima defensa deben aparecer acreditados de manera indubitable, de modo que el uso de las armas de fuego aparezca como el único medio posible para repeler la agresión o, dicho de otra forma, que no exista otro medio o procedimiento viable para la defensa; que la respuesta armada se dirija exclusivamente a repeler el peligro y no constituya una reacción indiscriminada, y que exista coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la fuerza pública.”⁸ (Negrillas fuera de texto).

Sentencia de 15 de septiembre de 2011

“Ciertamente la legítima defensa de los agentes del Estado puede ser esgrimida como causal eximente de responsabilidad por parte de éste, pero tal situación debe aparecer acreditada de forma incontrovertible dentro el proceso ya que, de lo contrario, por vía de darle cabida se estaría legitimando el uso excesivo de las armas como forma de control del orden público y la paz ciudadana, con lo que se desconocerían los cometidos propios de la Fuerza Pública, instituida para la protección de las personas y el Estado, todo lo cual lleva a concluir que el accionar de las armas sólo puede responder a situaciones extremas y siempre como último recurso.

En consecuencia, en eventos como el que hoy se debate, es deber del juez contencioso el realizar un examen cuidadoso del material probatorio traído al expediente de manera que bajo la mentada figura de la legítima defensa, no se enmascaren situaciones de uso indiscriminado y excesivo de las armas puestas en manos de los agentes encargados de preservar la seguridad y el bienestar de los habitantes y, además, teniendo en cuenta que la carga de la prueba de las causales de exoneración radica en cabeza de la entidad estatal sobre la cual se demanda la responsabilidad.”⁹

⁷ Nota original de la sentencia citada “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2000, expediente: 12.788, actora: Ofelmina Medina Villa”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de marzo de 2004, expediente 14.777. C.P. Alier F. Hernández Enriquez

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de septiembre de 2011, radicado interno número 20.196, C.P. Hernán Andrade Rincón.

6. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

En el *sub judice* no se discute la configuración del daño antijurídico invocado, consistente en la muerte de Eliécer Ríos Puerta, ni su nexo funcional e instrumental con el servicio público policial, pues se acreditó que la lesión sufrida por el occiso y que le produjo su deceso fue causada con un arma de dotación oficial por un agente estatal vinculado a la Policía Nacional, durante el servicio y con ocasión del mismo, pues tales supuestos fácticos no sólo fueron verificados con el registro civil de defunción respectivo (fl. 30), el informe administrativo de novedad suscrito por el subteniente Óscar Cely (fl. 98) y los testimonios de Carlos Alberto Zabaleta Teherán (fl. 72) y Marlene Jiménez (fls. 73-74), sino que además fueron aceptados por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional (fl. 244).

La controversia gira en torno de si fue probada o no la estructuración de la causal eximente de culpa exclusiva de la víctima alegada por la parte recurrente, pues a esa cuestión se contrae la impugnación formulada por dicha entidad, edificada en el argumento que, contrario a lo manifestado por el *a quo*, dentro del curso del proceso sí se demostró que Eliécer Ríos Puerta les disparó a los policías presentes al momento de los hechos y que, por ende, estaba decantado que los agentes del orden actuaron en defensa propia.

En aras de resolver la alzada es menester reiterar que en los procesos en los que se debate la responsabilidad del Estado por lesiones causadas con armas de fuego de dotación oficial, por regla general debe aplicarse el régimen objetivo de riesgo excepcional, salvo que exista prueba que evidencie que el resultado dañoso se produjo por un mal funcionamiento de la Administración, como consecuencia de una violación del contenido obligacional aplicable, hipótesis en la cual deberá acudir al título de la falla probada del servicio.

Frente a este tema el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en sentencia de 15 de septiembre de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicado interno 20.196, sostuvo:

“En la actualidad, cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados con el uso de armas de fuego de dotación oficial, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional...”

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún en aquellos casos en los cuales concurren los presupuestos para proferir condena en contra del Estado con base en el título objetivo de imputación del riesgo excepcional, la Sala ha considerado que cuando se configuren, igualmente, los elementos necesarios para deducir responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente acreditada en el plenario, el carácter admonitorio y de reproche del actuar de la administración que la invocación de este título de imputación conlleva, hace que la condena se profiera con fundamento en éste y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad”.

En el marco del régimen objetivo de riesgo excepcional al demandante le corresponde la carga de probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin que sea relevante verificar la licitud o ilicitud de la conducta del agente pues en estos casos es suficiente demostrar que el daño fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Por su parte, para exonerarse de responsabilidad, la Administración debe acreditar la presencia de una causa extraña o ajena, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Con el fin de dilucidar si en el *sub judice* se configuró la alegada causal eximente de culpa exclusiva de la víctima, procederá la Sala a analizar a la luz

de la sana crítica el alcance y mérito probatorio de los elementos de juicio relacionados con los instantes previos a la muerte de Eliécer Ríos.

Al respecto se aportaron los siguientes elementos de juicio:

- Testimonios de Ledis del Carmen Bello Gómez (fl. 71), Carlos Alberto Zabaleta Teherán (fl. 72), Marlene Jiménez (fls. 73-74), quienes manifestaron ser testigos presenciales de los hechos y coincidieron en señalar que: (i) Eliécer Ríos no estuvo involucrado en el enfrentamiento protagonizado por pandillas y miembros de la policía, sino que accidentalmente llegó al lugar de la trifulca conduciendo su motocicleta; (ii) el occiso no estaba armado y, por ende, no le disparó a los uniformados; (iii) uno de los policías que participaba en el operativo contra las pandillas disparó en reiteradas oportunidades a la víctima directa, causándole la muerte.

- Informe de novedad suscrito por el subteniente Óscar Cely (fl. 98), quien participó en el operativo policial donde resultó muerto Eliécer Ríos. En éste documento se indicó: (i) que el 20 de febrero de 2011 la central de comunicaciones de la policía informó de disputas entre pandillas en el Barrio Daniel Lemaitre, Sector 20 de julio, y que por tal motivo llegaron a la zona los policías Farid Morales y Ariel Ospina; (ii) que la comunidad informó a esos agentes la presencia de dos (2) sujetos armados que se transportaban en una motocicleta; (iii) que se logró visualizar a los sospechosos, uno de los cuales era Eliécer Ríos, quien conducía la moto; (iv) que tras hacérseles señal de alto, los dos (2) civiles hicieron caso omiso y les dispararon a los uniformados al intentar huir; (v) que por tal motivo los uniformados se vieron obligados a dispararles a los sospechosos, dando de baja sólo a Eliécer Ríos pues su parrillero logró huir; (vi) que fue encontrada en poder del occiso un revólver marca Llama calibre 38 y cinco vainillas percutidas de ese calibre; (vii) que los vecinos del sector atacaron a los policías tratando de agredirlos físicamente, y

que tal circunstancia los obligó a alterar la escena y recolectar ellos mismos el revólver aludido, pues no pudieron esperar la llegada de la policía judicial.

- Oficio poniendo a disposición de la fiscalía el revólver Llama calibre 38 que presuntamente tenía en su poder la víctima, radicado el 21 de febrero de 2011 a la 1:15 horas (fl. 99).

- Declaración de Deiver Olier, uno de los policías que participó del operativo en cuestión, rendida bajo juramento en el marco de la investigación disciplinaria adelantada contra los policías Farid Morales y Ariel Ospina. Éste testigo adujo que la víctima y el parrillero que se transportaba en su motocicleta dispararon contra los uniformados investigados y, así mismo, manifestó haber sido quien recolectó de la escena el revólver supuestamente accionado por Eliécer Ríos (fls. 123-125).

En relación con los elementos de juicios recabados debe precisarse, en primer lugar, que la declaración del policía Deiver Olier y los documentos suscritos por el subteniente Óscar Cely no ofrecen la credibilidad requerida para servir de respaldo probatorio de la causal eximente de culpa exclusiva de la víctima alegada por el extremo accionado, en primer lugar por provenir de dos uniformados que participaron en el operativo que culminó con la muerte del señor Ríos y que como tal tienen interés directo en justificar su proceder y el de sus compañeros bajo el argumento de la legítima defensa y, en segundo lugar, porque se contradicen con las declaraciones de Ledis del Carmen Bello Gómez (fl. 71), Carlos Alberto Zabaleta Teherán (fl. 72), Marlene Jiménez, testigos presenciales que al unísono manifestaron que el occiso no estaba armado al momento de los hechos, que no agredió a los uniformados y que no representaba peligro para ellos o para terceros.

Debe puntualizarse que las indagatorias y versiones libres rendidas por los policías Morales y Ospina que reposan en el proceso disciplinario adelantado

en su contra y trasladado a éste juicio, no pueden ser tenidas como pruebas pues carecen del requisito de juramento para ser valoradas como testimonio de terceros.

Ya en lo que respecta a la alegada agresión de la comunidad contra los uniformados y la subsecuente imposibilidad de preservar la escena y la cadena de custodia del arma supuestamente incautada al señor Ríos, debe precisarse que no se acompañó prueba de tal supuesto fáctico, aparte de la declaración de Deiver Olier y de los informes rendidos por el subteniente Óscar Cely, los cuales, como ya se dijo, carecen de la imparcialidad requerida para servir de prueba a tal aserto.

En ese sentido se destaca que ninguno de los testigos civiles presenciales mencionó siquiera que los policías presentes en el operativo hayan sido atacados y tampoco se allegó certificado de medicina legal que patentice que algún agente haya sido lesionado en su humanidad.

En todo caso, aún si en gracia de discusión se tuviera por constatado que una turba intentó agredir a los uniformados después de haberse producido la muerte de Eliécer Ríos, ello habría dificultado pero no impedido recaudar elementos probatorios claves para esclarecer los hechos manteniendo dentro del máximo posible la cadena de custodia. Por vía de ejemplo, el policía que manifestó recolectar el arma que dice tenía la víctima en su mano, habría podido agarrarlo con un pañuelo o aprehenderlo por el cañón, sin tocar la empuñadura, el disparador ni el martillo, para preservar las huellas dactilares de quien lo hubiera accionado o percutido y permitir que fuera realizada experticia dactiloscópica al arma, prueba que resultaba clave para evidenciar que la víctima había empuñado el revólver, y que no fue allegada a esta litis.

Así mismo, era perfectamente factible la práctica de la prueba de absorción atómica al cadáver del señor Ríos, cuyo recaudo resultaba axial en orden a

probar que había disparado un arma antes de fallecer. Sin embargo, dentro del curso del presente proceso no se aportó tal prueba técnica y lo que es más, ni siquiera se informó si fue practicada o no.

Adicionalmente, no se allegó experticia balística y de funcionamiento practicada al revólver que supuestamente accionó la víctima, ni el análisis de percusión de las vainillas alegadamente disparadas con esa arma.

Se memora que en aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil¹⁰, la carga de la prueba de las causales exonerativas le corresponde única y exclusivamente a la entidad frente a la cual se demanda la responsabilidad, y que tal y como lo precisó el H. Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 2004, *“los elementos configurantes de la legítima defensa deben aparecer acreditados de manera indubitable, de modo que el uso de las armas de fuego aparezca como el único medio posible para repeler la agresión o, dicho de otra forma, que no exista otro medio o procedimiento viable para la defensa”*¹¹ (Negrillas fuera de texto).

Es forzoso precisar, además, que la excusa manifestada por el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional para justificar la falta de prueba de la alegada causal de culpa exclusiva de la víctima, relativa a que dicho extremo de la litis no solicitó el traslado de las pruebas practicadas al interior del proceso penal militar surtido con motivo de la muerte de Eliécer Ríos debido a que ya había sido pedido por la parte demandante, es absolutamente inadmisibles no sólo porque, como quedó dicho, la carga probatoria en materia de causales eximentes de responsabilidad le compete a la parte demandada, sino también porque esos documentos están en poder del Ministerio de Defensa, puntualmente en la justicia militar, por lo que si pretendía hacerlas valer como prueba, la entidad accionada estaba obligada a

¹⁰ Que dispone que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen”.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de marzo de 2004, expediente 14.777, C.P. Alir E. Hernández Enríquez

aportar las copias del expediente punitivo castrense, de conformidad con lo normado en el parágrafo del artículo 144 del Código Contencioso Administrativo, máxime teniendo en cuenta que pese a haber sido solicitada dicha prueba por los actores, ellos omitieron sufragar el valor de las copias de dicho paginario.

Desde esta perspectiva, resulta incontrastable que la parte demandada, en franco incumplimiento de la carga probatoria que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, omitió injustificadamente demostrar que efectivamente el señor Eliécer Ríos haya disparado a los uniformados con la pistola incautada o que los amenazó con ella y, en tal medida, es forzoso colegir que no aparece evidencia de la configuración de una causal excluyente de responsabilidad que exima a la entidad demandada del deber resarcitorio surgido con motivo de la producción del resultado lesivo en el marco del ejercicio de la actividad peligrosa relacionada con el uso de armas de dotación oficial.

Así las cosas, acreditado como fue que Eliécer Ríos Puerta murió a causa de disparos realizados con arma de dotación oficial por un policía durante el servicio y con ocasión del mismo; y ante la ausencia de prueba de alguna causal eximente, se impone concluir que efectivamente la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional está llamada a responder, bajo el título de imputación objetiva de riesgo excepcional, de los daños derivados de la muerte de la víctima directa.

Bajo estos supuestos, se confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, pues no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para ello,

en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 21 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

En firme esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado número 13-001-33/31-008-2011-00186-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0082
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ROQUE JACINTO MARTINEZ MARRUGO
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE TURBANA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2002-00404-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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. 1 -

Cartagena D.T. y C., cinco (05) de diciembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Roque Jacinto Martínez Marrugo**
Demandado : **Municipio de Turbana (Bolívar)**
Expediente : **13-001-23-31-004-2002-00404-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia de fecha 21 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda presentada por el señor Roque Jacinto Martínez Marrugo contra el Municipio de Turbana (Bolívar).

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado 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 del Acuerdo 024 de 29 de noviembre de 2001, mediante el cual, el ente demandado ordenó la supresión de su cargo y, del oficio sin número de 26 de

diciembre de 2001, a través del cual, se le comunicó la decisión adoptada en el referido acuerdo; actos proferidos por el Concejo Municipal de Turbana (Bolívar) y el Alcalde de dicho municipio, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene al municipio demandado a pagarle los salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, primas de servicios, subsidio familiar y demás emolumentos a que tiene derecho, así como los aumentos ordenados por la ley, desde la fecha en que fue desvinculado hasta que efectivamente se produzca el reintegro, teniendo como salario de partida el último sueldo por él devengado.

Requiere también, que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mayor categoría y que para todos los efectos no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. Además, a todas las sumas de dinero a que sea condenado el municipio accionado se les aplique la respectiva indexación monetaria.

De igual manera, exige que se le indemnicen los perjuicios materiales que le fueron causados como consecuencia de la desvinculación, concretados gastos de transporte y viáticos desde el Municipio de Turbana al Distrito de Cartagena, para atender lo relacionado con este proceso, los cuales estima en quinientos mil pesos M/Cte (\$500.000,00); asimismo, reclama la suma de un millón de pesos M/Cte (\$1.000.000,00) que tuvo que cancelar por concepto de honorarios profesionales para instaurar la presente demanda. Por último, pide que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad accionada.

HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Señala la parte actora, que laboró en el Municipio de Turbana en el cargo de celador-aseador desde el 30 de diciembre de 1994 hasta el 31 de diciembre de

2001, siendo inscrito en el escalafón de carrera administrativa en dicho cargo con el Código 5011, Grado 09.

Afirma, que el Concejo Municipal de Turbana expidió el Acuerdo 024 de 29 de noviembre de 2001, falsamente motivado al ordenar la supresión de cargos que realmente no desaparecieron en sus funciones, las cuales, siguen siendo ejercidas por contratistas del municipio. Asimismo, tampoco atendió el mandato del artículo 41 de la Ley 443 de 1998 que ordena realizar los estudios previos para la reestructuración de la planta de personal y, además, vulneró el derecho al debido proceso del accionante al no brindarle la oportunidad de optar por reubicación o indemnización.

Agrega, que a pesar de la terminación ilegal de la relación laboral, la entidad municipal aún está en mora con el demandante en el pago de los salarios correspondientes a los meses de diciembre de 1999, noviembre y diciembre de los años 2000 y 2001, así como también, las primas de servicio durante todo el tiempo que estuvo vinculado y demás prestaciones.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que a pesar de la exigencia establecida en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, ni el concejo municipal, ni la alcaldía del municipio accionado realizaron los estudios técnicos que justificaran la supresión de los cargos de carrera administrativa, lo que deriva en la indebida motivación del acto enjuiciado.

Resalta, que el objeto del acuerdo demandado era fijar las asignaciones civiles del municipio para la vigencia comprendida entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 2002, lo cual, quedó plasmado en el artículo 1° de dicho acto, sin embargo, su artículo segundo versa sobre una materia totalmente diferente, pues en él se ordena una reestructuración de la planta de personal, incluida la supresión de cargos, lo que no guarda ninguna relación o correspondencia con

la fijación de asignaciones civiles, lo que lo hace violatorio del artículo 72 de la Ley 136 de 1994, que regula lo concerniente a la unidad de materia.

Esboza, que por haber ingresado a la carrera administrativa y obtener durante su permanencia en la misma, calificaciones satisfactorias y no haber incurrido en faltas disciplinarias, tenía derecho a la estabilidad laboral que el escalafón supone, pero no obstante ello, el Concejo Municipal de Turbana (Bolívar) decidió suprimir su cargo de manera aparente, ya que afirma que sus funciones luego fueron desempeñadas por otras personas a través de contratos de prestación de servicios.

Finalmente, manifiesta que para esa fecha el municipio no tenía disponibilidad presupuestal para cubrir las indemnizaciones que conlleva la supresión de cargos de los funcionarios que se encontraban en carrera administrativa.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Inicialmente, la demanda fue inadmitida por este tribunal con auto de 06 de mayo de 2002 (fl.21) y, acto seguido, procedió a rechazarla mediante auto de 09 de octubre del mismo año (fl.23), por no haber sido corregida en el plazo legal establecido para ello, pero luego, a través de auto de 21 de octubre de 2002 (fl.27), se ordenó dejar sin efectos el auto que rechazó la demanda.

Más adelante, en virtud de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el proceso fue remitido para su correspondiente reparto entre los mismos, siendo asignado al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.42), el cual, por medio de auto de fecha 02 de octubre de 2006 (fl.44), aprehendió su conocimiento y procedió a admitir la demanda, siendo notificada al Alcalde Municipal de Turbana (Bolívar) (fl.55) y al Agente del Ministerio Público.

La entidad demandada no presentó contestación de la demanda en el asunto de la referencia. Mediante auto de fecha 07 de febrero de 2008 (fl.61), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, luego, con proveído de 25 de agosto de 2010 (fl.296), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, las partes no presentaron memorial alguno.

El Ministerio Público, por su parte, emitió concepto favorable a las súplicas de la demanda (fls.298 – 312), señalando que indiscutiblemente no le asiste facultad alguna a los concejos municipales para expedir actos de supresión de cargos, pues su competencia radica en otorgarle facultades al alcalde municipal para que tome este tipo de decisiones, por lo que afirma que los concejales del municipio demandado desbordaron el límite de su competencia al realizar una labor exclusiva del alcalde.

Añade, que el título del proyecto de acuerdo aprobado por el Concejo Municipal de Turbana (Bolívar), está referido a la aprobación de asignaciones civiles en dicho municipio, es decir, al presupuesto de gastos del ente territorial, sin que el mismo mencione por ningún lado la supresión de cargos condensada en él, lo que indica que a la luz del artículo 72 de la Ley 136 de 1994, dicho proyecto no tiene unidad de materia por habersele incluido en su artículo segundo la supresión de cargos de la planta de personal del municipio.

Por otra parte, hace alusión a que el proceso de reestructuración administrativa no estuvo precedido del estudio técnico exigido en los artículos 41 de la Ley 443 de 1998 y 58 de la Ley 909 de 2004, para eliminar cargos de carrera administrativa como el que desempeñaba el accionante, lo que evidencia la violación de normas que regulan este tipo de situaciones en Colombia.

EL FALLO CONSULTADO

(fls.335 - 345)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, señala que los actos administrativos demandados no se cimentan en la realización de estudio técnico que acreditara la necesidad del servicio o la modernización de la administración, debido a que en el Acuerdo 024 de 29 de noviembre de 2001, la supresión de cargos de la planta de la administración municipal se efectuó sin expresar los motivos que conllevaron a tal determinación.

Que por ello, se está en presencia de una negación indefinida, lo que hace operar el fenómeno de inversión probatoria, trasladando dicha carga sobre la entidad demandada, quien debía demostrar que efectivamente la supresión obedeció a un estudio técnico que arrojó la necesidad de efectuar unos ajustes en la planta de la administración, sin embargo, ésta no contestó la demanda, lo que deja entrever la vulneración del artículo 41 de la Ley 443 de 1998, porque no hay asidero que demuestre la necesidad de la supresión del cargo.

Asimismo, esboza que como quiera que en la planta de personal existía más de un cargo de celador-aseador, debe también anularse el oficio que le comunicó al actor la supresión de su cargo, por ser éste el que individualizó la medida en cuanto al mismo.

Concluye, diciendo que las anteriores razones son suficientes para declarar la nulidad de los actos demandados y despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de proveído de 27 de julio de 2012 (fl.358), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, ninguna de las partes se pronunció al respecto. El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA.

Antes que nada, corresponde a la Sala resolver el impedimento presentado por la doctora Marcela López Álvarez, quien manifiesta encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2° del artículo 150¹ del Código de Procedimiento Civil, toda vez, que cuando fungía como Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, conoció del proceso de la referencia y profirió sentencia en primera instancia; razón por la cual, solicita sea separada del conocimiento de este asunto.

Teniendo en cuenta que la causal alegada por la doctora Marcela López Álvarez, es legal, la Sala acepta el impedimento y, en consecuencia, se ordena separarla del conocimiento del proceso de la referencia.

¹ Artículo 150. *causales de recusación* Son causales de recusación las siguientes.

()

² Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente "

LA CONSULTA.

El grado jurisdiccional de consulta se encuentra regulado en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, el cual reza:

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

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

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

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

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por tratarse de un asunto de carácter laboral y al no haber concurrido la entidad accionada al proceso (Municipio de Turbana - Bolívar), es procedente la consulta.

PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si la legalidad del acto administrativo demandado quedó efectivamente desvirtuada y, en consecuencia, si hay o no lugar a confirmar la sentencia consultada que declaró la nulidad parcial del artículo 2° del Acuerdo 024 de 29 de noviembre de 2001, emanado del Concejo Municipal de Turbana (Bolívar), a través del cual, se suprimieron unos cargos de la planta de personal de la alcaldía del referido municipio, entre otros, el que desempeñaba el demandante.

La controversia de fondo que se plantea en este caso, se da esencialmente en la falta del estudio técnico que debió llevar a cabo el Concejo Municipal de Turbana (Bolívar), al momento de reformar la planta de personal y que conllevó a la supresión de unos cargos de la alcaldía de dicho municipio.

En el fallo objeto de apelación, la juez *a quo* consideró que en este caso corresponde a la administración desvirtuar el cargo de falsa motivación de los actos acusados por ausencia de los estudios técnicos que justifiquen las decisiones adoptadas en ellos.

Para dilucidar este punto, conviene remitirnos al acervo probatorio recopilado en el expediente, del cual se puede extraer lo siguiente:

-fls.32 – 33: Acuerdo 24 de 29 de noviembre de 2001, proferido por el Concejo Municipal de Turbana (Bolívar), “*Acuerdo por medio del cual se fijan las Asignaciones Civiles del Municipio de Turbana – Bolívar Vigencia Enero 1° a Diciembre 31 de 2002*”, el cual, en su artículo segundo ordena la supresión de varios cargos de la planta de personal de la alcaldía del municipio mencionado.

-fls.35 – 39: Acta de sesión ordinaria del cuarto periodo legal del Honorable Concejo Municipal de Turbana (Bolívar) de 29 de noviembre de 2001.

-fl.81: Certificado expedido por el Fondo Territorial de Pensiones – Secretaría de Talento Humano de la Gobernación de Bolívar, a través de la cual, hace constar:

“Que una vez revisados los registros y archivos que se encuentran en custodia en la Secretaría del Talento Humano de la Gobernación de Bolívar, se constató que ROQUE MARTÍNEZ MARRUGO, identificado con la cédula de ciudadanía No 73.350.955, se encuentra inscrito en el escalafón de Carrera Administrativa, mediante Resolución No 333 de fecha 18 de marzo de 1996, en el cargo de Celador, Aseador de la Alcaldía Municipal de Turbana.

La anotación en el Registro Público se surtió el 18 de marzo de 1996, Folio 162, Orden 3221...”

-fl.87: Certificado expedido por la Secretaría de Gobierno Municipal de la Alcaldía del Municipio de Turbana, mediante la cual, deja constancia de lo siguiente:

“Que revisados los archivos que se llevan en esta dependencia pudimos constatar que el señor ROQUE JACINTO MARTÍNEZ MARRUGO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.350.955 de Turbana, recibió un sueldo mensual de DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL PESOS ML (\$286.000,00) durante la vigencia 2001, por desempeñar el cargo de CELADOR DEL MERCADO MUNICIPAL.”

-fl.88: Decreto 256 de diciembre de 1994 *“Por el cual se hace un nombramiento en período de prueba”*, a través del mismo, se realiza el nombramiento del demandante en el cargo de celador-aseador Mercado de Turbana Código 5320, Grado 01 de la alcaldía municipal.

-fl.89: Acta de posesión de 30 de diciembre de 1994, por medio de la cual, se posesiona en el cargo de celador-aseador del mercado del municipio demandado, al señor Roque Jacinto Martínez Marrugo.

-fl.90: Oficio sin número de 26 de diciembre de 2001, a través del cual, el Alcalde Municipal de Turbana (Bolívar), comunica al demandante que el cargo que venía desempeñando en dicha municipalidad fue suprimido.

-fls.100 – 101: Certificados expedidos por la Tesorería Municipal de Turbana (Bolívar), del pago de algunos emolumentos realizados al demandante.

-fl.113: Calificación de Servicios Grupo B efectuada por el Departamento Administrativo de la Función Pública al accionante, referente al cargo de celador-aseador Código 5320, Grado 01, del periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 1994 y el 30 de abril de 1995, la cual, arroja como resultado una calificación satisfactoria.

Bajo el criterio de la Sala, el actor demuestra que se encontraba inscrito en el escalafón de carrera administrativa; sobre el asunto, la Ley 443 de 1998 en su artículo 29² dispone que la inscripción o actualización en la carrera administrativa de una persona será comunicada al interesado a través de certificación expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En el expediente no se encuentra dicha certificación, ni tampoco reposa la Resolución 333 de 18 de marzo de 1996 que ordena la inscripción del demandante en la carrera administrativa, según lo señalado en certificación expedida por la Gobernación de Bolívar (fl.81). No obstante ello, se considera que en virtud del resto de las pruebas aportadas, se puede comprobar que éste si se encontraba inscrito en la carrera administrativa.

² "Artículo 29. Certificación. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> <Apartes tachados inenajenables> La inscripción y/o actualización en la Carrera Administrativa será comunicada al interesado y al jefe de personal o a quien haga sus veces en la correspondiente entidad, por medio de certificación que para el efecto será expedida por la autoridad nacional, departamental o del Distrito Capital que lleve el Registro Público, dentro de los parámetros establecidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Los jefes de personal o quienes hagan sus veces podrán expedir las certificaciones posteriores que requieran los empleados de carrera sobre su situación en ella sin perjuicio de las certificaciones que puedan expedir las autoridades mencionadas."

Al respecto, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, al cual se acude por remisión expresa del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, que reza:

“Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”

Al parecer de la Sala, las anteriores probanzas son más que suficientes para adquirir certeza acerca de la calidad de empleado inscrito en el escalafón de carrera administrativa que ostentaba el demandante. Motivo por el cual, resulta imperioso que los actos demandados se encuentren sustentados en estudios técnicos que justifiquen la supresión de su empleo, como pasa a explicarse:

La supresión de cargos de carrera administrativa dentro de la función pública es quizá, 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 organización y funcionamiento, desembocando en la decisión de suprimir determinado empleo, lo cual, está autorizado constitucionalmente y permite por disminución o desaparición de determinada carga laboral su supresión de la planta de personal, situación regulada por los artículos 39 y 41

de la Ley 443 de 1998, norma vigente al momento de la supresión del cargo desempeñado por el demandante y que son del siguiente tenor literal:

“Artículo 39. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

Para la incorporación de que trata este artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. La incorporación se efectuará, dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal, en el siguiente orden:

1.1 En las entidades en las cuales venían prestando sus servicios, si no hubieren sido suprimidas.

1.2 En las entidades que asuman las funciones de los empleos suprimidos.

1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecían las entidades, las dependencias, los empleos o las funciones suprimidos.

1.4 En cualquier entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

2. La incorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño de los respectivos empleos exigidos en la entidad obligada a efectuarla.

3. La persona así incorporada continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión de su empleo y le será actualizada su inscripción en la carrera.

4. De no ser posible la incorporación dentro del término señalado, el expleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

Parágrafo 1o. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo o entidad y los empleos de carrera de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, aquellos cargos no podrán tener requisitos superiores para su desempeño y los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos, deberán ser incorporados por considerarse que no hubo supresión efectiva de éstos.

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

<Aparte tachado inexecutable> Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.”
(Subrayado y negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, se tiene, que 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. Al respecto la Honorable Corte Constitucional ha señalado³:

“...Es cierto que la carrera administrativa otorga a los empleados escalafonados en ella estabilidad en el empleo, pero ello no significa que el Estado deba mantener indefinidamente los cargos creados a pesar de que existan evidentes razones y necesidades que justifiquen la supresión de algunos. Es que “esa estabilidad, no significa que el empleado sea inamovible, como si la administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa...”

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

En esa misma sentencia, también se hace referencia a la indemnización de empleados públicos por supresión de cargos, así:

³ Corte Constitucional, sentencia del 07 de marzo de 1996 Exp. D-900, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

“...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 reincorporación a la nueva planta de personal se surte en dos momentos

diferentes. En este tema, la Sala hace suyos los siguientes planteamientos explicados por el Consejo de Estado⁴:

“...Haciendo una lectura detallada de la citada Ley 443 de 1998, existen dos tipos de incorporación, a pesar de tener igual denominación en la misma ley, pero que claramente responden a dos objetivos distintos, ocurren en dos momentos diferentes y cada una se rige por normas propias.

Una de ellas es la incorporación directa que por lo general se concibe y se hace, después de proferidos tres actos: Un acto de contenido general y abstracto que modifica la estructura del ente, otro por el cual se suprime una planta de personal y se expide la nueva, y uno final de contenido particular y concreto que es el que en definitiva señala qué empleos son efectivamente suprimidos, identificando las personas que por tal razón deben retirarse y las personas que continuarán en los cargos subsistentes.

Según el párrafo 1 del artículo 39 de la ley 443 de 1998, hay una primera incorporación para los servidores a quienes no se les ha suprimido el empleo y por ello la vinculación procede en el mismo empleo o a quienes los titulares de los empleos que sin cambiar de funciones quedan en la nueva planta variando solamente su denominación y grado de remuneración, pues la ley presume de derecho que el cargo no ha sido suprimido. En estos casos tales cargos no pueden tener requisitos superiores a los exigidos en el anterior y los empleados deben ser incorporados sin acreditar requisitos diferentes.

En esta incorporación el empleado no hace uso de la opción de solicitar la incorporación en cargo equivalente; sino que la incorporación es oficiosa y el derecho a continuar en planta deviene únicamente de que el cargo no haya sido suprimido ni expresa ni simuladamente. Igualmente ocurre cuando existe una supresión parcial o una reducción de una misma clase de empleo, y en este caso la administración deberá escoger quien debe continuar debido a la imposibilidad material de incorporar a todos.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 23 de agosto de 2007, Exp 2002-10626, C P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Hasta esta etapa, la decisión de la administración es discrecional, pero, como ya ha dicho tantas esta Corporación, siempre enmarcada en la finalidad del buen servicio que debe guiar todas las actuaciones administrativas.

La otra incorporación que se tiene que distinguir de la anterior, es la que podemos llamar incorporación solicitada y que se conoce a veces con el nombre de reincorporación, ..., y ocurre una vez expedido el acto de contenido particular y concreto, del cual se deduce la supresión de los cargos de los que no fueron incorporados, quedando personas de carrera administrativa cuyos cargos resultaron suprimidos retiradas del servicio, pero conservando sus derechos de carrera, que se traducen en el derecho de optar por ser indemnizados, o ser incorporados a empleos equivalentes que estén vacantes o que se creen en las plantas de personal.

Esta incorporación, como ya se insinuó, se expide a solicitud del interesado, con posterioridad a la supresión de los cargos y retiro de los empleados y procede siempre que se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño del respectivo empleo; y en consecuencia esta decisión se considera reglada.

De manera que las diferencias entre estos dos actos administrativos que surgen de la ley, se pueden concretar así:

PRMERA INCORPORACION

SEGUNDA INCORPORACION

- | PRMERA INCORPORACION | SEGUNDA INCORPORACION |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Tiene por objeto definir en concreto qué empleos han sido suprimidos• Es oficiosa y hace parte del proceso de reestructuración de la planta.• La decisión es discrecional, salvo en los casos en que no hay supresión efectiva del empleo.• Se hace en el mismo cargo que el empleado venía desempeñando o en cargo diferente pero siempre que habiendo cambiado de denominación o grado tenga las mismas funciones | <ul style="list-style-type: none">• Tiene por objeto reconocer un derecho que la ley otorga a los empleados de carrera retirados por supresión del empleo, que opten por reingresar a la administración en otro cargo.• Se efectúa a solicitud del interesado y es posterior al retiro por supresión del empleo.• La decisión es reglada.• Se ordena a cargos equivalentes vacantes o creados en la nueva planta o en otras plantas de la administración pública.• Tienen derecho todos los |

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">• <i>Tienen derecho los titulares de los cargos no suprimidos, (incluidos los titulares de cargos distintos pero que conservan las mismas funciones)</i> | <i>empleados escalafonados en carrera administrativa que sean retirados...”</i> |
|--|---|

Precisión que en el mismo sentido, explicó el Consejo de Estado así⁵:

*“...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.).*

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

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” sentencia del 27 de abril de 2006, Exp. 2001-7759, C.P. Ana Margarita Olaya Forero

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...."

De acuerdo con el panorama legal y jurisprudencial descrito, la administración cuando decide unilateralmente suprimir ciertos empleos de su planta de personal, de manera discrecional decide a quienes reincorpora en la nueva planta. Es el primer paso de la reestructuración y en ella solo interviene la entidad.

No obstante, esta decisión no es ilimitada ni omnímoda, como quiera que se justifica en el interés general y en que se presume la búsqueda de la mejora del

servicio, por lo que, como toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza y proporcional con los hechos que le sirven de causa. Por ello, si bien constitucional y legalmente es permitida la supresión de un empleo, no 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.

Precisamente, es la órbita temática en que centra las censuras la parte demandante, habida cuenta que en su criterio el acto que dispuso la supresión de varios empleos de la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, entre ellos, el ocupado por la actora en propiedad, debió contar con un estudio técnico que pormenorizara las razones y justificaciones que sustentan la reestructuración y así mismo la delimitación de los propósitos y objetivos que con ella se buscaron en aras de verificar la satisfacción del interés general y así mismo salvaguardar los derechos laborales de los empleados.

El estudio técnico, respecto de la reestructuración administrativa es el instrumento que define las razones que la fundamentan y objetivos que con ella se buscan, encaminados hacia la mejora del servicio y hacia su prestación eficiente y eficaz, exigencia general contenida en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998. Es el elemento objetivo que determina las razones que motivan la reestructuración y también edifica sus propósitos bajos los referentes señalados en las líneas anteriores, que no valora las condiciones subjetivas de los empleados en función de su permanencia en la entidad a través de la incorporación automática derivada de la constitución de la nueva planta de personal.

Sobre el tópico el Consejo de Estado en un caso muy similar, sentenció⁶:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 27 de enero de 2011, Exp 1546-09, C P Gerardo Ajenas Monsalve

“...el estudio técnico fue previsto por el legislador como el instrumento que busca garantizar que los procesos de modernización de la administración pública obedezcan únicamente a las exigencias del servicio, en otras palabras, su finalidad es la de acreditar la necesidad de crear o suprimir cargos, y no la de evaluar el desempeño de los empleados que forman parte de la nueva planta de personal como lo afirma el Tribunal en la sentencia impugnada. Lo anterior resulta razonable dado que, la administración cuenta con un instrumento especial de gestión que busca el mejoramiento y desarrollo de los empleados de carrera, esto es, la evaluación del desempeño tal y como ésta prevista en la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios...” (Subrayas fuera de texto)

En líneas anteriores, precisamos que uno de los momentos de la reestructuración es la decisión unilateral de la administración de suprimir empleos y de reincorporar a la nueva planta a los empleados que desde el punto de vista objetivo ofrezcan o proyecten la materialización de los cometidos de aquella, facultad que para estos propósitos es netamente discrecional. Sin embargo, esa discrecionalidad se distingue claramente de aquellas condiciones *sine qua non* que debe reunir el acto de la autoridad que decide la supresión de un empleo.

Para este tipo de decisiones, el legislador desde que se expidió la Ley 443 de 1998, hoy derogada, exige de manera clara e inequívoca un estudio técnico que justifique la reestructuración, requisito indispensable para acometer o disponer la supresión de un empleo de una planta de personal oficial. En efecto, el artículo 41 de la norma en mención, al que ya se hizo alusión, describe que la supresión de empleos debe:

“...fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente

acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.”

Regla jurídica que quedó expresamente revalidada en la reglamentación de la norma en mención a través del Decreto 1572 de 1998 en las siguientes disposiciones:

“Artículo 148°.- Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.”

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

- 1. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- 2. Supresión, fusión o creación de dependencias...*

...9. Racionalización del gasto público.”

“Artículo 154°.- Modificado por el art. 9, Decreto Nacional 2504 de 1998. Los estudios que soportan las modificaciones a las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen como mínimo:

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

De igual modo es interpretado por el Consejo de Estado, quien lo explica así⁷:

“...En relación con la solicitud formulada por la Procuraduría Segunda Delegada ante esta Corporación, de solicitar mediante auto para mejor proveer el estudio técnico que precedió el proceso de reestructuración del Distrito de Barranquilla, dirá la Sala que si bien es cierto, que la realización de estudios técnicos sobre reformas de plantas de personal constituye una práctica sana en cuanto permite adelantar dicho proceso con la racionalidad y cuidado que demanda este aspecto de la gestión pública no lo es menos, que las normas vigentes al momento en que se suprimió el cargo de la demandante, esto es la Ley 27 de 1992 y el Decreto 1223 de 1993, no contemplaban la realización de los estudios técnicos como una exigencia para reformar las plantas de personal de las entidades públicas. Bajo estos supuestos, la falta de elaboración de un estudio técnico previo al proceso de reestructuración al que fue sometido el Distrito de Barranquilla, no afectó la legalidad del citado proceso en tanto que sólo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 443 de 1998, la elaboración del citado documento, se convirtió en una exigencia para reformar las plantas de personal de las entidades del sector público...”

(Subrayas fuera de texto)

Es indudable, que la reestructuración administrativa acometida en vigencia de la Ley 443 de 1998 debe antecederse de la elaboración de un estudio técnico en las condiciones que están previstas en las disposiciones normativas citadas; es decir, gestarse sobre una metodología de diseño organizacional y ocupacional que analice las funciones y perfiles de los empleos, la estructura a donde se adscriben, su aspecto misional y la evaluación de objetivos.

Es bien sabido, que la reforma a la planta de personal de una entidad territorial, debe fundarse a través de un estudio técnico en el que se establezca la necesidad de la reestructuración, observando la Sala, que dentro del expediente no reposan dichos estudios técnicos, tal como lo manifestó la juez *a quo* en la sentencia objeto de consulta.

⁷ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 07 de abril de 2011, Exp 1778-10, C P Gerardo Arenas Monsalve

De esta manera, encuentra la Sala, que la reestructuración, para el género de cargo que era ocupado por el actor, no se motivó en las metodologías que de manera expresa exigen las disposiciones reglamentarias que dan cuenta del estudio técnico como motivo del acto de reestructuración.

Precisamente, reconociendo la importancia y estructura del estudio técnico en función de la supresión de empleos, se ha estimado que se trata de un documento elaborado a partir de una información específica con aplicación de unos métodos que demandan conocimientos técnicos no solo del talento humano de la entidad, sino de las variables visionales, misionales y funcionales de la misma, para exigirlos de dependencias especializadas de las entidades o de organismos acreditados para el efecto⁸. De este modo, el Consejo de Estado⁹ ha señalado que la controversia de este documento, se hace a través de pruebas técnicas que con la pericia necesaria, concluyan su incorrección en virtud de las exigencias normativas pertinentes, que ya la Sala enunció en esta providencia.

Entonces, sin perder el horizonte funcional que debe existir entre los cargos que subsisten y el ocupado por el accionante que fue suprimido, no puede la Sala avalar el hecho que se haya dispuesto su retiro del servicio sin que objetivamente estuviera satisfecho el requisito del estudio técnico, pues sería desconocer el derecho preferencial a ser tenido en cuenta en la nueva planta de personal.

Así las cosas, es evidente que disponer la supresión del cargo de la actora sin contar con un estudio técnico, no pudo perseguir una mejora del servicio, situación que amerita declarar la nulidad parcial del acto administrativo que suprimió el cargo del actor, en lo que a él concierne.

⁸ Artículo 41, Ley 443 de 1998

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 04 de febrero de 2010, Exp 1435-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual, se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 21 de julio de 2011 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Roque Jacinto Martínez Marrugo, identificado con cédula de ciudadanía 73.350.955, contra el Municipio de Turbana (Bolívar), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

(Impedida)


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-004-2002-00404-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0083
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ALFONSO COLLAZOS SALINAS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-1997-12437-00
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 TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 de Indias D.T. y C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-23-31-001-1997-12437-00
Demandante: ALFONSO COLLAZOS SALINAS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN y el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.
Instancia: SEGUNDA

Agotado como se encuentra el trámite de la presente acción, procede la Sala a emitir decisión de fondo.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El señor Alfonso Collazos Salinas, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Bolívar, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de los Decretos 740 de junio 20 de 1996 y el 1070 del 9 de julio de 1997.

Se ordene el reintegro al cargo del que fue retirado u otro de igual o superior categoría.

3. HECHOS.

Los hechos planteados por el actor pueden resumirse de la siguiente manera:

Señala que durante mas de 20 años se desempeñó como docente en a educación secundaria, siendo su último cargo el de rector del Colegio Departamental de Aguas Negras.

Afirma que el Gobernador del Departamento de Bolívar, a través del Decreto 740 del 20 de junio de 1996, ordenó su retiro por haber llegado a la edad de retiro forzoso; siendo confirmada dicha decisión a través del Decreto 1070 del 9 de julio de 1997.

Expresa que dichos actos administrativos violan la constitución y la ley.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Aduce que si bien la edad de retiro forzoso es causal de retiro del servicio conforme al artículo 7º de la Ley 27 de 1992, no es menos cierto que dicha desvinculación debe hacerse dentro del estricto marco legal determinado en el Código Contencioso Administrativo, en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Arguye que de conformidad con los artículos 29 y 209 de la Constitución para retirar a un empleado por haber llegado la edad de retiro forzoso, debe mediar

una actuación administrativa previa, enmarcada dentro del debido proceso y el derecho de defensa.

Igualmente considera que dicha decisión no puede ser de plano, sino que debe apoyarse en prueba legalmente requerida, a la luz de lo dispuesto en los artículos 5, 104 y 105 del Decreto 1260 de 1970.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de agosto de 1997 (fl. 7), y admitida por este Despacho, mediante providencia del 3 de julio de 1998 (fl. 32), término dentro de la cual se dispuso la notificación personal del Gobernador de Bolívar, así como la del Agente del Ministerio Público; posteriormente mediante providencia del 9 de septiembre de 2002 se declaró la nulidad de todo lo actuado y en consecuencia se dispuso la notificación de cada una de las partes demandadas (fls. 52-53), luego se fijó en lista para dar oportunidad a las demandadas que contestaran la demanda:

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda por estimarlas carente de soportes jurídicos, por cuanto las normas que estima violadas el actor, no guardan relación con el fundamento del acto administrativo demandado.

En todo caso señala que la causal de retiro del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, opera de inmediato sin necesidad de reconocimiento alguno.

Como excepciones propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de las violaciones aducidas. (fls. 62-69)

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

Señala que la normatividad que desarrolla el retiro del servicio por el cumplimiento de la edad prevista para ello, no establece procedimiento adicional, ni mucho menos contempla algún término dentro del cual el demandante deba defenderse. Por tal motivo no existen méritos para declarar la nulidad del acto enjuiciado. (fls. 94-96)

Por auto del 13 de diciembre de 2007, el Despacho abrió a pruebas el proceso de la referencia (fls. 100-101), mediante providencia de 25 de abril de 2013 (fl. 127), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de diez (10) días, vencidos los cuales se dio traslado del proceso a la Agencia del Ministerio Público para que el Procurador delegado ante esta Corporación emitiera su concepto si a bien lo tenía.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte demandante y demandada, guardaron silencio en esta etapa procesal.

El Agente del Ministerio Público, rindió concepto solicitando que se negaran las pretensiones de la demanda, toda vez que los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos en concordancia con la normatividad vigente que obligaba al empleador. (fls. 128-134)

Hecho el anterior recuento, procede la Sala a decidir el presente asunto, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA.

Precedente al estudio del problema jurídico a resolver se considera pertinente resolver la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el apoderado del Ministerio de Educación Nacional. Al respecto aduce que es el ente territorial quien tiene la competencia para organizar y administrar las instituciones a su cargo.

De conformidad con lo anterior, se resalta que al momento de expedirse los actos acusados se encontraba vigente el artículo 3° de la Ley 60 de 1993¹, el cual definió las competencias de los departamentos en materia de educación, así:

“... 3°. Competencia de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

“1°. Administrar los recursos cedidos por la Nación, planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

(...)

“5° Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

“A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

¹ Dicha disposición fue derogada posteriormente por la Ley 715 de 2001.

“Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria media.

“Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.

“Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.

Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.

“Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.

“Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.

“Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.

“Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

“La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6° de la presente ley.”

Por su parte el artículo 6 señaló:

“... Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte. Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

“El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas

reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

Las disposiciones en cita permiten concluir que el ministerio no detenta la legitimación en la causa en el sub iudice, toda vez que en virtud del proceso de descentralización, el departamento es quien detenta la competencia en materia de la prestación del servicio educativo en el respectivo territorio, por tanto el juicio de legalidad de los actos acusados son oponibles al ente territorial demandado.

Por lo anterior, se declarará probada la excepción propuesta por el Ministerio de Educación Nacional.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde analizar si el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a un servidor público por haber cumplido la edad de retiro forzoso, indefectiblemente debe estar precedido de un procedimiento administrativo previo o procede como una causal objetiva.

RÉGIMEN NORMATIVO.

En el presente asunto, el accionante fue retirado del servicio porque estaba incurso en la causal de retiro de retiro forzoso, prevista en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979², norma que prevé:

² Por el cual se adoptaron normas para el ejercicio de la profesión docente.

“ARTICULO 31. PERMANENCIA. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.”

La disposición anterior fue declarada executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-563 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), señalando las mismas razones expuestas en la sentencia C-351 del 9 de agosto de 1995, que dispuso lo siguiente:

“(…) El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnársele, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional.

No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.

(…) Finalmente, en cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia. Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de otras maneras, y sería absurdo que, en aras de proteger la vejez, consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de

renovación generacional, que, por lo demás, está también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución.

(...) La excepción a un principio general consagrado en una ley, no puede asumir la nota de generalidad, sino de exoneración de la aplicación común, y dicha exoneración la determina la ley, y no la presunción. Jamás una excepción puede tener las características de principio genérico, porque contradice los postulados más elementales de la lógica, pues un ente no puede tener dos géneros distintos.

(...) Los miembros de la tercera edad con esta disposición no quedan en condiciones de inferioridad, básicamente por tres motivos: primero, porque ella misma prevé que habrá una compensación, es decir, la pensión de vejez, con lo cual se le da lo debido en justicia a las personas mayores de 65 años, y no quedan en estado de necesidad, ni de indefensión ante la vida. Segundo, porque ya ejercieron su derecho específico, con lo cual queda claro que no se les negó tal derecho ni el de el libre desarrollo de su personalidad. Y tercero, porque al llegar a esa edad -además de la pensión- se hacen también acreedores a diversas formas de protección por parte del Estado y de la sociedad civil. Como si lo anterior fuera poco, es evidente que pueden seguir trabajando en otros oficios, si así lo desean. El derecho al trabajo no se concreta en un sólo cargo, se repite, sino que implica la facultad del agente para perfeccionar el entorno indeterminado, pero determinable."

De otro modo, la Ley 27 de 1992, en su artículo 7º vigente para la época de los hechos de la demanda, reiteró la causal de retiro del servicio y de la carrera administrativa por el hecho de que el servidor público llegue a la edad de retiro forzoso así:

"ARTÍCULO 7o. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos:

(...)

f) Por edad de retiro forzoso;

(...)

PARÁGRAFO. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el presente artículo, conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo el literal c)."

Lo expuesto en precedencia permite colegir que el retiro del servicio por haber llegado el servidor público a la edad de 65 años, es constitucional y además se erige como una causal objetiva, es decir, opera en la medida que se cumpla el presupuesto fáctico desarrollado en la norma. Visto lo anterior, se procede al análisis del caso en estudio.

2. CASO CONCRETO

En el sub iudice, aduce el actor que el departamento vulneró su derecho de defensa y el debido proceso, pues solo tuvo en cuenta para retirarlo del servicio los datos consignados en su cédula de ciudadanía, sin siquiera brindarle la oportunidad de ejercer la oportunidad de controvertir los datos allí confirmados, toda vez que considera que el documento tenido en cuenta para proferir tal decisión no es el idóneo.

Del acto enjuiciado se determina entonces que el demandante se desempeñó como rector del Colegio Departamental de Aguas Negras del Municipio de Pinillos y que nació el 1º de agosto de 1930 (fl. 17), lo que indica que a la fecha en que profirió el Decreto 740 de 1996 (fl.30) había cumplido el máximo de edad que prevé la norma para su retiro.

Pues bien, al tenor de los fundamentos normativos y jurisprudenciales expuestos, se estima que las razones de inconformidad propuestas por el accionante carecen de fundamento, en tanto se colige que la procedencia del retiro opera inmediatamente el servidor público haya llegado a la edad máxima que el legislador previó para ello, sin necesidad de realizar procedimiento alguno, pues la acreditación de dicho supuesto es fáctible determinarla a partir de los datos consignados en la hoja de vida del funcionario.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo, las disposiciones de la primera parte de tal estatuto, no se aplican a los procedimientos regulados en leyes especiales, es por ello que el Decreto 2277 de 1979, que establece la edad de retiro forzoso como causal de cesación de la actividad para los docentes, faculta al empleador para que una vez se configure la condición prevista en el artículo 31 del decreto en cita, esto es el cumplimiento de los 65 años, retire al servidor, sin necesidad de adelantar un procedimiento administrativo previo que requiera su participación o aquiescencia para la toma de la decisión.

Ahora, en gracia de discusión si bien se ha contemplado que el retiro del servicio debe mediar por lo menos cuando el servidor público haya solicitado el reconocimiento de su derecho pensional y para ello se ha estipulado un término adicional de seis meses desde el momento en que se llegue a la edad, lo cierto es que en el sub lite se profirió el acto demandado diez meses después de haberse configurado la causal, lapso dentro del cual el demandante pudo solicitar el reconocimiento de su derecho si a bien lo tenía.

En síntesis, se colige que el Departamento de Bolívar retiró del servicio al docente con fundamento en una disposición declarada constitucional y de conformidad con unas circunstancias fácticas que no fueron desvirtuadas por el actor, por tanto se colige la legalidad de los actos administrativos enjuiciados, lo que fuerza a concluir entonces que las pretensiones de la demanda serán negadas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Educación Nacional.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Alfonso Collazos Salinas contra el Departamento de Bolívar.

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los remanentes a los que hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ELIECER FANDEÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado 12437



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO Nº 0084
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: MARIA VICTORIA ALTAMAR CONEO
DEMANDADO	: E-S-E JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2007-00038-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 de Indias D.T. y C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**
Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **María Victoria Altamar Coneo**
Demandado: **ESE José Prudencio Padilla en Liquidación**
Expediente: **13-001-33-31-007-2007-00038-01**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de abril de 2012, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, dentro del proceso instaurado por María Victoria Altamar Coneo contra la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La señora María Victoria Altamar Coneo, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la Resolución THLPSI-EP 000764 de 30 de octubre de 2006, notificada al demandante el 3 de noviembre de 2006, por la que se ordenó el pago de las prestaciones sociales y la indemnización por su desvinculación; por cuanto no fue tenido en cuenta lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo, vigente desde el 31 de octubre de 2001.

Que se ordene el restablecimiento, mediante la adecuada liquidación y pago de su indemnización por supresión del cargo conforme al artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo, y de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales conforme a los títulos tercero y quinto de la misma, incluyendo las causadas y no pagadas desde el 1 de Noviembre de 2004.

Solicita a su vez la condena en costa de la demandada.

3. HECHOS

La señora María Victoria Altamar Coneo prestó sus servicios en la Unidad Hospitalaria Enrique de la Vega de la ciudad de Cartagena.

Señala que era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el mencionado instituto y Sintraseguridadsocial.

Que mediante el Decreto Ley 1750 de 2003, se escindió del ISS la Clínica Henrique de la Vega, donde prestaba sus servicios la actora y, fue creada, entre otras, la ESE José Prudencio Padilla, a la cual se vinculó automáticamente sin solución de continuidad, a partir del 26 de junio de 2003.

Durante su vinculación, percibió los beneficios que la convención colectiva de 31 de octubre de 2001, suscrita entre dicha entidad y el Sindicato Nacional de

Trabajadores de Seguridad Social – Sintraseguridadsocial – le otorgaba al personal que prestaba sus servicios a la referida entidad.

Mediante Decreto 775 del 16 de marzo de 2006, se modificó la estructura de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA y se estableció en su artículo 12, la tabla de indemnización a que tienen derecho los empleados públicos cuyos empleos sean suprimidos como consecuencia de la modificación de la planta de personal efectuada en el artículo 1 de este decreto.

Sostiene que en virtud del Decreto 2505 de 2006, se suprimió el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, código 5350, grado 21, con una intensidad de 8 horas a partir del 4 de septiembre de 2006.

En razón de la anterior desvinculación, la entidad accionada profirió la Resolución THLPSI-EP 000764 de 30 de octubre de 2006, por medio de la cual le fue liquidado, reconocido y ordenado el pago de unas prestaciones sociales y acreencias laborales, así como también una indemnización por la supresión del cargo, sin embargo, entre los valores liquidados no fueron incluidos los factores salariales y prestacionales a que tenía derecho conforme a la pluricitada convención colectiva que cobijada a la parte demandante, los cuales pretende le sean reliquidados.

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Argumentó que, la no inclusión de los factores salariales y prestacionales al momento de liquidar las acreencias de la parte actora, vulnera el principio que predica la aplicación de las formas propias de cada actuación desarrollada por funcionarios públicos, por lo que califica el acto acusado como irregular e ilegal.

Para sustentar lo anterior, cita varios apartes de la sentencia de la Corte

Constitucional C-314 de 1º de abril de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Manifiesta a su vez, que existe falta motivación y desvío de poder respecto del acto acusado, toda vez que los actos administrativos demandados, violaron la Constitución Política de Colombia y la ley, pues la actuación fue arbitraria, al determinar la forma en que se pagaría la indemnización por supresión del cargo y la liquidación de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales, sin tener en cuenta que el actor es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo y por lo tanto, dichos actos debieron expedirse en observancia de lo establecido en dicha convención, reconociendo además, el pago de los beneficios convencionales causados desde el 1 de noviembre del 2004, hasta la fecha de la desvinculación, los cuales hasta la fecha no le han pagado.

5. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 11 de abril de 2007 (fl.118), se ordenó la debida notificación a la demandada y al agente del Ministerio Público, y se dispuso su fijación en lista, término dentro del cual se pronunció la demandada.

5.1. ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN.

Considera improcedente el pago de las prestaciones convencionales, por cuanto los empleados públicos no pueden beneficiarse de una convención colectiva de trabajo.

Aduce que el reconocimiento de los derechos convencionales que se hizo hasta el 31 de octubre de 2004, obedeció a un mandato de la Corte Constitucional.

Como excepciones formuló la inexistencia de la obligación, toda vez que no ha firmado convención colectiva alguna con sus servidores, por tanto no media obligación de pagar o reconocer dichas prestaciones. (fls. 141-151)

6. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia él *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Luego de hacer un recuento sobre la normatividad aplicable al caso concreto desestimó el primer cargo formulado por la demandante; en consecuencia sostuvo que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el sindicato Sintraseguridadsocial, debieron extenderse sólo hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma. Lo anterior, conforme con los planteamientos trazados por la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004.

Sostiene que no existe falta motivación, toda vez que el Decreto 775 de 2006 determinó las pautas para la liquidación de indemnizaciones y acreencias laborales para las personas cuyos cargos fueron suprimidos.

En síntesis, determinó que el acto acusado se profirió con observancia de las normas legales y constitucionales pertinentes para tal fin. (fls. 899-913)

7. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por la apelante, en su calidad de demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

Afirma que a través de la demanda procura el reconocimiento de los beneficios salariales y prestacionales emanados de la convención, no obstante haber ostentado la calidad de empleado público.

En consecuencia alega que el acto acusado vulnera los derechos convencionales a los que tiene derecho el actor, por cuanto a su juicio estos constituyen derechos adquiridos hasta tanto esté vigente la convención aludida, la cual afirma nunca fue denunciada, por lo que ha mantenido su vigencia.

Finalmente señala que el juez de instancia omitió pronunciarse sobre el pago de los beneficios convencionales causados desde el 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004(fl. 915-921)

8. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el juzgado de conocimiento, mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2012. (fl. 922)

A través de auto de 9 de abril de 2013, se admitió el recurso de apelación (fl. 926) y, se ordenó correr traslado a las partes por auto del 12 de junio de la misma anualidad (fl.928) término dentro del cual la parte demandante ratificó sus argumentos de apelación (fls. 937-966).

La entidad demandada solicitó que se confirmara el fallo recurrido. El Ministerio Público se abstuvo de presentar concepto.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es procedente reconocer a la señora María Victoria Altamar Coneo, quien fungió como trabajadora oficial del ISS y, pasó en forma automática y sin solución de continuidad, a ser empleado público de la ESE JOSÉ

PRUDENCIO PADILLA, los derechos laborales que adquirió bajo el amparo de las normas convencionales regentes?

2. RECUESTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN APLICABLE¹

La Ley 90 de 26 de diciembre de 1946², creó el Seguro Social como un establecimiento público del orden nacional, autónomo, con personería jurídica y patrimonio propio³ y, ostentando la calidad de trabajadores particulares, los vinculados a la misma (artículo 4º del Decreto 2324 de 1948).

Luego, la naturaleza jurídica del ISS cambió en repetidas ocasiones por medio de los Decretos 433 de 27 de marzo de 1971⁴ y 2148 de 1992⁵, pasando sus empleados, a ser trabajadores oficiales, pero no de manera inmediata, sino en virtud de la declaratoria de inexecutable, de la categoría de empleados de la seguridad social, que hizo la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-579 de 1996⁶, aduciendo que en razón de que el ISS, pasó a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, el régimen de estas, por regla general, determina a sus empleados, como trabajadores oficiales.

Posteriormente, por Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 se escindió el Seguro Social y, se crearon siete (07) empresas sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social (artículo 2º), siendo una de ellas la ESE José Prudencio Padilla, entidad accionada.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 7 de abril de 2011., Radicación: 05001-23-31-000-2008-00067-01(0673-10), CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila

² Diario Oficial No 26.322, del 7 de enero de 1947, "Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales"

³ Artículo 8º del referido cuerpo normativo.

⁴ Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

⁵ Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, ISS

⁶ Sentencia que tiene efectos a futuro, es decir, a partir de la ejecutoria de la sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996, esto es, noviembre 22 de 1996.

Dicha normatividad, en su artículo 16 dispuso, que los servidores de dichas ESE serían empleados públicos, excepto los que sin ser directivos desempeñaran funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes permanecerían como trabajadores oficiales; así en el artículo 17 se estableció la incorporación automática sin solución de continuidad y, que su régimen salarial y prestacional sería el establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva, pero que en todo caso, se respetarían los derechos adquiridos (artículo 18)⁷.

Es precisamente en este aspecto que gira la presente controversia, es decir, en la posibilidad de que los trabajadores oficiales que pasaron a ser empleados públicos, puedan beneficiarse de la convención colectiva de trabajo celebrada por los primeros, por lo que es necesario evacuar el tema del régimen salarial y prestacional aplicado a los empleados públicos.

Así las cosas, el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, señala que al Congreso le corresponde *Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública*. Y en atención a ello, la Ley 4ª de 1992, señaló que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y

⁷ CAPITULO II.

RÉGIMEN DE PERSONAL

ARTÍCULO 16. CARÁCTER DE LOS SERVIDORES. *Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales*

ARTÍCULO 17. CONTINUIDAD DE LA RELACIÓN. *Los servidores públicos que a la entrada en vigencia del presente decreto se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales, quedarán automáticamente incorporados, sin solución de continuidad, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto. Los servidores que sin ser directivos desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarán la calidad de trabajadores oficiales, sin solución de continuidad.*

PARÁGRAFO. *El tiempo de servicio de los servidores públicos que pasan del Instituto de Seguros Sociales a las Empresas Sociales del Estado, creadas en el presente decreto, se computará para todos los efectos legales, con el tiempo que sirvan en estas últimas, sin solución de continuidad.*

ARTÍCULO 18. DEL RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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. (subrayado declarado inexecutable Sentencia C-314-04 de 31 de marzo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra*

objetivos contenidos en dicha ley, *fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico.*

Adicionalmente, se advirtió que *"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos"*.

Visto lo anterior no cabe duda, que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es el legal, fijado por las autoridades competentes, por lo que habría que determinarse si hay posibilidad, pese a ello, de que un empleado público se beneficie de una convención colectiva.

Al respecto, la Constitución Política, consagró el derecho de la negociación colectiva para regular las relaciones laborales en los siguientes términos (art. 55 C.N.):

"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." (Negrilla fuera de texto)

En efecto, la convención colectiva es permitida en Colombia, pero constitucionalmente se prevén excepciones legales y, una de ellas, es la señalada en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo:

"ARTICULO 416. LIMITACIÓN DE LAS FUNCIONES. (Texto subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE) 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, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga*⁸. (Negrilla fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-110 de 1994, manifestó que el sustento para avalar dicha excepción no es más que el vínculo legal y reglamentario existente entre los empleados y el Estado.

Sin embargo, el análisis normativo sobre esta prohibición, se vio flexibilizado con la entrada en vigencia de los Convenios Internacionales de la OIT 151 y 154, ante los cuales la Corte Constitucional, retomó el análisis de dicha normatividad mediante Sentencia C-1235 de 2005 tal como lo expone el Consejo de Estado en reciente providencia⁹:

"(...) Ahora bien, el parámetro de análisis normativo del artículo 416 del C. S. del T. se vio modificado con la entrada en vigencia de los Convenios Internacionales de la OIT 151 "sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública", y 154 "sobre el fomento de la negociación colectiva", adoptados por la Legislación Nacional mediante las Leyes 411 de 1997¹⁰ y 524 de 12 de agosto de 1999¹¹, respectivamente¹².

Es este sentido, en Sentencia C-1235 de 2005 la Corte Constitucional expresó respecto a la viabilidad de efectuar un nuevo análisis de constitucionalidad sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos. que:

"Surge con claridad, entonces, que se está ante un panorama legal distinto al que existía cuando la Corte, en el año de 1994, en la sentencia C-110 de 1994, examinó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo. pues, por un lado, no habían sido incorporados por medio de la Ley, los Convenios 151 y 154 de la OIT, tantas veces citados, y del otro, los cambios introducidos son sustanciales y acordes con la Constitución, por las razones expuestas en las sentencias que aprobaron dichos tratados."

⁸ Declarada exequible por la sentencia C-201-02

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 7 de abril de 2011., Radicación: 05001-23-31-000-2008-00067-01(0673-10), CP: Victor Hernando Alvarado Ardila

¹⁰ Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-377 de 1998.

¹¹ Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-161 de 2000.

¹² Teniendo en cuenta lo anterior, al amparo de lo establecido en el artículo 53, inciso 4º de la Constitución Política, dichos Convenios forman parte de nuestra legislación interna.

En la referida providencia, además, se 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, deben buscarse 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.

(...)

“Se puede afirmar, entonces, que la negociación colectiva es el género y la convención colectiva y el pliego de peticiones son la especie, y como especie, pueden ser objeto de algunas restricciones tratándose de ciertos empleados públicos, que “están al servicio del Estado y de la comunidad” (art. 123 de la Carta) y tienen la enorme responsabilidad de hacer cumplir los fines esenciales del Estado, asuntos que están ligados directamente al interés general. Sin que tales limitaciones conduzcan al desconocimiento del derecho.

(...)

De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Empero, tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos. En todo caso, dichos mecanismos de concertación deben permitir afianzar un clima de tranquilidad y justicia social¹³. (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que, los empleados públicos no pueden ser sujetos pasivos o beneficiarios de convenciones colectivas, pero sí tienen derecho de participar, mediante algún mecanismo loable, en la toma de las decisiones que los afectan, sin menoscabar la facultad de las autoridades, de fijar de manera

¹³Respecto al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos ver las sentencias C-110 de 1994, C-377 de 1998; C-161 de 2000, C-201 de 2002, C-1234 de 2005; C-280 de 2007 y C-466 de 2008.

unilateral, las condiciones de quienes ostentan la calidad de empleados públicos.

Ahora bien, en ese marco, teniendo claro que los empleados públicos, definitivamente no pueden ser participes de negociaciones o convenciones colectivas, habrá de analizarse, que pasa con aquellos, como los ex trabajadores del ISS, que pasaron de ser, trabajadores oficiales –quienes sí pueden concertar sus condiciones laborales con su empleador- a empleados públicos de las ESES creadas, de manera automática y sin solución de continuidad.

Debido a que la escisión del ISS, transformó la naturaleza jurídica de la vinculación de sus servidores, el mismo Decreto Ley 1750 de 2003¹⁴, tal como se señaló en acápites anteriores, respetó los derechos adquiridos de los ex trabajadores oficiales del ISS, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 18. DEL RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES.
<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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)

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-314 de 2004¹⁵, en ejercicio del control de constitucionalidad, declaró la inexequibilidad del aparte

¹⁴ Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado. Publicado en el Diario Oficial No. 45.230, de 26 de junio de 2003.

¹⁵ En ella, sobre el cambio de naturaleza laboral, se explicó lo siguiente:

(...) los servidores públicos adscritos a las empresas sociales del Estado que adquirieron la categoría de empleados públicos y perdieron la de trabajadores oficiales, perdieron con ella el derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo.

Pese a que, en principio, tal desventaja podría interpretarse como una afectación de los derechos adquiridos de los trabajadores oficiales, es lo cierto que la imposibilidad de presentar convenciones colectivas de trabajo no se erige en quebrantamiento de tales garantías.

Las razones de esta postura son las siguientes:

subrayado de dicha norma con fundamento en que primero, el concepto fijado por la misma norma de derecho adquirido, sólo se refiere a las prestaciones sociales dejando a un lado los derechos adquiridos en materia salarial; segundo, al definirla como las causadas o efectivamente ingresadas al patrimonio del servidor, no se arroja claridad y se imposibilita determinar si un derecho es adquirido, o permanece como mera expectativa; y tercero, dicha definición deja por fuera los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo, celebradas con anterioridad al cambio, durante el tiempo, por el cual fue pactada.

En primer lugar, la posibilidad de negociar convenciones colectivas de trabajo es una potestad derivada del tipo de vinculación jurídica que sujeta al servidor público con la Administración. Ha quedado suficientemente explicado que la convención colectiva de trabajo, entendida como instrumento de negociación de las condiciones laborales de los empleados, está reservada únicamente a los trabajadores vinculados mediante contrato laboral, mientras que aquellos que se encuentran sometidos a una situación legal y reglamentaria están en imposibilidad de negociar sus condiciones laborales. De hecho, no debe olvidarse que "los trabajadores y los empleados del Estado están subjetivamente en situaciones distintas, y corresponde al legislador definir, racional y proporcionalmente, cuándo un servidor público está cobijado por una u otra regulación".¹¹

Ciertamente, es evidente que el tipo de vínculo jurídico laboral que el servidor público tiene con el Estado no es irrelevante a la hora de establecer cuándo se puede recurrir al mecanismo de la negociación colectiva. Cuando la relación es contractual, resulta fácil imaginar que las condiciones laborales pueden ser concertadas entre el sindicato y el empleador. La autonomía administrativa de la entidad Estatal y la manera en que sus servidores se vinculan a ella hace posible modificar el contrato en cada caso, a fin de satisfacer las demandas particulares de la negociación. No sucede lo mismo cuando el nexo del funcionario con el Estado proviene de una regulación genérica, establecida unilateralmente por éste mediante ley o reglamento¹². Las dificultades prácticas y políticas que experimentarían tanto la Administración como el Congreso de la República para adelantar la negociación de los pliegos de modificaciones con los sindicatos de empleados públicos son inconvenientes notorios y suficientes para impedir que este tipo de procedimientos se ofrezcan a dichos servidores.

En segundo lugar, retomando lo dicho por la jurisprudencia, el derecho a pertenecer a uno u otro régimen laboral no constituye un derecho adquirido, pues el legislador, habilitado por una potestad general de regulación, puede determinar la estructura de la administración pública de acuerdo con su valoración de las necesidades públicas.

En consecuencia, si la pertenencia de un servidor público a un determinado régimen laboral, llámese trabajador oficial o empleado público, no es un derecho adquirido, entonces la facultad de presentar convenciones colectivas, que es apenas una potestad derivada del tipo específico de régimen laboral, tampoco lo es. Jurídicamente, la Corte encuentra válido considerar que en este caso lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que al no existir un derecho a ser empleado público o trabajador oficial, tampoco existe un derecho a presentar convenciones colectivas si el régimen laboral ha sido modificado.

El absurdo al que conduciría una conclusión contraria implicaría reconocer que cierto tipo de empleados públicos —los que antes han sido trabajadores oficiales— tendrían derecho a presentar convenciones colectivas de trabajo, a diferencia de aquellos que nunca fueron trabajadores oficiales, con lo cual se generaría una tercera especie de servidores públicos, no prevista en la ley sino resultado de la transición de un régimen laboral a otro, afectándose por contera el derecho a la igualdad de los empleados públicos que no habiendo sido jamás trabajadores oficiales, no tendrían derecho a mejorar por vía de negociación colectiva las condiciones laborales de sus cargos.

Por otro lado, adicional a los argumentos expuestos, esta Corte estima que el cambio de régimen laboral de trabajadores oficiales a empleados públicos no implica la pérdida total de los derechos laborales de los trabajadores afectados, pues la imposibilidad de celebrar convenciones colectivas de trabajo en el caso de los empleados públicos no constituye una disminución de su derecho de asociación (...)

De acuerdo con lo anterior, y ante lo reiterado, en la Sentencia C-349 de 2004¹⁶, se concluye lo siguiente:

- Que el cambio de la naturaleza de la vinculación del servidor público de trabajador oficial a empleado público implica la pérdida del derecho a participar en convenciones colectivas de trabajo.
- Que lo anterior, no demerita, la observancia por el respeto de los derechos salariales y prestacionales adquiridos.
- Que se entiende por derechos adquiridos aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor, por lo menos durante la vigencia de la convención colectiva.

Ahora, específicamente, en cuanto a la vigencia de la convención colectiva, celebrada entre los trabajadores del ISS y el sindicato SINTRASEGURIDADSOCIAL y su prórroga automática y, por tanto vigente a la fecha, el Consejo de Estado ha establecido en reciente jurisprudencia¹⁷ que los derechos adquiridos por los ex trabajadores oficiales del ISS, solo se entienden por el término inicial de dicha convención, esto es, hasta el 31 de octubre de 2004¹⁸. En efecto la convención colectiva cuya aplicación se pretende en este caso, prescribe en su artículo segundo:

"ARTICULO 2. VIGENCIA DE LA CONVENCION. La presente convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años

¹⁶"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 prestaciones 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 ". Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004, M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", 08 de agosto de 2011, Referencia No.: 05001-23-31-000-2008-00073-01(0675-10),CP: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN.

¹⁸Convención colectiva de fecha 31 de octubre de 2001 anexada con la demanda, folios 233-302.

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.”

Y el Código sustantivo del Trabajo, autoriza la prórroga automática del mismo:

“ARTICULO 478. PRORROGA AUTOMÁTICA. 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 hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”

En ese sentido, la prórroga de la convención de fecha 31 de octubre de 2001, si sucedió, pero la misma se aplica solo a quienes cumplen las condiciones con que se inició y que ostenten su calidad de beneficiarios¹⁹, esto es, a los trabajadores oficiales, vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, por lo que aquellos trabajadores oficiales que a 31 de octubre de 2004, ostentaban la calidad de empleado público, no podían ser beneficiarios de la prórroga de dicha convención, ahora menos aún, cuando dichos empleados ya no estaban vinculados al ISS sino a alguna de las ESE creadas a partir de su escisión. Lo que quiere decir que, no cumplían con los dos requisitos únicos y necesarios para proveerse de los beneficios convencionales, de los cuales antes hacían parte: ser trabajador oficial y estar vinculado al ISS.

Así lo reafirma la jurisprudencia citada, agregando además que la prórroga es una mera expectativa y no un derecho adquirido, pues al momento de

¹⁹Artículo 3º de la Convención Colectiva -.Beneficiarios de la Convención: “Serán beneficiados de la presente Convención Colectiva de trabajo, los trabajadores oficiales, vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados a Sintraseguridad Social “Igualmente serán beneficiarios de la presente Convención Colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de los seguros afiliados a: Sintraiss, Asmedas, Andec, Anec, Asteco, Asocolquifar, Acodin, Astincoltras, Asbas, Asdoas y Acteq.”

suscribirse y de cada prórroga, no se sabe si la misma se va a denunciar o a suscribir una nueva o a convocar un tribunal de arbitramento.

Al respecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso, ha sentado su posición, tal como se extrae de la providencia de fecha 7 de abril 2011²⁰:

(...)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 aún 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 Social²¹, 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.*
- *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:*

²⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 7 de abril de 2011., Radicación: 05001-23-31-000-2008-00067-01(0673-10), CP: Victor Hernando Alvarado Ardila

²¹"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."

“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)

En conclusión, los trabajadores oficiales del ISS que pasaron de manera automática y sin solución de continuidad, a empleados públicos, continuaron beneficiándose de la convención colectiva celebrada el 31 de octubre de 2001 entre el ISS y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDADSOCIAL, pero sólo por el término de vigencia inicial, esto es, hasta el 31 de octubre de 2004, pues a partir de allí la prórroga del mismo solo se le aplica a quienes en ese momento cumplían con los requisitos de trabajador oficial y permanencia en la entidad, supuestos que de manera obvia, no poseían, a dicha fecha, los empleados públicos de las ESE creadas por escisión del ISS.

3. CASO CONCRETO

De la Resolución THLPSI – EP 000764 de 30 de octubre de 2006 y de la hoja de vida de la accionante se desprende que ingresó a prestar sus servicios al Seguro Social el día 9 de febrero de 1995. (fls. 23-399)

Mediante el Decreto 1750 de 2003, se escindió el ISS y se crearon unas empresas sociales del Estado, entre ellas la ESE José Prudencio Padilla²², cuyos servidores pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, salvo algunas excepciones, quedando automáticamente incorporados, sin solución de continuidad a la planta de personal de la ESE creada según lo dispuesto en el artículo 16 y 17 de dicho decreto.

La señora Victoria Altamar Coneo fue incorporada automáticamente a la planta de personal de la ESE José Prudencio Padilla, conforme lo dispuesto en el decreto citado, en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, Código 5350, grado 21 con una intensidad de ocho (8) horas. (fl. 99)

Mediante el Decreto 776 del 2006 se dispuso la supresión de la planta de personal de los trabajadores de la ESE. (fls. 95-100)

A la accionante le fue comunicado mediante Oficio 00054 de 1 de septiembre de 2006, la supresión del cargo desempeñado, quedando desvinculada de la empresa a partir del 4 del mismo mes y año. (fl. 132)

En virtud de lo anterior, le fue reconocida la suma de Veintisiete Millones Ochocientos Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Catorce Pesos \$27.837.414, por concepto de prestaciones sociales, otras acreencias laborales e indemnización por desvinculación. (fl. 23)

Ante la anterior realidad fáctica, y lo solicitado por la parte actora, en el sentido que se le apliquen las normas fijadas en la Convención Colectiva de fecha 31 de octubre de 2001 entre el ISS y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD SOCIAL, se extraen las siguientes conclusiones:

Como quedó expuesto, el trabajador oficial del ISS que pasó a ser empleado público de la ESE, en este caso, de la ESE José Prudencio Padilla, solo

²² Artículo 2º del Decreto 1750 de 2003 (fl. 72)

adquirió derechos convencionales derivados de la convención colectiva del 31 de octubre de 2001, por el tiempo inicial, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004. Lo anterior quiere decir, que a partir del 1º de noviembre de 2004 se le aplica, a dicho servidor, únicamente, el régimen salarial y prestacional del empleado público del orden nacional, para el efecto previsto.

Por lo que al estar, la demandante circunscrita en dicho supuesto de hecho, esto es, haber sido trabajador oficial del ISS y, pasar por el decreto ley en mención, a empleado público, sólo tenía derecho a que se le aplicaran las normas colectivas hasta el 31 de octubre de 2004, sin ser partícipe de las prórrogas automáticas que, a partir de dicha fecha, se efectuaren entre las partes suscribientes de dicha convención, por no poseer las calidades de trabajador oficial, ni estar vinculado al ISS a 31 de octubre de 2004.

Así las cosas, las razones expuestas por el accionante para deducir violación de las normas legales y constitucionales del acto acusado no son de recibo. Además porque, efectivamente la Corte Constitucional en su sentencia C-314 de 2004, manifestó que los empleados públicos que antes eran trabajadores oficiales del ISS, tienen derecho a recibir los beneficios convencionales, por ser la convención fuente de derechos adquiridos durante el tiempo de su vigencia. Pero esta vigencia, debe entenderse en su periodo inicial, apartándose, pues como se expuso, al momento de pasar a la ESE José Prudencio Padilla, el demandante, solo tenía una mera expectativa, mas no un derecho adquirido, cuya protección es la que se debe observar según la sentencia de constitucionalidad predicha.

Por estas razones, la Sala no acoge el argumento expuesto por la recurrente, en el sentido que los efectos de la convención colectiva se deben aplicar con posterioridad al 31 de octubre de 2004.

Con relación al pago de las acreencias convencionales relativa al periodo del 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004, la Sala también negará su

reconocimiento, toda vez que la entidad demandada en virtud de lo dispuesto en la sentencia C- 314 de 2004, dispuso el pago de los beneficios salariales y prestacionales consagrados en la respectiva convención colectiva.

Prueba de lo anterior lo constituye el relato de los hechos que plantea la actora (fl. 6), las razones de defensa esgrimidas por la demandada (fl. 147) y las Resolución 000560 por medio de la cual se concede el disfrute de días de vacaciones pendientes que resultan procedente de conformidad con lo analizado en la referida sentencia de constitucionalidad (fls. 358-359)

Consecuente con lo expuesto, la demandante no logró demostrar que el pago efectuado por una vez y en cumplimiento de la orden en la sentencia de constitucionalidad no respetó sus derechos adquiridos, circunstancia que obliga a confirmar el fallo apelado que negó las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas, en esta sede, pues no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para ello, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 01 del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte vencida.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Victoria Altamar Coneo
Demandado: ESE José Prudencio Padilla en Liquidación
Expediente: 13-001-33-31-009-2007-00038-01

TERCERO: 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,


JORGE ELMER JANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-009-2007-00038-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
E D I C T O N° 0085
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: QUINTO JOSE CASTILLO CASTILLO
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2010-00125-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 de Indias D.T. y C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDEÑO GALLO
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-010-2010-00125-01
Demandante: QUINTO CASTILLO CASTILLO
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA
Instancia: SEGUNDA
Controversia: CONTRATO REALIDAD

I. ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN.-

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de abril de 2012 dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1.2. DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Quinto José Castillo Castillo, a través de apoderado judicial, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad del Oficio DTH-OFI-00081 de fecha 26 de octubre de 2009, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral y el correlativo pago de las prestaciones sociales y salarios.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare la existencia de una relación laboral con el Distrito de Cartagena.

Se repare el daño causado y se disponga la cancelación de las prestaciones sociales causadas, así como a la indemnización moratoria que señala el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

Se condene en costas a la parte demandada.

1.3. HECHOS.-

La parte actora desarrolló sus argumentos fácticos que la Sala procede a sintetizar así:

Señala que prestó sus servicios al Departamento Administrativo Distrital de Salud-DADIS, mediante contratos de prestación de servicios desde el 27 de julio de 1999 al 31 de diciembre de 2006, como auditor médico.

Narra que durante el desarrollo de las labores, tuvo continua subordinación y dependencia del DADIS, por lo que cumplía a cabalidad las funciones impartidas por sus superiores, las cuales eran propias del cargo que ostentaba.

Expresa que en las instalaciones de la entidad le fue acondicionada una oficina con todos los elementos y herramientas necesarias para el desarrollo de las actividades.

Afirma que de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, con el Distrito de Cartagena tuvo una relación laboral. (fls. 4-5)

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

- **DISTRITO DE CARTAGENA.**

Niega la existencia de una relación laboral, ya que el demandante no ha sido nombrado por decreto o resolución, por tal razón se opone a las pretensiones de la demanda.

Como excepciones propuso la inexistencia de violación de la Constitución Política, inexistencia de la desviación de poder, inexistencia de falta de motivación, inexistencia de contrato realidad y de la obligación. (fls. 54-61)

1.6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 30 de abril de 2012, negó las pretensiones de la demanda.

El *a quo*, al resolver el caso concreto determinó que no existió continuidad en la prestación del servicio.

Así mismo esgrimió que las probanzas obrantes en el plenario, impedían aseverar que la prestación de los servicios se haya dado bajo los parámetros de subordinación y dependencia y que la actividad desarrollada fuera similar a la desempeñada por los funcionarios de planta de la entidad.

Por lo anterior concluyó que el demandante no desvirtuó la relación contractual que se gestó como consecuencia de los contratos de prestación de servicios suscritos. (fls. 173-187)

1.7. RECURSO DE APELACIÓN.-

Mediante escrito del 12 de junio de 2012 (fls. 189-206), la parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, pidiendo revocarla y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda; teniendo en cuenta las siguientes razones:

Señala que la sentencia recurrida desconoce los elementos fácticos y probatorios de los cuales se desprende la existencia de una relación de empleo con el distrito.

En cuanto a la subordinación como elementos esencial para la existencia de una relación laboral, señala que el cargo desempeñado y la naturaleza de las funciones realizadas, permiten suponer el cumplimiento de unas órdenes y un horario.

Aduce que la juez de instancia no debió basar su decisión en la inexistencia de elementos probatorios, toda vez que en el curso del proceso se solicitó requerir al distrito, a fin de que aportara las documentales necesarias para demostrar la continuada e ininterrumpida prestación del servicio.

A manera de conclusión, aduce que prestó los servicios en forma continua y habitual, bajo la subordinación del DADIS, cumpliendo un horario de trabajo y recibiendo como contraprestación un salario mensual, aspectos que dan al traste con la existencia de una relación laboral. (fls. 189-206)

1.8. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.-

Mediante auto del 11 de marzo de 2013 (fl.213) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 18 de abril de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que presentaran sus alegatos y al Ministerio

Público para que rindiera concepto (fl.215), oportunidad de la que hizo uso la demandada para solicitar que se confirme la sentencia recurrida (fls. 216-219).

La parte demandante reiteró los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, para esto resaltó apartes de la sentencia de constitucionalidad C-171 de 2012, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 57 de la Ley 1438 de 2011; señalando los eventos en los que procede la contratación mediante orden de servicios.

El Procurador Judicial Delegado ante esta Corporación emitió concepto en el asunto objeto de *litis*, solicitando que se confirme la sentencia recurrida (fls. 252-260).

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Se encuentran acreditados los elementos que permitan determinar que entre el Distrito de Cartagena y el demandante existió una relación laboral, de tal suerte que se deban reconocer a título de indemnización las prestaciones causadas durante ese lapso?

Para resolver el anterior planteamiento, resulta menester hacer mención de los fundamentos normativos y jurisprudenciales que dan al traste con el mismo.

El contrato de prestación de servicios se estableció para cubrir funciones de origen especial o de administración, que no puedan ser desempeñadas por funcionarios de planta, así lo dispuso el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

“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.” (Negrillas fuera de texto).

De la disposición transcrita se puede extraer que ésta clase de contratos no generan relación laboral, sin embargo, cuando de ellos se vislumbran elementos como la subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación. Así lo señaló la Corte Constitucional al diferenciar el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, en los siguientes términos:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación

de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”¹ (Negrillas fuera de texto)

De lo expuesto, se puede decir que, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales, no ocurriendo lo mismo con quien está sujeto a las condiciones de un contrato de trabajo. No obstante, si el interesado logra demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del contratante, tendrá derecho al pago de las mencionadas prerrogativas laborales.

El Consejo de Estado ha dicho que son tres los elementos propios de una relación de trabajo, sin embargo, ha tenido mayor relevancia que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador:

“La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u

¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. Exp. D-1430 M.P. Hernando Henao Vergara.

*órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4 (...)*²

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales: a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.” (Negrilla fuera de texto)

²Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp. 0245 2003. Actor Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia y, que desarrolló funciones propias de su cargo.

Así pues, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona natural y una entidad pública y se demuestra la existencia de los elementos propios de toda relación de trabajo, surge el derecho a que sea reconocida como tal, confiriéndole al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, en virtud del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En este punto, es de precisar que, el reconocimiento de una relación laboral no implica que la persona contratada mediante órdenes de prestación de servicios adquiera la condición de empleado público, pues, tal como lo ha establecido la alta corporación, tal calidad no se otorga por el sólo hecho de prestar servicios para el Estado: *"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

En esa medida, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y, se demuestra la existencia de los tres componentes de la relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Sentencias del 25 de enero de 2001, Exp. 1654-2000, C.P.; Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda y del 23 de junio de 2005, Exp. 245-03, C.P.; Dr. Jesús María Lemus Bustamante

En uno de sus pronunciamientos el Consejo de Estado⁴ señaló en cuanto a la configuración del contrato realidad, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

Bajo los anteriores parámetros, 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 existió una relación de subordinación.

De las pruebas arrimadas al libelo de la demanda se destaca lo siguiente:

- Consta a folio 24 copia del escrito de fecha 24 de agosto de 2006, suscrito por el accionante, mediante el cual rinde informe de las actividades realizadas como auditor médico de la Subdirección Técnica del DADIS, durante el periodo del 24 de febrero de 2006 hasta el 23 de marzo de 2006.
- Copia simple de la certificación de interventoría de fecha 2 de mayo de 2006 en la que se refrenda que el demandante cumplió las obligaciones contraídas en la orden de servicios No. 0011 durante el periodo entre el 24 de marzo de 2006 al 23 de abril del mismo año. (fl. 26)

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 4 de mayo de 2010, Exp. 1413-08, C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

- Copia del Contrato de prestación de servicios No. D8094 de octubre de 2002, suscrito entre la alcaldía y el demandante, cuyo plazo comprendió del 1º de octubre de 2002 al 31 de diciembre de 2002. (fls. 27-28)

- Orden de prestación de servicios No. D8075 para el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2002 al 30 de septiembre de 2002. (fls. 29-30)

- Certificación emitida por la Subdirectora Técnica del DADIS, señalando que el señor Quinto Castillo prestó sus servicios profesionales como Auditor para el periodo comprendido del 1º al 31 de agosto de 2004. (fl. 33)

- Certificaciones emitida por el Auditor Médico del DADIS, donde se establece que el accionante laboró en la Clínica Maternidad Rafael Calvo como auditor con horario de 8 horas para el periodo comprendido entre el 27 de julio al 27 de agosto de 2010, del 1º al 30 de abril del año 2000 y del 1º al 31 de enero de 2001. (fls. 34-36)

- Constancia de fecha 14 de junio de 2001, donde se señala que el accionante prestó sus servicios de auditoría en los hospitales del 2º y 3er nivel, durante el periodo del 1º de abril al 15 de mayo del año 2001. (fl. 37)

- Constancias proferidas por la directora del DADIS, en la cual señala que el actor prestó los servicios en dicha entidad como auditor médico, durante los meses de junio y julio de 2003 y del 20 de octubre al 24 de noviembre de 2003. (fls. 38-40)

- Certificación de que el señor Quinto Castillo prestó los servicios como auditor, en los periodos comprendidos del 1º al 31 de agosto de 2004, septiembre de 2004 y del 4 de mayo de 2005 al 3 de junio de 2005. (fls. 41-43)

- Certificación emanada por el Profesional Especializado de Talento Humano del DADIS, en donde señala las siguientes órdenes de servicios y actividades desempeñadas por el actor:

“Contrato No. 0011 del 20 de enero al mes de julio de 2006, con el objeto de prestación de servicios profesionales en auditoria en salud, en el Departamento Administrativo Distrital DADIS.

Contrato No. 0248 de dos meses de 2006, con el objeto de Prestación de Servicios Profesionales en Auditoria en Salud, en el Departamento Administrativo Distrital DADIS.

Contrato No. 0649 del 24 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2006, con el objeto de Prestación de Servicios Profesionales en Auditoria en Salud, en el Departamento Administrativo Distrital DADIS.” (fls. 114-123)

“Funciones:

- Ejecutar los procesos para garantizar el acceso a los servicios de salud de la población pobre vulnerable del distrito de Cartagena, así como los servicios no POSS a la población pobre afiliada al régimen subsidiado.

-Verificar la pertinente de los servicios y los derechos de los usuarios en cuanto a la prestación de los servicios y procedimiento en salud solicitados en los distintos niveles.

-Autorizar los servicios y procedimientos en salud hacia las diferentes instituciones contratadas verificada la pertinencia anterior.

-Participar en el cronograma de disponibilidad para viabilizar la oferta de servicios de salud en coordinación con el Centro Regulador de Urgencias.

-Verificar el cumplimiento de los protocolos de atención en salud, mecanismo de referencia y contraferencias, para la viabilización de la oferta hacia los distintos niveles de complejidad.

-Regular el uso de los recursos de oferta.

-Verificar, supervisar y coordinar el proceso de referencia y contrareferencia de pacientes de acuerdo a la normatividad vigente, muestras y estudios.

-Participar en el programa y procesos de contratación de los servicios asistenciales en salud en los diferentes niveles de atención a cargo del Distrito-DADIS.

-Propender la integración funcional de las entidades públicas y privadas prestadoras de servicios de salud, para garantizar la calidad del mismo, la operación óptima de la red prestadora de servicios y el sistema de referencia y contrareferencia.

(...)"

- Acta de liquidación por mutuo acuerdo de las órdenes de prestación de servicios 11 del 20 de enero de 2006, 248 del 3 de agosto de 2006 y 0649 del 24 de octubre de 2006. (fls. 141-147)

Lo reseñado en precedencia permite aseverar que el accionante prestó sus servicios como auditor médico en el Departamento Administrativo Distrital de Salud-DADIS, en los periodos comprendido entre el 1º de septiembre al 31 de diciembre de 2002(fl. 27-30) y del 26 de enero al 31 de diciembre del año 2006 (fls 116-123).

Sobre este aspecto, si bien en el libelo de la demanda se establece que el demandante ejerció actividades en el ente demandado desde el año 1999 hasta el 2006, en el sub judice únicamente se tendrá en cuenta los periodos acreditados en las órdenes de prestación aportadas, por cuanto en estos casos y dentro de ésta acción, los contratos 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 periodos que no se encuentren respaldados por la fundamental prueba que permite el análisis jurídico que conduce a la prosperidad de las pretensiones en tratándose el asunto de la demostración de un contrato realidad.⁵

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Subsección "A", sentencia del 4 de mayo de 2010, Rad. 1413-08, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Con relación a la remuneración, se infiere a partir de las actas de liquidación de los contratos 11, 248 y 0649 del año 2006 (fls. 143-147), que el actor recibió el pago de las sumas acordadas en los mismos.

De lo expuesto es posible concluir que se encuentran acreditados dos de los tres elementos esenciales para la configuración de una verdadera relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio y la contraprestación de la misma. Sin embargo, el elemento preponderante que demuestra la existencia de una relación laboral, lo constituye la subordinación, es por esto que se procede a su análisis.

Pues bien, las testimoniales (fls. 92-98), permiten inferir que el señor Quinto Castillo cumplía un horario de oficina y que su jornada laboral generalmente era de ocho de la mañana hasta las seis de la tarde, pero cuando había disponibilidades la jornada podía ser hasta de 24 horas; además señaló que las actividades la mayoría de las veces eran desarrolladas en la oficina de la entidad.

Ahora, con relación al cumplimiento de mandatos por parte de un superior jerárquico, si bien el declarante Nilsón Díaz Franco (fl. 94) señala que no impartía órdenes pues solamente coordinaba el departamento de auditoría bajo la calidad de contratista y que en ese sentido el accionante podía ejercer sus labores con autonomía e independencia, lo cierto es que la naturaleza de las actividades que comprenden el objeto de los contratos permiten inferir que el señor Quinto Castillo debía modular su actuación de acuerdo a las instrucciones y directrices que impartía la Subdirección Técnica del Departamento Administrativo Distrital de Salud-DADIS.

Por el hecho que los coordinadores del departamento de auditoría ostentaran la condición de contratistas, no desvirtúa la subordinación o sujeción que el

accionante debía soportar en el desarrollo de las actividades, pues la naturaleza de las tareas comprendidas en los contratos, permiten inferir que cualquier decisión debía por lo menos contar con la anuencia y vigilancia del subdirector técnico de la entidad, lo que desvirtúa la independencia y autonomía pregonada por la demandada.

Las precedentes estipulaciones permiten concluir que cuando el demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de las actividades encomendadas se dio bajo las instrucciones y proferidas por sus superiores, en este caso la Subdirección Técnica del DADIS y los Coordinadores del Departamento de Auditoría de la entidad.

Por lo anterior, se puede afirmar, contrario a lo considerado por el *a quo*, que el Oficio DTH-OFI-00081 de fecha 26 de octubre de 2009 demandado, se encuentra parcialmente incurso en las causales invalidantes señaladas por el actor, dado que claramente contradice los artículos 25 y 53 de la Carta Política, y además se encuentra demostrada la existencia de una verdadera relación laboral entre el DADIS y el demandante, según el material probatorio obrante, por lo que habrá de declararse la nulidad parcial del acto enjuiciado.

En consecuencia, se condenará al Distrito de Cartagena-Departamento Administrativo Distrital de Salud-DADIS, a pagar al accionante a título de indemnización, una suma de dinero equivalente al valor de las prestaciones sociales y el pago de los aportes a las entidades de Seguridad Social en la debida proporción, por los servicios prestados como auditor médico, durante los periodos del 1º de septiembre al 31 de diciembre de 2002 y del 24 de enero al 31 de diciembre de 2006. Dicha liquidación deberá efectuarse tomando como base la retribución pactada entre las partes en la celebración de las órdenes de servicios.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago. Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada prestacional.

En cuanto al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se negará dicha pretensión, en razón a que esta indemnización solo procede cuando la administración retarda el pago de la cesantía definitiva, cuestión que no ha mediado en el sub iudice por tratarse ésta de una sentencia de carácter constitutivo, a partir de la cual nace el derecho al pago de las cesantías a favor del actor.

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas, en esta sede, pues no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para ello, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No.1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVOCAR la sentencia del 30 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las súplicas de la demanda. En consecuencia se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del Oficio DTH-OFI-00081 del 26 de octubre de 2009, por medio del cual se negó la existencia de la relación laboral que mantuvo el demandante con el ente accionado y el pago de las prestaciones sociales causadas.

SEGUNDO: CONDENAR al Distrito de Cartagena a pagar al accionante a título de indemnización, el valor equivalente a las prestaciones sociales que habría recibido por los servicios prestados como auditor médico en el Departamento Administrativo Distrital de Salud-DADIS, durante los siguientes periodos:

- Desde el 1º de septiembre al 31 de diciembre de 2002.
- Desde el 24 de enero al 31 de diciembre de 2006.

TERCERO: CONDENAR a la entidad demandada a reconocer y pagar el equivalente de la cuota del empleador por concepto de salud y pensión, por los periodos reconocidos, esto es, entre el 1º de septiembre al 31 de diciembre de 2002 y del 24 de enero al 31 de diciembre de 2006, la que deberá consignarse a la entidad prestadora del servicio de salud y al fondo de pensiones a que esté afiliado el demandante, de acuerdo con la normatividad vigente para la época de los contratos.

CUARTO: Para efectos de dar aplicación a los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** el valor que deberá tener en cuenta la entidad como base para liquidar las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, será el valor pactado por concepto de honorarios en los contratos celebrados.

QUINTO: La entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a lo establecido en esta sentencia y en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Negar las demás pretensiones.

SÉPTIMO: Abstenerse de condenar en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIECER PATIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-010-2010-00125-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0086

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: SOCIEDAD AEROPORTUARIA DE LA COSTA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2010-00228-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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. 1 –

Cartagena D.T. y C., cinco (05) de diciembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-008-2010-00228-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de mayo de 2012, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual, declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado 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 000337 de 22 de febrero de 2010, mediante la cual, el ente demandado le impuso una sanción y, Resolución 000681 de 14 de abril de 2010, a través de la cual, fue rechazado el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por la División de Gestión de Liquidación Aduanera y la División de Gestión Jurídica Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada restituirle la suma de doce millones doscientos cuarenta mil pesos M/Cte (\$12.240.000,00), más la indexación de dicha suma de dinero y los respectivos intereses moratorios causados hasta cuando se realice el pago de la misma, liquidados a la tasa máxima legal permitida conforme a lo establecido en el Código Contencioso Administrativo.

Requiere también, que se le paguen los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante causados por la entidad accionada, igualmente indexados y con los intereses correspondientes, suma que estima en veinte millones de pesos M/Cte (\$20.000.000,00).

De igual manera, exige que le exonere de cualquier responsabilidad por la multa que le fue impuesta a través de los actos enjuiciados y, además, que las condenas económicas sean actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Por último, pide que se condene en costas y gastos del proceso a la entidad accionada.

HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Señala la parte actora, que su objeto social está dirigido a la administración de aeropuertos, en virtud del cual, celebró con la Unidad Administrativa Especial

de la Aeronáutica Civil, en adelante Aerocivil, el Contrato de Concesión 0186-96 de 09 de agosto de 1996 para la administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez de la ciudad de Cartagena, el cual, se encuentra vigente hasta el año 2020 de acuerdo a la prórroga que se efectuó a través del Otrosí 004 de 03 de marzo de 2010. Que de igual manera, tiene el deber de controlar la seguridad aeroportuaria del mencionado terminal aéreo, entre lo que se incluye, la inspección, vigilancia y control de todas las personas que ingresen y salgan de las zonas de seguridad restringidas, en coordinación, colaboración y respeto con las diferentes autoridades estatales.

Afirma, que el día 19 de diciembre de 2006 el Coordinador del Grupo de Carga de la DIAN estando en las instalaciones del muelle internacional del aeropuerto, por donde ingresan los viajeros provenientes del extranjero, solicitó a una empleada de la Agencia de Viajes Contactos y a dos empleados de la Agencia de Viajes Aviatur que abandonaran el lugar porque a su juicio no estaban autorizados por el Administrador de la DIAN o los jefes inmediatos.

Agrega, que los funcionarios de las agencias de viaje reseñadas se negaron legítimamente a salir del lugar alegando que tenían el debido permiso y acreditación por parte de la sociedad demandante y, además, porque venían desempeñando sus labores de manera permanente y desde hace mucho tiempo en esa área, sin que previamente se hubieran presentado inconvenientes con ninguna autoridad estatal; esta situación motivó al funcionario del ente aduanero a requerir la presencia de personal de la Policía Nacional para disuadir a los empleados para que desalojaran el lugar, logrando de esta manera su objetivo.

Resalta, que la actuación del funcionario de la DIAN fue unilateral sin tener en cuenta las funciones y competencias de la sociedad accionante, contraviniendo la obligación de coordinación establecida en el artículo 41 del Decreto 2685 de 1999 y 40 de la Resolución 4240 de 2000. Igualmente,

desconoció su obligación de acudir previamente al Comité Local de Seguridad establecido en la Resolución 01624 de 2007 expedida por la Aerocivil, que era el escenario idóneo para revisar de manera coordinada las diferentes actuaciones de las autoridades competentes.

Esboza, que los empleados de las agencias de viajes señaladas nunca obstaculizaron ni impidieron el normal desarrollo de las funciones y actividades de la DIAN. Sumado a esto, los mismos estaban autorizados por la sociedad actora para estar en dicho lugar, toda vez, que habían cumplido con los requisitos de seguridad necesarios para el ingreso a esa área.

Manifiesta, que teniendo en cuenta los antecedentes narrados, el ente accionado mediante Requerimiento Especial Aduanero 000250 de 30 de septiembre de 2009 dio inicio a la actuación administrativa dentro de la cual se expidieron los actos demandados en el presente asunto. Lo anterior, por cuanto al parecer de la DIAN, la sociedad demandante incurrió en una posible infracción administrativa aduanera por obstaculización en el ejercicio de las potestades de dicha autoridad.

Luego, procedió a imponerle una sanción a través de la Resolución 000337 de 22 de febrero de 2010, la cual, fue objeto de recurso de reconsideración por parte de la sociedad demandante, que fue rechazado por medio de la Resolución 000681 de 14 de abril de 2010.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que la vía gubernativa se encuentra agotada con la expedición de la resolución que rechazó el recurso de reconsideración y, añade, que la DIAN le sanciona por supuestamente haber olvidado su compromiso de coordinar con dicha autoridad lo pertinente al ingreso de personas al terminal internacional de pasajeros, cuando lo que ocurrió fue precisamente lo contrario, teniendo que actuar de manera defensiva oponiéndose a una actuación ilegal del ente aduanero, lo cual, resultaba justo y necesario, pues de lo contrario habría caído

en el absurdo de coadyuvar una actuación unilateral y no coordinada con las demás autoridades competentes en el aeropuerto.

Arguye, que se ha vulnerado su derecho al debido proceso porque se le condenó al pago de una multa sin haber violado norma alguna, lo que equivale a decir que fue sancionada sin fundamento jurídico para ello.

Por otro lado, explica que de conformidad con el artículo 516 del Decreto 2685 de 1999, sólo cuando el signatario está en un lugar distinto podrá presentarse el recurso de reconsideración ante juez o notario, quien dejará constancia de su presentación personal, lo cual, para el caso concreto no era necesario, puesto que el recurrente se encontraba en el mismo lugar donde fue presentado el recurso, esto es, la ciudad de Cartagena.

Anota, que fue vulnerado el principio de buena fe, pues la entidad demandada a pesar de haber recibido el memorial contentivo del recurso de reconsideración sin exigirle mayores formalidades, posteriormente, aprovechándose de su propia conducta, se excusa en el documento que ella misma aceptó recibir, para proceder a rechazar el recurso presentado por la sociedad demandante.

Pone de relieve, que de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, en aplicación del principio de economía, las autoridades administrativas no pueden exigir notas de presentación personal a menos que la ley lo ordene de manera expresa.

Finalmente, discute el hecho de que el artículo 52 *ibídem*, en ningún momento exige que al escrito se le ponga un sello de presentación personal, sino que únicamente requiere que sea presentado personalmente, sin especificar más detalles al respecto.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Inicialmente, la demanda fue rechazada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena con auto de 25 de enero de 2011 (fls.334 – 335), por considerar que la misma se encontraba caducada. Esta decisión fue objeto de recurso de apelación por parte de la sociedad demandante (fls.336 – 339), pero acto seguido, el juzgado procedió a abstenerse de imprimirle trámite alguno al recurso interpuesto por medio de proveído adiado el 15 de febrero de 2011 (fls.340 – 341), y en el mismo, dispuso admitir la demanda, siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Administrador de dicha entidad en la ciudad de Cartagena (fl.346) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista, la entidad accionada contestó la demanda (fls.347 – 368), expresando que la sociedad demandante desconoció el contenido de los artículos 41 del Decreto 2685 de 1999 y 40 de la Resolución 4240 de 2000, al olvidar el compromiso de coordinar con la autoridad aduanera el ingreso de personas a ciertas zonas, en este caso, al área restringida para el recibimiento de pasajeros provenientes del exterior, demostrando una autonomía e independencia desbordada.

Alega, que no es cierto que la DIAN haya desconocido su obligación de actuar coordinadamente con las demás autoridades aeroportuarias, pues fue la parte actora quien actuó unilateralmente al conceder permisos a terceras personas para ingresar a zonas de control aduanero, sin coordinar previamente tal situación con el ente aduanero.

Añade, que está demostrada la falta de colaboración de la sociedad accionante con la autoridad aduanera, con las vías de hecho adelantadas por el jefe de seguridad de la misma, quien llegó acompañado de sus colaboradores y reingresó a las personas que habían sido retiradas previamente por la policía portuaria y, acentúa esta suficiencia, cuando además de reingresar a los tres funcionarios de las empresas turísticas, autorizó también el ingreso de dos

funcionarios más de dichas compañías. Que la actuación realizada por el referido funcionario se efectuó con apariencia de legalidad en cuanto se llevó a cabo dentro del campo de sus atribuciones, pero irrespetando la forma establecida en la ley al desconocer a la DIAN en una labor que debió ser coordinada con esta.

Esgrime, que el ingreso de estas personas al área restringida sin la coordinación y acompañamiento de la autoridad aduanera, pone en riesgo el control que ésta ejerce sobre los pasajeros y carga que ingresa al país, ya que la cercanía de estas personas a los viajeros obstaculiza el buen desarrollo de la operación de inspección que debe realizar, lo cual, constituye una infracción sancionable por el numeral 2.3 del artículo 497 del Estatuto Aduanero.

En cuanto al rechazo del recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora contra la resolución sancionatoria, plantea que el mismo no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 518 del Decreto 2685 de 1999, al no tener presentación personal por parte del recurrente.

Aunado a ello, dice que no le asiste razón al libelista cuando afirma que sólo cuando el signatario está en un lugar distinto tendrá la obligación de realizar la presentación personal del escrito, ya que le está dando una interpretación errónea al artículo 516 *ejusdem*, puesto que el legislador sencillamente previó que si el recurrente se encuentra en un lugar distinto podrá realizar la presentación personal ante juez o notario, es decir, que no tendría que dirigirse ante la DIAN para ello, pero de ninguna manera puede entenderse que el legislador haya establecido que para la presentación del recurso no sea necesaria la presentación personal del mismo.

Pone de manifiesto, que en materia aduanera existe una regulación especial consagrada en el plurimencionado Decreto 2685 de 1999, la cual, establece que para la presentación del recurso de reconsideración es obligatoria la presentación personal del escrito, con el fin de acreditar la calidad de quien

suscribe el escrito y el incumplimiento del mismo conlleva a que se rechace la solicitud elevada.

Por último, propone la excepción de “*Falta de agotamiento de la vía gubernativa*”, basada en que por disposición legal el rechazo del recurso de reconsideración no agota la vía gubernativa y, además, alega la de “*Caducidad de la acción*”, sustentada en que al no haber agotado la parte actora la vía gubernativa, la demanda debió ser presentada dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la decisión de fondo contenida en la Resolución 000337 de 22 de febrero de 2010, notificada por correo el día 25 del mismo mes y año, pero la solicitud de conciliación prejudicial fue radicada sólo hasta el 14 de julio de 2010, fecha para la cual se encontraba caducada la acción.

Mediante auto de fecha 12 de mayo de 2011 (fls.380 – 382), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, luego, con proveído de 12 de marzo de 2012 (fl.576), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el libelo de la demanda (fls.577 – 580); la parte accionada hizo lo propio mediante memorial visible a folios 581 a 586 del expediente; el Ministerio Público guardó silencio.

Seguidamente, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8944 de 09 de diciembre de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el proceso fue remitido al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que aprehendió su conocimiento por medio de auto de 29 de mayo de 2012 (fl.598).

EL FALLO RECURRIDO

(fls.599 - 613)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para

pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, señala que el artículo 516 del Decreto 2685 de 1999, vigente al momento de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la presente controversia, establece que el recurso de reconsideración puede ser presentado por la persona natural o jurídica contra la cual se expidió o a través de apoderado judicial, haciéndolo de manera personal ante la autoridad aduanera a la cual se dirige, con exhibición del documento de identidad de quien lo suscribe, pero cuando el firmante esté en lugar distinto de aquél donde se expidió el acto cuestionado podrá realizar dicho trámite ante juez o notario, para lo cual se exige, que se deje constancia de la presentación personal del escrito.

Asimismo, esboza que el artículo 517 *ibidem*, dispone que a la presentación del recurso el funcionario de la DIAN que reciba el memorial contentivo de los motivos de inconformidad, debe dejar constancia escrita de la fecha de presentación y de los datos que identifiquen al recurrente.

Manifiesta, que la constancia de presentación personal aplica para aquellas personas naturales o jurídicas, o apoderados judiciales que estén en el lugar donde fue expedido el acto administrativo, tanto como para quien se encuentre por fuera de ese lugar, con la posibilidad de que éstos últimos, puedan hacer la presentación personal ante juez o notario o ante una administración de impuestos y aduanas diferente a la competente para decidir.

Por otro lado, plantea que el artículo 41 de la Ley 1395 de 2010, resulta inaplicable en el asunto de marras, toda vez, que la misma entró en vigencia en fecha posterior a la expedición de los actos administrativos censurados en el *sub examine*, además, que la misma es regulatoria del proceso civil colombiano.

Concluye diciendo, que la parte actora no demuestra que la entidad demandada haya vulnerado el principio de buena fe y, aunado a ello, asevera que no fue agotada correctamente la vía gubernativa debido a que el recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora contra el acto sancionatorio no fue resuelto por la administración, ya que el mismo fue rechazado sin que se haya efectuado pronunciamiento de fondo al respecto, por lo que bajo su criterio, se incumple el presupuesto señalado en el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.615 – 621)

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

En primer lugar, expresa que la razón concreta y esencial por la cual la DIAN rechazó el recurso de reconsideración y que fue ratificada por la juez de primera instancia, consiste en que el memorial contentivo del recurso carecía de nota de presentación personal, lo que considera no sólo una exigencia exageradamente formalista, sino que además no se encuentra establecida en el artículo 517 del Decreto 2685 de 1999, citado por la juez *a quo* para fundamentar su decisión.

Alega, que lo anterior es concordante con lo preceptuado en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, según el cual, en virtud del principio de economía, las autoridades administrativas no podrán exigir notas de presentación personal a menos que la ley lo ordene de manera expresa.

Explica, que sumado a esto, quien tenía obligación de hacer algo al respecto era precisamente la entidad demandada, pues a la luz de la disposición en comento el funcionario que reciba el memorial del recurso, deberá dejar constancia escrita.

De igual manera, expone que en el *sub judice* se configuró un error de derecho porque la juez de primera instancia dio por cierto algo que la precitada norma no dice, ni siquiera tácitamente, además, se presentó un error en cuanto a la interpretación de los hechos, porque la funcionaria judicial entendió erróneamente que la falta de nota de presentación personal significaba que el recurso no había sido presentado personalmente.

Considera, que si no hay certeza plena sobre una situación como la expuesta, la duda que eso implica conlleva necesariamente al juez competente a aplicar la duda razonable a favor del demandante como sujeto pasivo investigado y sancionado por la entidad accionada.

Finalmente, concluye que si agotó la vía gubernativa y que su recurso no debió ser rechazado por la DIAN, sino que debió haber sido tramitado y decidido, razón por la cual, solicita que se revoque el fallo impugnado y se proceda a realizar el análisis de fondo de la demanda.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 05 de abril de 2013 (fl.622).

Por medio de proveído de 12 de junio de 2013 (fl.626), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 23 de julio de 2013 (fl.628), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.629 – 633); la parte demandante no presentó alegatos en esta instancia. El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si la interposición del recurso de reconsideración en sede administrativa sin nota de presentación personal da lugar al rechazo del mismo y, de ser así, si tal situación conlleva a que se configure el indebido agotamiento de la vía gubernativa y, por ende, a que se emite un fallo inhibitorio.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

El agotamiento de la vía gubernativa constituye un requisito para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa. Ésta exigencia surge de la aplicación del privilegio de decisión previa que se otorga a la administración, conforme al cual, la interposición de los recursos hace que la administración pueda, mediante actuaciones previas, pronunciarse sobre las objeciones que se imputan a los actos por ella proferidos y definir si lo confirma, aclara o revoca.

La exigibilidad del agotamiento de la vía gubernativa se encuentra contemplada en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, que dispone:

“Artículo. 135. Posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos particulares. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe

agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La norma que antecede, fue declarada ajustada a la Constitución Política por la Corte Constitucional, que al respecto, señaló¹:

“...el agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa, que no es otra cosa que la utilización de los recursos consagrados en la ley para controvertir los actos que profiere la administración y que afectan intereses particulares y concretos, a juicio de la Corte no contraría la Constitución Política, sino por el contrario permite dar plena eficacia a los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta.

En efecto, el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedimiento establecido por el legislador, permite que el afectado con una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, acuda ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus propios actos, de suerte que pueda, en el evento en que sea procedente, revisar, modificar, aclarar e inclusive revocar el pronunciamiento inicial, dándole así la oportunidad de enmendar sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos del afectado. y, en ese orden de ideas, se da la posibilidad a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para contribuir con el cumplimiento de los fines del Estado (art. 209 C.P.), dentro de los cuales se encuentran entre otros los de servir a la comunidad y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2).

Por su parte, el administrado en caso de no considerar acorde con sus pretensiones el pronunciamiento de la Administración una vez agotados los recursos de vía gubernativa, podrá poner en movimiento el aparato jurisdiccional mediante la presentación de la demanda ante la jurisdicción administrativa para que sea el juez el que decida finalmente

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 02 de mayo de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

sobre el derecho que se controvierte. Así, el cumplimiento de ese requisito fijado por la ley, constituye una garantía de más para que el administrado vea plenamente realizado su derecho fundamental al debido proceso.

En múltiples oportunidades tanto ésta Corporación como el Consejo de Estado se han pronunciado sobre la relevancia de la vía gubernativa, como mecanismo de protección a los intereses del administrado. En uno de dichos pronunciamientos, esta Corte, señaló que: “[c]on dicha institución se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna, al otorgársele competencia para decidir, previamente a la intervención del juez sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio consistente en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial.

La vía gubernativa se constituye en un mecanismo, que muchas veces es sustituto del judicial, en la medida en que contribuye a satisfacer plenamente la pretensión del interesado y, además, es una institución que garantiza su derecho de defensa en cuanto le permite impugnar la decisión administrativa, a través de los recursos de ley” (Sent. C-060/96, M.P. Antonio Barrera Carbonell). [...]

En síntesis, de lo expuesto en la providencia en cita se extrae, que el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo no vulnera la Constitución Política...”

La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en afirmar que la vía gubernativa es una modalidad de “*justicia interna*” con la que cuenta la administración; pues con ella se busca satisfacer

plenamente las pretensiones del interesado sin necesidad de acudir ante un juez².

Por otro lado, el control administrativo garantiza el derecho de defensa del administrado frente a la administración, en razón a que lo faculta para interponer los recursos legales, como los de reposición, apelación y reconsideración contra los actos administrativos.

De acuerdo al texto de los artículos 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo, la vía gubernativa se entiende agotada cuando: i) contra los actos administrativos no procede ningún recurso, ii) cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, y iii) cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.

En el caso bajo estudio, contra el acto demandado denominado Resolución 000337 de 22 de febrero de 2010, procedía el recurso de reconsideración de acuerdo a lo establecido en el artículo cuarto de la parte resolutive de la misma y en el artículo 515³ del Decreto 2685 de 1999, por lo tanto, la vía administrativa se entiende agotada luego de ser interpuesto dicho recurso y resuelto por la autoridad aduanera.

Lo cierto es que en el *sub examine*, la parte demandante impetró recurso de reconsideración en contra del referido acto pero sin nota de presentación personal, tal como puede verificarse a folios 308 a 319 del expediente, hecho que conllevó a la administración a rechazar el aludido recurso, por considerar que el mismo no reunía todos los requisitos exigidos en el Estatuto Aduanero.

²Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo en sentencia C-060 de 15 de febrero de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, que " Con dicha institución se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna, al otorgarsele competencia para decidir, prevaleciente a la intervención del juez, sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio, consistente en que puede obtener a través de la referida vía en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial "

³ " Artículo 515 Recurso de reconsideración < Artículo modificado por el artículo 50 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente > Contra el acto administrativo que decida de fondo procede el Recurso de Reconsideración el cual deberá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación. El término para resolver el Recurso de Reconsideración será de tres (3) meses contados a partir de la fecha de su interposición "

El máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de su jurisprudencia, ha explicado, que el rechazo de los recursos por parte de la administración equivale a tenerlos como no presentados, siempre que se encuentre demostrada la causa legal que conlleve a adoptar tal decisión. El alto tribunal sobre dicha temática señaló⁴:

“...El artículo 63 del C.C.A. señala que la vía gubernativa se agota cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso (artículo 62-1 ibídem), o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 62-2 ibídem), y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja, que no son obligatorios.

Se entiende que los recursos interpuestos se han decidido cuando la Administración confirma, modifica, aclara o revoca la situación jurídica que creó con el acto administrativo impugnado.

De ahí que el artículo 138 del C.C.A. disponga que cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo, si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen, pero si fue revocado, sólo procede demandar esta última decisión.

Pero del inciso tercero del artículo 135 del C.C.A. también se infiere que también se agota la vía gubernativa, cuando “las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes”.

Ahora bien, la decisión de la Administración de rechazar los recursos no implica, ipso facto, que los recursos interpuestos se hayan decidido y, por ende, que se haya agotado la vía gubernativa, toda vez que, el

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de junio de 2011, Exp. 16751, C.P. Hugo Fernando Bustidas Beroenas

rechazo de los recursos, en principio, es análoga a aquellos casos en los que los recursos no se interponen.

De manera que, cuando ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se alega la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, en virtud del rechazo de los recursos, la Administración debe probar que ese rechazo ocurrió con causa legal. Quien se opone a la excepción, por su parte, debe probar que el rechazo ocurrió sin causa legal. Si la Administración prueba lo primero, se deberá declarar probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa. De lo contrario, y de prosperar el alegato del demandante, debe entenderse que agotó la vía gubernativa porque la autoridad administrativa no le dio la oportunidad para interponer los recursos procedentes. De ahí que sea procedente demandar los actos que rechazan los recursos, actos que si bien son actos de la administración, no son actos administrativos, en estricto sentido, puesto que no ponen fin a la actuación administrativa, en el sentido de que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto objeto de discusión, en el sentido de confirmarla, modificarla o revocarla...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo a lo expuesto en la jurisprudencia previamente transcrita, corresponde a la Sala verificar, si la causal de rechazo del recurso de reconsideración acogida por la DIAN en sede administrativa, tiene sustento legal o, si por el contrario, la misma desconoció el ordenamiento jurídico aduanero.

En vigencia del Decreto 2150⁵ de 1995 y antes de la expedición del Decreto 2685 de 1999, el H. Consejo de Estado sostenía la tesis de que la exigencia de la nota de presentación personal como requisito de procedibilidad del recurso de reconsideración en materia aduanera se tornaba ilegal. Al respecto, dijo⁶:

⁵ Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de agosto de 2007, Exp. 1998-02702-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón

“...el actor si cumplió con la presentación personal del recurso de reconsideración exigida en el artículo 8º antes transcrito, pues dicha norma no indica que debe surtirse ante la misma Administración, luego no cabe al intérprete hacer distinciones que el legislador no hizo y, por tanto, la presentación que del mencionado recurso se hizo ante notario público impedía a la DIAN rechazarlo, como equivocadamente lo hizo.

Además de lo anterior, le asiste razón también al fallador de primera instancia en cuanto consideró que la DIAN no tuvo en cuenta que el artículo 33 del Decreto 2150 de 1995 eliminó la exigencia de la presentación personal en los trámites ante la Administración Pública, con excepción de aquellas especialmente reguladas en los Códigos. aspecto sobre el cual esta Sección se pronunció en un caso similar al aquí controvertido:

“Sin embargo, si bien es cierto que el artículo 8º del Decreto 1800 de 1994 señala entre los requisitos del aludido recurso de reconsideración, el de su presentación personal, también lo es que la exigencia de la presentación personal en las actuaciones ante la Administración Pública, para la fecha en que se presentó el recurso (17 de diciembre de 1998), había sido suprimida mediante el artículo 33 del Decreto 2150 de 1995, dejando a salvo únicamente las presentaciones personales consagradas taxativamente en los códigos.

“Como quiera que el artículo 8º del Decreto 1800 de 1994, que consagraba el requisito que se echó de menos, es norma especial que regula un procedimiento administrativo y no es parte de código alguno, cabe entenderlo modificado en el sentido de la supresión de dicha presentación personal; y siendo ello así, la DIAN no podía rechazar, bajo el cuestionado argumento de la falta de la misma, el recurso de reconsideración interpuesto por el apoderado de la actora. Al haberlo hecho, incurrió en la violación de los artículos 7º y 8º del Decreto 1800 de 1994, modificado este último

en el sentido anotado, por el artículo 33 del Decreto 2150 de 1995, por cuanto sin justificación válida le impidió a aquélla hacer uso del referido recurso, y con ello infringió el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida de que el derecho al uso de tal mecanismo de impugnación es de la esencia del debido proceso en el asunto respectivo..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El mencionado artículo 33 del Decreto 2150 de 1995, sobre el tópico en discusión dispone:

"Artículo 33. Prohibición de presentaciones personales. Prohíbese la exigencia de la presentación personal en las actuaciones frente a la administración pública, salvo aquellas exigidas taxativamente en los códigos." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Tal preceptiva se encuentra respaldada por los principios orientadores de las actuaciones administrativas, en especial el de economía procesal, los cuales, se encuentran establecidos en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, que reza:

"Artículo 3o. Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Las disposiciones traídas a colación establecen claramente que en el desarrollo de las actuaciones surtidas ante los entes administrativos se encuentra proscrita la exigencia del requisito de nota de presentación personal, **salvo aquellas ocasiones en que el mismo ordenamiento jurídico lo exija de manera especial.**

Sea del caso resaltar, que con posterioridad a la expedición del Decreto 2150 de 1995, fue sancionado el Decreto 2685 de 1999⁷, el cual, en su artículo 516 determinó que la presentación del recurso de reconsideración ante la autoridad aduanera debe hacerse de forma personal y sobre ello debe quedar constancia; dicha normativa preceptúa:

“Artículo 516. Presentación del recurso de reconsideración. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 3329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso se puede presentar directamente por la persona contra la cual se expidió el acto administrativo que se impugna, o a través de apoderado especial.

*La presentación personal del recurso dentro del término previsto en el artículo 515 del presente decreto se podrá efectuar ante la autoridad aduanera a quien se dirige o ante juez o notario, con exhibición del documento de identidad del signatario y si es apoderado especial, de la correspondiente tarjeta profesional de abogado, **dejando constancia en todos los casos de la presentación personal del escrito.***

Cuando la presentación personal se efectúe ante juez o notario, el recurso de reconsideración deberá allegarse a la autoridad aduanera o remitirse a la misma a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada autorizado, dentro del término previsto en el artículo 515 del presente decreto.

⁷ Por el cual se modifica la legislación Aduanera

En el evento señalado en el inciso anterior, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del recurso la autoridad aduanera deberá remitirlo a la dependencia competente para fallarlo. En todo caso, los términos para decidir el recurso por parte de la dependencia competente comenzarán a correr a partir del día siguiente a la fecha de su recibo.”

(Subrayado y negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 517⁸ *ibídem*, plantea que el funcionario de la administración que recepcione el escrito contentivo del recurso deberá dejar constancia de la fecha de presentación y de los datos que identifiquen a quien lo interpone.

Luego de revisar las disposiciones traídas a cuento, para la Sala es claro, que el recurso de reconsideración interpuesto contra la decisión que decide de fondo el procedimiento sancionatorio aduanero, debe tener la respectiva nota de presentación personal, lo cual, no fue acreditado por la parte actora en el caso de marras.

Ahora, si bien el artículo 517 del Estatuto Aduanero establece que el funcionario que recibe el memorial del recurso de reconsideración debe dejar constancia de la fecha y datos de quien lo presenta, se tiene, que en el *sub judice* el escrito contentivo del recurso tiene registrado sólo la fecha y hora en que éste fue presentado, pero en ninguna parte reseña los datos personales de quien lo entregó en las dependencias de la autoridad aduanera, lo que permite inferir que el mismo no fue presentado personalmente por quien lo suscribe.

Por las anteriores razones, considera la Sala, que existiendo una normativa posterior y especial que regula lo concerniente a la interposición del recurso de reconsideración en materia aduanera, resultan inaplicables las disposiciones contenidas tanto en el Decreto 2150 de 1995, como en el Código Contencioso

⁸ Artículo 517 Constancia de presentación del recurso. *El funcionario que reciba el memorial del recurso, deberá dejar constancia escrita de la fecha de presentación y de los datos que identifiquen al recurrente y devolverá al interesado uno de los ejemplares con la referida constancia.* (Subrayado fuera de texto)

Administrativo en el caso concreto, atendiendo las voces de los numerales 1º y 2º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887⁹.

Sobre el tema objeto de discusión, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha precisado¹⁰:

“...la Sala considera pertinente atender el criterio interpretativo contenido en el artículo 5 [1] y [2] de la Ley 57 de 1887, donde se establece que las disposiciones relativas a un asunto especial prefieren a las que tengan carácter general y que cuando tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, prefiere la que se encuentra en el artículo posterior. El legislador reglamentó de manera especial dentro del Libro V del Estatuto Tributario, primero, el procedimiento para la determinación del impuesto, y posteriormente, el procedimiento aplicable a las devoluciones de saldos a favor: los artículos 705-1 y 854 del Estatuto Tributario reglamentan procedimientos distintos y, en consecuencia, no pueden, ni el contribuyente, ni la Administración, desatender la especialidad de tales normas para ampliar en su favor los plazos establecidos en ellas...”

(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, no le quedan dudas a esta colegiatura que efectivamente la parte actora no agotó la vía gubernativa, toda vez, que la causal de rechazo del recurso de reconsideración es legal, lo cual, equivale a considerar que el recurso no haya sido presentado. Esta conclusión obliga entonces a establecer si la referida omisión trae como resultado una decisión inhibitoria, como lo dispuso la juez de primera instancia.

⁹ Artículo 5º Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella. Si en los códigos que se adoptan se hallaren disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior, y si estuvieran en diversos códigos, preferirán por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 08 de septiembre de 2005, Exp. 13684 C.P. Hector J. Romero Díaz

Con relación a este punto, el H. Consejo de Estado ha hecho las siguientes reflexiones a través de sus pronunciamientos¹¹:

*“...El privilegio de la decisión previa o agotamiento de la vía gubernativa es uno de los presupuestos procesales de la acción que permite que el administrado pueda acudir ante la jurisdicción. En caso de que no se cumpla esa condición, el juez puede rechazar la demanda, o, en caso de que eso no hubiere sido posible, proferir un fallo inhibitorio atendiendo la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y, en consecuencia, puede abstenerse de emitir pronunciamiento de mérito sobre el fondo de las pretensiones”*¹².

En términos generales, el agotamiento de la vía gubernativa es un privilegio que el ordenamiento jurídico le concede a la administración y consiste en que, antes de que se la demande, se le debe dar la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones y argumentos de oposición a las decisiones adoptadas en los actos administrativos, para que pueda revisarlas y, según el caso, revocarlas, modificarlas o aclararlas. Es decir, para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción debe, previamente, haber presentado ante la administración los recursos que el legislador previó como obligatorios contra el acto que se pretenda demandar...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo a las disposiciones y jurisprudencia transcritas, el no agotamiento de la vía gubernativa, por ser ésta un presupuesto procesal indispensable para acudir ante ésta jurisdicción a demandar los actos proferidos por la administración, conlleva a que se profiera una decisión inhibitoria.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de junio de 2011, Exp. 16751, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹² El artículo 135 del C.C.A. prevé que la “demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio administrativo”.

Cartagena, mediante la cual, declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 30 de mayo de 2012, emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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


JORGE ELIÉCER FANDEÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-008-2010-00228-02.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0087
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: CARGA DIRECTA OTM S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2010-00116-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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. 1 -

Cartagena D.T. y C., cinco (05) de diciembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Carga Directa OTM S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-001-2010-00116-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2013, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Carga Directa OTM S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado 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 denominados Requerimiento Especial Aduanero 000143 de 05 de junio

de 2009, mediante el cual, el ente demandado propone imponerle una sanción por incurrir en infracción administrativa de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero; Resolución 001777 de 03 de septiembre de 2009, por medio de la cual, la entidad accionada le impone la sanción propuesta y, Resolución 002628 de 23 de diciembre de 2009, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos proferidos por la División de Gestión de Fiscalización, la División de Gestión de Liquidación y la División de Gestión Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que cumplió con todas las obligaciones a su cargo conforme a la Continuación de Viaje autorizada con el número 0610907M000955 de 02 de agosto de 2007, con número de aceptación 0600406M008833 de 15 de septiembre de 2006 y que no hay lugar a que se ordene hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento 61861385, otorgada por la Compañía Seguros del Estado S.A.

Por último, pide que a la sentencia se le dé cumplimiento dentro del término indicado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Mediante aceptación 0600406M008833 de 15 de septiembre de 2006, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena autorizó la operación de transporte multimodal contenida en la Continuación de Viaje 0606010837 de 13 de septiembre de 2006, para el traslado de un contenedor de 40 pies desde la ciudad de Cartagena hasta Medellín, en el vehículo identificado con placas TVA-262, con destino al Depósito Aduanero CONSIMEX S.A., de Medellín.

La sociedad actora recibió el contenedor debidamente cerrado con precinto de seguridad, el cual, fue entregado en el depósito aduanero de destino dentro del plazo autorizado en la continuación de viaje, en buen estado y con el precinto o sello de seguridad intacto.

Aduce, que la factura comercial del proveedor en el extranjero expresa una cantidad de mercancías que resulta ajena a la voluntad del transportador y, de acuerdo a esa información, éste último adelanta la solicitud de autorización de la continuación de viaje. Que en el expediente administrativo se encuentra acreditado que el contrato de transporte fue pactado en términos FCL/FCL, por tanto, el proveedor es quien asume los errores de envío.

La División de Fiscalización Aduanera formuló Requerimiento Especial Aduanero 000143 de 05 de junio de 2009 a la sociedad demandante, por considerar que incurrió en infracción aduanera por hacer entrega de la mercancía con menos cantidad de la recibida para transportar, proponiendo sancionarla con una multa de veintiocho millones quinientos sesenta mil pesos M/Cte (\$28.560.000,00).

Con Resolución 001777 de 03 de septiembre de 2009, la División de Gestión de Liquidación de Aduanas resolvió sancionar a la sociedad demandante en el sentido que fue propuesto por la dependencia de fiscalización. Dicha decisión fue objeto de recurso de reconsideración, el cual, fue desatado por la accionada a través de la Resolución 002628 de 23 de diciembre de 2009, confirmando en todas sus partes el acto recurrido.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, afirma que el contenedor entregado para su transporte salió del puerto sin desconsolidar y las mercancías en el mismo contenidas, se encontraban destinadas para un único importador y, por supuesto, a través de un único depósito habilitado por la administración de aduanas, lo que descarta la pluralidad de consignatarios. Por consiguiente el contenedor se considera

como bulto, de acuerdo a lo señalado en la Circular 0188 de 26 de julio de 2000.

Explica, que de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión 331 de 1993, incluyó en el texto impreso del Documento Andino de Transporte Multimodal 2302, en su casilla 14 denominada "Descripción de los bienes", una indicación en contrario del siguiente contexto: "*De conformidad con la declaración del expedidor*". En dicho documento se relacionó en la casilla 5, la Continuación de Viaje autorizada 0600406M008833 del 15 de septiembre de 2006.

Considera, que la Póliza de Cumplimiento 61861385 de Seguros del Estado S.A., por su naturaleza corresponde a los seguros de daños, lo que implica la protección frente a un perjuicio patrimonial al ocurrir el riesgo asegurado, pero el sólo incumplimiento no constituye por sí mismo un siniestro, pues debe generarse también el perjuicio efectivo.

Discute el hecho de que le hayan impuesto una sanción con base en lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, toda vez, que la misma no se encuentra establecida de manera expresa para su aplicación por el presunto incumplimiento a la operación de transporte multimodal autorizada. Además, señala que no se indican las normas que legalmente facultan a la administración para la imposición de una sanción por infracciones a las obligaciones derivadas de las operaciones de transporte multimodal, en razón a que por analogía o remisión no puede darse su aplicación a las continuaciones de viaje o transporte multimodal, puesto que sin texto legal, claro y preciso no puede existir sanción.

Anota, que la administración aduanera no se sujetó a los términos impuestos en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, operando la caducidad para la formulación del requerimiento especial aduanero, no obstante también tener conocimiento oportuno desde la fecha de entrega de las mercancías en el depósito de destino, efectuándose la formulación de dicho requerimiento

después de transcurridos treinta y tres (33) meses de establecida la presunta infracción.

Concluye, que como consecuencia de lo anterior, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 519 *ibídem*, entendiéndose que el procedimiento adelantado ha sido fallado a favor del demandante, pues el término previsto es perentorio y su incumplimiento da lugar al silencio administrativo positivo y, de igual manera, afirma que al no haber sido resuelto el recurso de reconsideración dentro del término legal, operó el fenómeno de la caducidad de la acción administrativa sancionatoria.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena con auto del 11 de junio de 2010 (fl.84), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Administrador Especial de Aduanas de la ciudad de Cartagena (fl.94) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista la entidad accionada presentó contestación de la demanda (fls.249 – 272), esbozando que está demostrado que cuando la mercancía llegó a la aduana de destino se detectó que la cantidad que arribó es menor a la autorizada, puesto que se recibieron ochocientos once (811) cajas y fueron despachadas ochocientos treinta y dos (832).

Refuta la supuesta configuración del silencio administrativo positivo, sustentada en que el término para efectos de expedir el requerimiento especial aduanero no fue incluido en la legislación aduanera como perentorio, como si fue incluido el término para proferir los actos de fondo. Que dicho requerimiento no es un acto que decide de fondo el asunto que corresponda, razón por la cual, aún cuando hayan transcurrido más de treinta (30) días después de haber sido establecida la presunta comisión de una infracción

administrativa o surtidos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de la mercancía, sin perjuicio de las investigaciones disciplinarias a que haya lugar, la administración debe formularlo.

Señala, que conforme a la legislación aduanera el fenómeno de la caducidad de la acción opera en un término de tres (3) años, contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutiva de la infracción aduanera. Que en este caso el hecho que originó la sanción es la llegada de la mercancía objeto de la continuación de viaje autorizada con menos cantidad del consignado en la declaración de tránsito aduanero.

Manifiesta que el hecho sancionado se cometió en el mes de septiembre de 2006, por tanto, a partir de allí contaba con tres (3) años para expedir el acto; el requerimiento especial aduanero fue profetido el 05 de junio de 2004 y la sanción fue proferida por la entidad demandada con Resolución 001777 de 03 de septiembre de 2009, es decir, que no operó el fenómeno de la caducidad de la acción sancionatoria administrativa.

Por otro lado, aduce que cuando la Circular 0188 de 2000 y el Concepto 016 de 19 de enero de 2001 hacen referencia a las inconsistencias que se presentan, se refiere al momento de arribo de la mercancía y no cuando esta llega a su destino, por lo tanto, serían inaplicables al caso concreto, ya que las inconsistencias fueron detectadas al momento de recibo de las mercancías.

Asimismo, esgrime que la mercancía se encuentra amparada en un solo documento de transporte a nombre de varios consignatarios, de lo que se desprende que se incumplen las condiciones para que el contenedor pueda ser considerado como bulto.

Formuló la excepción de *"Inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio"*, fundada en que los actos acusados tienen interés para la Sociedad Carga Directa O.T.M. S.A. y para las Compañías Seguros del Estado

S.A. y Segurexpo de Colombia S.A., las cuales, expedieron la póliza que garantizaba a la DIAN la entrega de la mercancía transportada y el pago de los tributos aduaneros y demás obligaciones a cargo de la demandante en la ejecución del tránsito, por lo que debió ser vinculada al proceso a fin de que hiciera valer sus derechos.

Seguidamente, el juzgado ordenó la citación de las compañías aseguradoras mencionadas, a través de providencia fechada el 20 de mayo de 2011 (fl.424).

Luego, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8377 de 2011, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el proceso fue reasignado al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fl.434). Dicho juzgado, con proveído adiado el 31 de octubre de 2012 (fls.435 – 437), dejó sin efectos el auto que ordenó la citación de las compañías aseguradoras.

Mediante auto de fecha 13 de junio de 2008 (fl.438), el juzgado prescindió del periodo probatorio y, en la misma providencia, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en su defensa (fls.439 – 448); la parte actora no presentó alegatos en dicha oportunidad. El Ministerio Público guardó silencio.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.455 - 479)

En la sentencia de primera instancia el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, despacha desfavorablemente la excepción propuesta por la entidad demandada y, acto seguido, señala que después de verificar y analizar la totalidad del acervo probatorio allegado al expediente, no se observa

soporte alguno que dé fe de la existencia de la supuesta fuerza mayor o caso fortuito alegado en el libelo introductorio y, por el contrario, si existe certeza sobre la cantidad de mercancía que real y materialmente llegó al depósito de destino, tal como lo demuestra el Bill of Lading PAMIT0601466 de 19 de septiembre de 2006 y demás documentos de transporte que amparan la importación de la mercancía, en los que se señala como cantidad disponible de la misma ochocientos once (811) bultos.

Por otro lado, plantea que el hecho de que los precintos hayan llegado a la aduana de destino intactos, no es suficiente para eximir de responsabilidad a la sociedad demandante.

Concluye diciendo, que por no ser el requerimiento especial aduanero un acto definitivo susceptible de ser enjuiciado, la demanda respecto del mismo es inepta.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.481 – 487)

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

En primer lugar, expresa que el *a quo* afirma que se encuentra acreditado un faltante, que incluso no sabe explicar ni como se presentó u ocurrió, dejando de tener en cuenta que la carga no fue inventariada en la aduana de partida, puesto que el contenedor sólo fue sometido a reconocimiento externo sin que le fuera retirado el precinto o sello de seguridad impuesto desde el país de origen.

A su juicio, resulta inexplicable que el fallo de primera instancia desconozca por completo las condiciones e incluso la regulación del contrato de transporte multimodal, ya que las mismas fueron pactadas en términos de venta

FCL/FCL, según los cuales, el proveedor o expedidor en el puerto de origen tiene la responsabilidad de cargar y embarcar las mercancías, por lo que resulta completamente ajena al operador de transporte multimodal la labor de cargue, toda vez, que a éste se le hace entrega de un contenedor cerrado y sellado.

Alega, que la unidad de carga entregada para el transporte salió del Puerto de Cartagena sin desconsolidar y las mercancías se encontraban destinadas para un único importador y, por supuesto, debían entregarse a través de un único depósito habilitado por la administración de aduanas, lo que descarta la pluralidad de consignatarios, por consiguiente, a la luz del Estatuto Aduanero el contenedor debe ser considerado como bulto.

Reitera, que el artículo 5° de la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, hoy Comunidad Andina de Naciones, debe aplicarse con preferencia a las normas aduaneras por su supremacía, entendiendo que el transportador se encargó de la movilización de una unidad de carga (contenedor) y no de las mercancías por su descripción o cantidad.

Finalmente, insiste en que en este caso la DIAN violó el principio de legalidad al imponer una sanción con base en la presunta comisión de una infracción que no se encuentra tipificada para este tipo de usuarios aduaneros, sino para el transportador subcontratado, recurriendo por analogía a conductas no descritas como infracción en las que puede incurrir el operador de transporte multimodal.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 24 de junio de 2013 (fl.488).

Por medio de proveído de 04 de septiembre de 2013 (fl.492), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 07 de octubre de 2013 (fl.494), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.495 – 497); la parte demandante no presentó alegatos en esta instancia. El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA.

Antes de entrar a realizar el estudio de fondo del presente asunto, debe poner de manifiesto el ponente, que si bien es cierto en casos similares al *sub judice* venía aplicando el criterio concerniente a la necesidad de vincular a las compañías aseguradoras cuando los actos demandados ordenan la efectividad de la póliza de garantía, en esta oportunidad rectifica su criterio con base en los pronunciamientos que sobre la materia ha expuesto el Consejo de Estado, en los que ha precisado¹:

“...en relación con el litis consorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litis consorcio cuasinecesario.”

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp 20810, C P Ruth Stella Correa Palacio.

Esta especie o modalidad de litis consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litis consorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos.

(...)

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un litis consorcio facultativo, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del litis consorcio cuasinecesario, teniendo en cuenta que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.

Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos...”

Valga anotar, que no obstante la jurisprudencia en cita se refiere a un caso de contratación estatal, las consideraciones que desarrolla hacen alusión a las situaciones que de manera general involucren una obligación de un particular frente a una entidad estatal que se encuentre amparada con una póliza de garantía, razón por la cual, tales argumentos se hacen extensivos a casos como el *sub examine*, concluyendo que no resulta obligatorio la comparecencia de la compañía aseguradora para poder proferir sentencia de mérito.

PROBLEMAS JURÍDICOS.

¿Resulta inaplicable a los operadores de transporte multimodal el régimen sancionatorio previsto para los transportadores en las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero?

¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos, resolviendo uno a uno los problemas jurídicos planteados:

- **¿Resulta inaplicable a los operadores de transporte multimodal el régimen sancionatorio previsto para los transportadores en las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero?**

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de

transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibidem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía... (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todo los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...”

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...”

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana

de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, para la época de ocurrencia de los hechos, establecía:

“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...”

...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:

3.1 Gravísimas...

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero... (Subrayado fuera de texto)

Conviene igualmente citar el contenido de la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, hoy Comunidad Andina de Naciones, en cuanto a la responsabilidad del operador de transporte multimodal, la cual, dispone:

“Artículo 6.- La responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal por las mercancías abarca el período comprendido desde el momento en que toma las mercancías bajo su custodia hasta el momento que las entrega.

Artículo 7.- El Operador de Transporte Multimodal será responsable de las acciones y omisiones de sus empleados o agentes en el ejercicio de sus funciones, o de las de cualquier otra persona a cuyos servicios recurra para el cumplimiento del contrato, como si esas acciones u omisiones fuesen propias.

(...)

Artículo 9.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 11 y 13 a 19 de la presente Decisión, el Operador de Transporte Multimodal será responsable de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en su entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia, en los términos del artículo 6, a menos que pruebe que no medió culpa o negligencia de su parte, ni de parte de sus empleados, agentes o cualquiera otra de las personas señaladas en el artículo 7, para ocasionar la pérdida, el daño o el retraso, o contribuir a ello.” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, es del caso atender las voces del artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000², que acerca de la efectividad de las garantías que respaldan las obligaciones de los intervinientes en las operaciones aduaneras, estatuye:

“Artículo 531. Efectividad de garantías cuyo pago se ordena en un proceso administrativo sancionatorio. En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una Liquidación Oficial, se ordenará hacer efectiva la garantía, si a ello hubiere lugar y se notificará a la entidad garante.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

² Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

Aunado a ello, se tiene, que las disposiciones en cita, son suficientes para desvirtuar el argumento expuesto en la sentencia apelada, referente a que la autoridad aduanera está haciendo una aplicación extensiva a los operadores de transporte multimodal de la sanción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

En primer lugar, porque el mismo artículo 372 de dicho compendio normativo, que describe las responsabilidades del operador de transporte multimodal, señala claramente que entre ellas se cuenta el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, situación que sin lugar a dudas permite inferir que el traslado de la mercancía de la aduana de partida a la aduana de destino corresponde realizarlo a dichos operadores.

En segundo lugar, porque el artículo 374 *ibidem*, dispone expresamente que el transporte de la mercancía en esta modalidad debe realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador, dejando abierta la posibilidad de subcontratar a una empresa transportadora para que le preste este servicio, sin que ello dé lugar a la exoneración de cualquier responsabilidad por la pérdida de la mercancía durante el recorrido entre la aduana de partida y la de destino.

Y en tercer lugar, porque es el mismo ordenamiento jurídico aduanero el que permite aplicar todas las disposiciones concernientes al régimen de tránsito

aduanero a los operadores de transporte multimodal, entre las que figuran las sanciones que se pueden imponer a los transportadores en virtud del incumplimiento del referido régimen.

Advierte la Sala, que los preceptos nacionales y supranacionales transcritos, confluyen en establecer de forma clara que el operador de transporte multimodal tiene las mismas obligaciones correspondientes a quienes se encuentran bajo el régimen de tránsito aduanero, es decir, es responsable tanto de la entrega de las mercancías en la aduana de destino como de la entrega de los documentos que la respaldan dentro del término señalado por la DIAN.

Esto último es necesario, no para el lleno de un mero formalismo, sino porque le permite a la anotada entidad tener certeza respecto del cumplimiento de la responsabilidad que le compete a cada uno de los obligados aduaneros, incluidos los operadores de transporte multimodal, para así establecer la ocurrencia de la infracción aduanera y la sanción a imponer.

En este orden de ideas, se puede afirmar, que la normativa andina no contraría de manera alguna las disposiciones dadas por el Estatuto Aduanero en cuanto al procedimiento administrativo que debe cumplirse para imponer sanción por la comisión de una infracción administrativa aduanera.

Por las anteriores razones, se tiene, que este cargo de la apelación no tiene vocación alguna de prosperar.

- **¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?**

Como fue explicado precedentemente, el régimen aduanero bajo estudio culmina, entre otras situaciones, por la entrega de la mercancía con menos peso, tratándose de mercancía a granel, o cantidad de la descrita en la declaración de tránsito aduanero, es decir, con el incumplimiento del operador de transporte multimodal.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la conducta sancionable que se le endilga o, si por el contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.103: Continuación de Viaje 0600406M008833 de 15 de septiembre de 2006 con número de aceptación 0606010837 de 13 de septiembre de 2006, en la que consta que la mercancía sometida a dicha modalidad consta de ochocientas treinta y dos (832) cajas, con un peso bruto de 8.900 kg.

-fl.104: Documento Andino de Transporte Multimodal 2302, en el que se registra a la mercancía importada como un (1) sólo bulto, con un peso de 8.900 kg, consignada a Almacenes Flamingo-UAP577 y al Depósito Aduanero CONSIMEX S.A.

-fl.105: Documento de Transporte Bill of Lading PAMIT0601466, en el que se registra que la mercancía objeto de controversia consta de ochocientas treinta y dos (832) cajas, consignada a Carga Directa OTM S.A., Depósito Aduanero CONSIMEX S.A. y Medellín Mercancía en OTM.

-fl.108: Planilla de Recepción 112006000012060 de 19 de septiembre de 2006, en la que se reseña que la mercancía objeto de discusión arribó a la

aduana de destino con ochocientos once (811) piezas y un peso de 8.898 kg, resaltando que en los demás documentos de transporte se registra un total de ochocientos treinta y dos (832) piezas.

-fl.110: Certificado de peso expedido por el Depósito CONSIMEX S.A., de fecha 18 de septiembre de 2006, en el que se deja anotado que la mercancía en cuestión arribó con ochocientos once (811) piezas y un peso de 8.898 kg.

-fl.119: Acta de Inconsistencia en Depósito 120 de 19 de septiembre de 2006, suscrita por el Depósito Habilitado CONSIMEX S.A., en la ciudad de Medellín, en la que se deja anotado que la mercancía arribó con una cantidad de ochocientos once (811) cajas y un peso de 8.898 kg.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia registrada en la Continuación de Viaje 0600406M008833 de 15 de septiembre de 2006 con número de aceptación 0606010837 de 13 de septiembre de 2006, constaba de ochocientos treinta y dos (832) cajas, con un peso bruto de 8.900 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Documento de Transporte Bill of Lading PAMIT0601466 y en el Documento Andino de Transporte Multimodal 2302, lo que permite inferir a esta Sala que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por ochocientos treinta y dos (832) cajas.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Carga Directa OTM S.A., pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menos cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, lo que evidencia la existencia de inconsistencias entre los datos consignados en la continuación de viaje y demás documentos de transporte y la mercancía

recibida, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por la parte recurrente, se debe precisar que el hecho de que los precintos con los cuales fue sellado el contenedor en el que se embaló la mercancía para ser transportada, hayan llegado en buen estado, no indica que el operador de transporte multimodal se encuentre exonerado de la responsabilidad derivada del faltante de bultos que se registró y comprobó en la aduana de destino, puesto que lo primero constituye una obligación adicional a la de entregar la mercancía en las mismas condiciones a las recibidas, cuyo incumplimiento da origen a una sanción diferente a la analizada en el asunto de marras.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones³:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002⁴, 22 de abril de 2004⁵ y 2 de marzo de 2006⁶ y, al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala:

«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al arribar la mercancía a la ciudad de Medellín, que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9.330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 1027 del C. de Co. establece que “Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 02 de diciembre de 2010, Exp. 2003-00302-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁴ Expediente 7165 M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁵ Expediente 7791 M.P. Dr. Camilo Arcamegas Andrade.

⁶ Expediente 8471 M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Marielo.

unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe”, no lo es menos que el artículo 3 del Decreto 1909 de 1992 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía e, igualmente, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

De manera que no se puede exonerar de responsabilidad a las empresas de transporte respecto de la determinación del peso de la mercancía que transportan, pues, dentro del giro de la actividad que realizan, deben constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso de la mercancía, ya que se trata de mercancía sin nacionalizar; el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no exonera de responsabilidad aduanera porque no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la transporta sino por la omisión de verificar el peso de la mercancía que se compromete a entregar a la aduana de destino.

La Sala ya se había pronunciado sobre el tema aquí tratado de la siguiente manera:⁷

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto.

Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige

⁷ Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002, Magistrada Ponente, doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida.

*Tanto es así, que la Declaración de Tránsito Aduanero ostenta el mismo valor del manifiesto de carga. Si bien es cierto que en el caso de éste último es la empresa transportadora quien expide el documento y, por ende, es responsable de la veracidad del contenido del mismo, aunque en el caso en estudio no fue la actora quien elaboró y presentó ante las autoridades aduaneras la Declaración, no por ello puede eximirse de responsabilidad frente a la contravención aduanera que se le imputa...»
(negrilla fuera de texto)*

Para la Sala, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en esta última.

La actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante habida cuenta de que realizó el tránsito aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, sin inventariar y con el peso que figuró en Cartagena.

Para la Sala no es válido el argumento expuesto por la actora, pues fue precisamente esta la omisión que acarreó la sanción. Como quedó visto, para que la actora en su calidad de transportadora pudiera exonerarse de responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba con que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la Aduana de Partida (Cartagena). Era indispensable poner en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento, la diferencia advertida y que en la DTA se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.” (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora de entregar la mercancía completa conforme la recibió en la aduana de partida, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Por otro lado, debe precisarse que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que en los actos demandados se desconoció la doctrina de la DIAN referente a que la mercancía transportada en un solo contenedor es considerada como un bulto, sustentada en el contenido de la Circular 0188 de 2000, expedida por la DIAN.

Frente a ello se debe precisar, que si bien es cierto en ella se establece que “...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...”, no lo es menos que el alcance que se le dio a dicho concepto se limita precisamente a esa actuación, esto es,

al informe de inconsistencias previsto en el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, pero no puede hacerse extensivo a la concepción de bulto prevista en el régimen sancionatorio aduanero, específicamente para las situaciones enlistadas en el artículo 497 *ibídem*, atendiendo el postulado del artículo 27⁸ del Código Civil.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que cuando la importación de una mercancía está soportada en documentos de transporte dirigidos a varios consignatarios dicha postura no es aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, vigente al momento de ocurrencia de los hechos que dieron origen a los actos censurados (antes de la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 2101 de 2008), que es del siguiente tenor:

“Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina...”

...BULTO. Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al revisar la documentación aportada al expediente de la referencia, se puede verificar, que en el Documento Andino de Transporte Multimodal 2302 (fl.104), se señala claramente en la casilla 3 que la mercancía va consignada a orden de Almacenes Flamingo-UAP577 y Depósito Aduanero CONSIMEX S.A., lo que pone de relieve que está dirigida a más de un consignatario. De igual manera, en la casilla 3 del Documento de Viaje B/L PAMIT0601466 (fl.105), se encuentra registrado que la mercancía está a nombre de Carga Directa OTM S.A., Depósito Aduanero CONSIMEX S.A. y Medellín Mercancía en OTM, lo cual, ratifica lo antes dicho.

⁸ Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu

En ese orden de ideas, se colige, que el contenedor donde se transportaba la mercancía objeto de controversia no puede ser considerado como un bulto, puesto que no reúne los requisitos legales establecidos en la disposición en comento.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la omisión en que incurrió el operador de transporte multimodal en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de ochocientas treinta y dos (832) cajas y no de ochocientas once (811) tal como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

Finalmente, se considera, que si bien el artículo 1027 del Código de Comercio establece que cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe, también es cierto que el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999 preceptúa que los contenedores dirigidos a varios consignatarios no pueden ser considerados como un solo bulto, tal como ocurrió en el asunto de marras.

Además, la Sala es del criterio, que las condiciones contractuales privadas que tienen que ver con la modalidad bajo la cual se celebra el contrato de transporte con el importador, no son oponibles a la autoridad aduanera en el ejercicio de su potestad de control sobre las operaciones aduaneras en el país, ya que se trata de una actividad legalmente regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, como quedó explicado suficientemente en párrafos anteriores.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 26 de abril de 2013 emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Carga Directa OTM S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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


JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-001-2010-00116-02.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0088
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: INVERSIONES SANCHEZ SABAGH LTDA
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2009-00362-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	NUEVE (09) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 13-001-33-31-003-2009-00362-01
Accionante: Inversiones Sánchez Sabagh Ltda.
Demandado: Distrito de Cartagena

Procede la Sala a resolver la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2013, formulada por la parte accionante.

I. ANTECEDENTES.

1. La sociedad Inversiones Sánchez Sabagh Ltda., en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento, solicitó la nulitación de las Resoluciones 00183 de 27 de mayo de 2009 y 00658 de 31 de agosto de 2009 proferidas por la Tesorería Distrital de Cartagena, mediante las cuales se declararon no probadas las excepciones de mérito presentadas por la parte ejecutada frente al mandamiento de pago 40165 de 9 de febrero de 2009 librado en su contra en el marco del proceso de cobro coactivo 16511 seguido por esa dependencia contra la demandante.

Luego de surtido el trámite de la instancia, esta Sala emitió fallo el 26 de septiembre de 2013 (fls. 394-413), por virtud del cual declaró la nulidad parcial de los actos demandados, en cuanto a la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción parcial formulada por Inversiones

Sánchez Sabagh Ltda. frente al mandamiento de pago 40165 de 9 de febrero de 2009 y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenó al distrito: (i) declarar probada la excepción de prescripción respecto del porcentaje de sesenta por ciento (60%) del impuesto predial y de la sobretasa ambiental causados en los años 2000 y 2001 a cargo de Inversiones Sánchez Sabagh Ltda.; (ii) disponer que respecto de la sociedad aludida, sólo continuaría la ejecución coactiva por el sesenta por ciento (60%) de las sumas contenidas en la Resolución 109825 de 2008 expedida por la Tesorería de Cartagena, *más los intereses que se generen sobre tal fracción de esa suma de capital hasta que se produzca su pago total*; (iii) devolver a la accionante, de las sumas que le fueron embargadas, el sesenta por ciento (60%) del valor del impuesto predial y de la sobretasa ambiental causados en los años 2000 y 2001 y, (iv) reconocer y pagarle a la libelista el interés legal del seis por ciento (6%) sobre las sumas embargadas cuya devolución se ordena.

2. Mediante escrito que reposa a folios 415 y 416 del cuaderno principal, la parte demandante solicitó, en forma oportuna, que se aclare la sentencia proferida por esta Corporación, pues estiman que no fueron debidamente esclarecidos los siguientes puntos:

- Desde qué fecha se van a cobrar los intereses sobre el sesenta por ciento (60%) de las sumas de capital contenidas en la Resolución 109825 de 2008 expedida por la Tesorería de Cartagena, respecto de las cuales se ordenó continuar la ejecución.
- Qué tasa y tipo de interés se cobrará sobre esas sumas de capital.

Para resolver esta solicitud basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el *sub judice* por virtud de la remisión genérica contenida en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, la aclaración de una sentencia procede cuando la misma contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.

Analizada a la luz del precepto en cita la situación puesta de presente por la parte actora, se advierte que encaja dentro de la premisa fáctica normativa, ya que, efectivamente, en el acápite 2.2. del numeral Segundo de la parte resolutive del fallo en reseña, se dispuso que continuaría la ejecución coactiva por el sesenta por ciento (60%) de las sumas contenidas en la Resolución 109825 de 2008 expedida por la Tesorería de Cartagena más los intereses que se generen sobre tal fracción de esa suma de capital hasta que se produzca su pago total, pero sin especificar en forma diáfana la categoría y tasa del interés a aplicar ni a partir de cuándo se generaría.

Bajo estos supuestos se advierte que la determinación adoptada en el numeral aludido de la parte resolutive de la sentencia genera incertidumbre y dudas, por lo que los ítems en cuestión deben ser clarificados, de conformidad con el remedio previsto en el artículo 309 del Estatuto Procedimental Civil.

Para tal fin, sea lo primero destacar que mediante los actos administrativos demandados se resolvieron las excepciones de falta de ejecutoriedad del título, falta de título ejecutivo y prescripción parcial de algunas obligaciones formuladas por Inversiones Sánchez Ltda. contra el mandamiento de pago 40165 de 2009 librado por el distrito en su contra, por virtud del cual se le

ordenó el pago de las obligaciones contenidas en las siguientes dos (2) resoluciones:

- a) Resolución 3220 de 2004, representativa de las sumas adeudadas por concepto de las vigencias del impuesto predial unificado y de la sobretasa ambiental de los años 2000 y 2001 causados sobre el inmueble distinguido con la referencia catastral 01-01-057-007-000.
- b) Resolución 109825 de 2008, representativa de las sumas adeudadas por concepto de las vigencias del impuesto predial unificado y de la sobretasa ambiental de los años 2003 a 2007 causados sobre el inmueble distinguido con la referencia catastral 01-01-057-007-000.

Como quedó dicho, mediante el fallo proferido dentro del *sub judice* se declaró la nulidad *parcial* de los actos demandados, sólo en cuanto a desestimaron la excepción de prescripción de las obligaciones tributarias causadas en 2000 y 2001, contenidas en la Resolución 3220 de 2004.

Así pues, se mantuvo incólume el mandamiento de pago en lo tocante al impuesto predial y a la sobretasa ambiental causadas desde el 2003 y hasta el 2007, representadas en la Resolución 109825 de 2008.

Por tal motivo y en razón a que Inversiones Sánchez Sabagh Ltda. es propietaria del sesenta por ciento (60%) del bien gravado, en el fallo en cuestión se ordenó al distrito seguir la ejecución contra esa sociedad respecto del sesenta por ciento (60%) de las obligaciones tributarias contenidas en la Resolución 109825 de 2008, determinadas en la orden de apremio.

Desde esta perspectiva, se puntualiza que sobre el porcentaje de la obligación tributaria respecto del cual se ordenó continuar la ejecución frente a la sociedad demandante y que fue determinada en el mandamiento ejecutivo, se aplicarán

los intereses en la forma y desde la fecha determinados en éste último, donde se señaló expresamente que se cobrarían, además del capital adeudado, *“los intereses moratorios que se causen desde cuando se hizo exigible cada obligación y hasta cuando se cancelen conforme lo disponen los artículos 634, 635 y 867-1 del Estatuto Tributario Nacional”*.

No sobra destacar que la anterior determinación adoptada por la entidad ejecutante se acompasa plenamente con las disposiciones que regulan la materia en el procedimiento tributario nacional y que son aplicables en virtud de lo establecido en el artículo 66 de la Ley 383 de 1997, que señaló que los municipios y distritos deben ceñirse a los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional en el trámite de cobro coactivo de los impuestos administrados por ellos

Debe aclararse, eso sí, que los intereses moratorios a cargo de Inversiones Sánchez Sabagh Ltda. se suspenderán desde el 12 de marzo de 2012 (fecha en que se cumplen dos años contados a partir de la admisión de la demanda efectuada el 12 de marzo de 2010; fl. 40, cdno. 1 ppal.) y hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia proferida dentro del presente asunto, ello, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 634-1 *ibidem*, que reza:

“Después de dos años contados a partir de la fecha de admisión de la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, se suspenderán los intereses moratorios a cargo del contribuyente hasta la fecha en que quede ejecutoriada la providencia definitiva.”

Igualmente, se precisa que la tasa de interés moratorio aplicable será la establecida en el artículo 635 *ibidem*, según su texto vigente al momento en que fue librado el mandamiento ejecutivo 40165 de 9 de febrero de 2009, que seguidamente se transcribe:

“ARTÍCULO 635. <Modificado por el artículo 12 de la Ley 1066 de 2006> Para efectos tributarios y frente a obligaciones cuyo vencimiento legal sea a

partir del 1o de enero de 2006, la tasa de interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

Las obligaciones con vencimiento anterior al 1o de enero de 2006 y que se encuentren pendientes de pago a 31 de diciembre de 2005, deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa vigente el 31 de diciembre de 2005 por el tiempo de mora transcurrido hasta este día, sin perjuicio de los intereses que se generen a partir de esa fecha a la tasa y condiciones establecidas en el inciso anterior.

PARÁGRAFO. Lo previsto en este artículo y en el artículo 867-1 tendrá efectos en relación con los impuestos nacionales, departamentales, municipales y distritales.”

Puestas de este modo las cosas, se accederá a la petición de la parte demandante y se aclarará el acápite 2.2. del numeral Segundo de la parte resolutive del fallo de 26 de septiembre de 2013, en el sentido de indicar que sobre el porcentaje de capital respecto del cual se continuará la ejecución contra Inversiones Sánchez Sabagh Ltda., se aplicarán intereses moratorios desde cuando se hizo exigible cada una de las obligaciones tributarias ejecutadas y hasta cuando se cancelen, exceptuando el período transcurrido desde el doce (12) de marzo de dos mil doce (2012) y hasta el día en que cobre ejecutoria la sentencia aclarada, pues durante dicho lapso se suspenderá la causación de dichos intereses. Así mismo se aclara que frente las obligaciones ejecutadas cuyo vencimiento legal se produjo a partir del 1o de enero de 2006, se aplicará la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora, mientras que para las obligaciones adeudadas que vencieron antes del 1o de enero de 2006, se pagarán intereses moratorios a la tasa vigente el 31 de diciembre de 2005 por el tiempo de mora transcurrido hasta este día, sin perjuicio de los intereses que se generen a partir de esa fecha y que corresponderán a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

ACLARAR el acápite 2.2. del numeral Segundo de la parte resolutive del fallo de 26 de septiembre de 2013, en el sentido de indicar que sobre el porcentaje de capital respecto del cual se continuará la ejecución contra Inversiones Sánchez Sabagh Ltda., se aplicarán intereses moratorios desde cuando se hizo exigible cada una de las obligaciones tributarias ejecutadas y hasta cuando se cancelen, exceptuando el período transcurrido desde el doce (12) de marzo de dos mil doce (2012) y hasta el día en que cobre ejecutoria la sentencia aclarada, lapso durante el cual se suspenderá la causación de dichos intereses, ello, en virtud de lo dispuesto en . Así mismo se aclara que frente las obligaciones ejecutadas cuyo vencimiento legal se produjo a partir del 1o de enero de 2006, se aplicará la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora, mientras que para las obligaciones adeudadas que vencieron antes del 1o de enero de 2006, se pagarán intereses moratorios a la tasa vigente el 31 de diciembre de 2005 por el tiempo de mora trascurrido hasta este día, sin perjuicio de los intereses que se generen a partir de esa fecha y que corresponderán a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARRALLO




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0089
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: EFRAIN GUILLERMO MARIOTE SOTO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL-FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2011-00124-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 de Indias D.T. y C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Efraín Guillermo Mariote Soto**
Demandado: **Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural-
Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles
Nacionales de Colombia**
Expediente: **13-001-33-31-001-2011-00124-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013) por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El señor Efraín Guillermo Mariote Soto, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 04780 de 19 de septiembre de 1990, proferida por el Instituto de Reforma Agraria-INCORA, mediante la cual se reconoció una pensión de jubilación al demandante y la nulidad de la Resolución 1718 de 9 de agosto de 2010 por medio de la cual el Fondo de Pasivos de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, negó la reliquidación de la pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el promedio del 75% de todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios.

Así mismo solicita se ordene liquidar y pagar las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido percibiendo y lo que se determine pagar en sentencia. Y que se ordene a la entidad demandada, a dar estricto cumplimiento a la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del C.C.A.

3. HECHOS

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Efraín Guillermo Mariote Soto fue pensionado por el Instituto de Reforma Agraria-INCORA, mediante Resolución 04780 de 19 de septiembre de 1990, sin tener en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Señala que laboró al servicio de la entidad demandada desde el 19 de enero de 1966 hasta el 2 de julio de 1990, para un tiempo de servicio de 24 años 5 meses y 14 días y que se encontraba inscrito en el escalafón de carrera administrativa.

Mediante escrito FPSR-2010-002485 del 25 de enero de 2010, solicitó al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia la reliquidación de su mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, la cual le fue negada mediante Resolución 1718 de 9 de agosto de 2010.

Señala encontrarse dentro del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que aduce tener derecho a que se le aplique el régimen anterior.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 26 de julio de 2011 (fl. 52), y se dispuso su fijación en lista, término dentro del cual se pronunciaron las demandadas:

Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que no era posible en virtud del principio de favorabilidad, desconocer el principio de inescindibilidad de la norma, aplicándolas de manera fraccionada.

Propuso como excepciones de su defensa las siguientes:

- Caducidad de la acción
- Prescripción
- Inexistencia de la obligación
- Cobro de lo no debido

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Por su parte, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y señaló que el INCORA liquidó correctamente la pensión de jubilación del actor al tener en cuenta los factores

sobre los cuales se efectuaron cotizaciones, respecto de la solicitud de actualización del ingreso base de liquidación, señaló que la Ley 33 de 1985 aplicable al actor no establece este tipo de actualizaciones. Así mismo propuso como excepciones las siguientes:

- Inepta demanda
- Falta de legitimación en la causa por pasiva
- Prescripción trienal
- Cobro de lo no debido y pago

Por medio de auto de 27 de enero de 2012 se dio apertura al periodo probatorio (fl. 106-107), y finalmente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión el 29 de junio de 2012 (fl. 134), término dentro del cual la entidad demandada ratificó los argumentos expuesto en la contestación (fls. 129-132); por su parte el demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia él *a quo* concedió las pretensiones de la demanda, basado en lo siguiente:

Consideró que el demandante se encuentra cobijado por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, según el cual la pensión de jubilación se liquidará sobre los factores percibidos durante el último año de servicio

Así mismo señaló con relación a los factores salariales a tener en cuenta que los mismos no son taxativos, de conformidad con lo expuesto jurisprudencialmente por el H. Consejo de Estado, por lo que habría lugar a tener en cuenta todos los factores percibidos en el último año de servicio sin distinción.

En cuanto a la indexación de la primera mesada negó dicha pretensión pues consideró estaba debidamente reconocida, por cuanto no había transcurrido un lapso amplio de tiempo entre la causación y su reconocimiento.

6. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuesto por las apelantes en calidad de demandadas, se contraen a los siguientes aspectos:

Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

Señaló que la bonificación por recreación no puede ser tenida en cuenta para la liquidación de la pensión del demandante toda vez que no constituye factor salarial, aduce que el Decreto 451 de 1984 dicta diferentes disposiciones en materia salarial para el personal que presta servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional. No obstante lo anterior, no puede desvirtuarse la naturaleza de la bonificación por recreación, esto es, su carácter de prestación social. Y es que su razón de ser no obedece a la remuneración directamente el servicio, sino a un auxilio adicional para vacaciones, característica propia, como ya se indicó, de una prestación social.

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Manifestó que el 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.

Se opuso a la reliquidación de la pensión del demandante, bajo el argumento de que al momento en que adquirió el status de pensionado, este se regía por el

artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en el cual se incluyen los factores salariales de carácter taxativo, de tal suerte que el reconocimiento y liquidación de los derechos de carácter prestaciones reconocidos al demandante deben ajustarse a lo previsto por el régimen aplicable correspondiente, toda vez que los factores salariales para la liquidación de las pensiones no puede ser distintos a los contemplados en la ley.

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en audiencia de 11 de abril de 2013 (fl.193-194) y admitido por esta corporación por medio de proveído de 12 de junio del mismo año (fl.205).

A través de auto de 9 de octubre de 2013 (fl.1525), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual la demandante solicitó fuera revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda; por su parte la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. EXCEPCIONES

Previa resolución del problema jurídico dentro del caso concreto, se procede a resolver la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

El Decreto 1292 de 2003 *“Por el cual se suprime el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora y se ordena su liquidación”*, señaló en su artículo

28, que las obligaciones de reconocimiento de pago de las pensiones de jubilación reconocidas y por reconocerse a cargo del Incora, pasarían a estar a cargo en cuenta al pago del Fopep y en cuenta al reconocimiento de Cajanal, así:

“ARTÍCULO 28. Reconocimiento de pensiones. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, o la entidad que haga sus veces, será la competente para reconocer las cuotas partes y las pensiones de los ex trabajadores del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, o de sus beneficiarios, a los cuales se refiere el artículo anterior. La misma entidad estará facultada para reconocer las pensiones de los ex trabajadores del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, que hayan cumplido con la totalidad de los requisitos legales para adquirir este derecho o a quienes habiendo cumplido el tiempo de servicio o cotización, cumplan la edad requerida para tener dicho derecho en los términos de las normas que les fueran aplicables.

El Incora en Liquidación, deberá seguir cumpliendo con el pago de pensiones mientras se surten los trámites pertinentes para que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, asuma dicha función. Así mismo, continuará reconociendo las pensiones y las cuotas partes que correspondían al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, hasta cuando la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, o la entidad que haga sus veces, reciba a satisfacción la información correspondiente.

Será responsabilidad del Incora en Liquidación, o en su lugar, del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el reporte de novedades de la nómina general de pensionados de conformidad con lo establecido en el contrato de administración del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, hasta cuando la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, o la entidad que haga sus veces, asuma el reconocimiento de las pensiones conforme a lo establecido en el presente artículo.”

La regulación anterior fue modificada parcialmente por el Decreto 4986 de 2007, el cual dispuso:

“ARTÍCULO 1º. 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.
(...)”*

*“ARTÍCULO 2º. 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, 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.
(...)”*

Vistos los preceptos anteriores, se advierte que el Decreto 4986 de 2007 fijó a cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia la obligación relativa a la administración de los recursos de la nómina que estaban a cargo del Incora en Liquidación, mientras que respecto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural señaló la obligación de cubrir el pago de los derechos pensionales cuando estos no pudieran ser cubiertos con los recursos provenientes del Incora.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que como quiera que no se encuentra acreditado que los recursos del extinto Incora son insuficientes para el pago de los derechos pensionales del demandante, no prospera la excepción propuesta, en consecuencia el Ministerio deberá respaldar las obligaciones conforme se desprenden de la ley.

Corolario de lo anterior, se desestimará la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

2. CUESTIÓN PREVIA

Antes del abordar el estudio del fondo del asunto, es necesario indicar que cuando se presenta solicitud pensional, la administración mediante acto administrativo puede reconocer o negar el derecho. Normalmente este acto es susceptible de los recursos gubernativos, si la administración confirma la decisión inicial en uno y otro recurso, es necesario demandar tanto el acto inicial como los actos proferidos con ocasión de los recursos, dentro del término de caducidad que establece la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, cuando un pensionado presenta nueva petición de reliquidación, para incluir factores pensionales, no es necesario demandar el acto de reconocimiento pensional que tiempo atrás se expidió, pues este acto es demandable cuando en su momento contra él se interponen recursos gubernativos. Pero si pasado cierto tiempo se presenta otra solicitud de reliquidación, solo debe acusarse el último de los actos, siempre y cuando no sea susceptible de los recursos gubernativos, porque en caso de proceder, deberá interponerlos, haciéndose necesario demandar, tanto el acto inicial como los actos proferidos con ocasión de los recursos. Al respecto el Consejo de Estado ha considerado:

“... que aunque se le hubiera efectuado el reconocimiento pensional definitivo al servidor público, mediante acto administrativo contra el cual no reclamó en vía gubernativa, el interesado bien puede posteriormente solicitar la que ha sido llamada “reliquidación pensional” que viene a ser una solicitud de “inclusión de factores” que no se tuvieron en cuenta en su debida oportunidad o que se tuvieron en cuenta en forma incorrecta según el pensamiento del empleado. En este caso sui-generis, frente al acto que resuelva esta clase de petición procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previa la demostración del agotamiento de la vía gubernativa. La situación excepcional ocurre cuando la administración omite señalar los recursos

procedentes en sede gubernativa contra el acto que se acusa en sede jurisdiccional y también puede entenderse cuando la administración impide su trámite con razones contrarias a derecho porque con ello se obstaculiza el cumplimiento real del requisito de la vía gubernativa y el ejercicio del derecho de defensa”.

En el presente caso, sólo es necesario demandar el acto que negó la solicitud de reliquidación elevada por el demandante, es decir la Resolución 1718 de 9 de agosto de 2010, sin que deba también, hacerse respecto del acto administrativo que reconoció la pensión como lo es la Resolución 04780 de 19 de septiembre de 1990, puesto, que con posterioridad a ésta y de manera independiente nació a la vida jurídica primer acto aludido.

Entonces, agotada la actuación administrativa encaminada a reliquidar la pensión de la parte actora, es improcedente pronunciarse sobre el acto de reconocimiento de la pensión contenido en la Resolución 1990, y por ello, la Sala se inhibirá de hacer un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad del mismo, por lo que en ese sentido revocará la sentencia de primera instancia.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación del señor Efraín Guillermo Mariote Soto, en cuantía del 75% de la asignación mensual devengada en el último año de servicio, teniendo en cuenta para su cálculo los factores de auxilio de localización y la bonificación de recreación, percibidos dentro del último año a su retiro definitivo, al estar amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Desarrollo del problema jurídico planteado

Para efectos de solucionar el problema jurídico planteado, resulta esencial revisar los hechos demostrados en el expediente. Del material que obra como prueba se

extrae la situación fáctica que rodeó el reconocimiento de la pensión de vejez de la parte actora así:

- El actor nació el 18 de marzo de 1931 y, laboró al servicio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. (fl. 29)
- Mediante Resolución 04780 de 19 de septiembre de 1990 (fls.29-30), se reconoció a la demandante pensión de jubilación teniendo en cuenta el salario básico, prima de noviembre de 1989 (proporcional), prima de mayo de 1990, prima de noviembre de 1990 (proporcional), prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación quinquenal (proporcional), auxilio de transporte, auxilio de alimentación, para lo cual tuvo en cuenta el tiempo de servicio comprendido entre el 3 de julio de 1989 y el 2 de julio de 1990.
- Mediante escrito FPSR-2010-002485 del 25 de enero de 2012 (fls.31-36), presentado ante el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, solicitó se reliquidará su pensión teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario percibidos en el último año de servicio.
- A través de Resolución 1718 de 09 de agosto de 2010, el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, negó la reliquidación de la pensión del señor Efraín Guillermo Mariote Soto, por la inclusión de todos los factores salariales. (fls. 37-48).
- El señor Efraín Guillermo Mariote Soto, laboró al servicio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria desde el 19 de enero de 1966 hasta el 2 de julio de 1990, según se desprende de certificado de servicios suscrito por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas. (fl. 112-113)

- Que mediante certificado de salarios, se deja constancia de cada uno de los factores salariales que devengó la parte demandante en el último año de servicios, esto es, entre el 3 de julio de 1989 y el 2 de julio de 1990. En el que se puede observar que el actor devengó, adicional al salario básico, prima de noviembre de 1989 (proporcional), prima de mayo de 1990, prima de noviembre de 1990 (proporcional), prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación quinquenal (proporcional), auxilio de transporte, auxilio de alimentación, los siguientes factores:

Bonificación por recreación

Auxilio de localización

Los motivos de inconformidad manifestados por el recurrente, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

Régimen de jubilación aplicable al demandante. Factores salariales aplicables.

En primer lugar es del caso aclarar las diferentes normas que rigen la pensión de jubilación, para funcionarios públicos.

Acorde con el nuevo sistema de seguridad social integral, contenido en la Ley 100 de 1993, se amparó a la población trabajadora a través de una serie de contingencias (vejez, invalidez y muerte, entre otras), mediante el reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, incluyendo tanto a los afiliados como a sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a contrarrestar las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 trajo consigo un régimen de transición, que, debe entenderse como un beneficio de rango legal establecido a favor de las personas que bajo el cumplimiento de determinados requisitos (edad,

tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y monto de la pensión), a la entrada en vigencia de la nueva ley, se seguirán rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...).".

El régimen general de pensiones que gobernó con antelación a la Ley 100 de 1993 era el establecido en la Ley 33 de 1985, para los empleados públicos, salvo, quienes estuvieran bajo los regímenes especiales expresamente consagrados en otras leyes, según lo señala el inciso segundo del artículo 1º de la misma Ley 33 de 1985.¹

¹ ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978.

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.

Por su parte la Ley 33 de 1985, con la cual se modificó al régimen establecido por Ley 4 de 1966 y el Decreto 3135 de 1968, aumentó la edad de jubilación de las mujeres a la edad de cincuenta y cinco (55) años, manteniendo la cuantía de las mesadas pensionales en el 75% del salario promedio, pero limitando dicho reconocimiento a los factores sobre los cuales se hizo aportes durante ese último año de servicios, al agregar el aparte: *“Que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”*, lo cual implica que condicionó el reconocimiento del 75% a la base sobre los cuales el futuro pensionado realizó aportes, así:

“ARTICULO 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

“ARTICULO 3.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

El artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, dispuso por su parte los factores sobre los cuales se debían realizar los aportes, así:

"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 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. (...)"

Sin embargo, los factores enlistados en el artículo 3° de la ley 33 de 1985, modificados por el artículo 1° de la ley 62 de 1985 no son taxativos, sino meramente enunciativos, por ende la correcta interpretación de la norma implica la inclusión de todos factores que fueron devengados por el trabajador de manera periódica y ordinaria. Sobre el particular se ha pronunciado el Consejo de Estado², mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, en la que señaló:

"De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enumera en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base

² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicado interno No 0112-2009.

de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(...)

(...) 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 beneficiarios³.

(...)

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulte más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda⁴.

(...)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse."

³ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente Dra Ana Margarita Olaya Forero. Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01). Actor Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

En el proceso se encontró demostrado que el señor Efraín Guillermo Mariote Soto, nació el 18 de marzo de 1931. De igual forma está demostrado que, en el acto administrativo de reconocimiento pensional, para liquidar la misma se tomó en cuenta el promedio de lo devengado por concepto de asignación básica mensual entre el año 1989 y 1990.

Teniendo en cuenta que a fecha 1 de abril de 1994⁵ la parte demandante contaba con más de 35 años de edad, el régimen establecido para el reconocimiento y liquidación del su pensión de jubilación era el consagrado en la Ley 33 de 1985 y sus modificaciones.

Determinado entonces que le es aplicable la Ley 33 de 1985, y las demás normas que la modificaron y complementaron, procedería la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, sin embargo, teniendo en cuenta que la apelación versa respecto de la inclusión de la bonificación por recreación como factor a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión, pasa la Sala a pronunciarse al respecto.

El Decreto 451 de 1984, creó la bonificación por recreación en los siguientes términos⁶:

“Artículo 3º. Los empleados que adquirieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para, la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

⁵ Fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993

⁶ El Decreto 451 de 1984 creó la bonificación especial de recreación. Por su parte, el Gobierno Nacional cada año expide un Decreto con el fin de fijar las escalas salariales de los servidores públicos y entre su articulado incluye este concepto.

Mientras se crea en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal, podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.”.

Respecto de dicha bonificación se pronunció el H. Consejo de Estado⁷, en sentencia de 4 de agosto de 2010, en el siguiente sentido:

“Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación: razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que la bonificación por recreación no constituye factor salarial, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia en la que se ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la parte actora con la inclusión de dicho factor, y en su lugar excluirlo.

Así mismo, verificado del material probatorio recaudado, se encuentra que el demandante percibió en el último año de servicios, adicional al salario básico, 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, sin que haya sido tenido en cuenta para la liquidación de su pensión de vejez, el *Auxilio de localización*, por lo que visto el recuento normativo realizado, le asiste derecho al señor Efraín Guillermo Mariote Soto a que su pensión sea reliquidada en un 75% de lo percibido en el último año de servicios, teniendo

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

en cuenta la inclusión de la doceava parte de los factores devengados, previos descuentos por concepto de aportes sobre los valores que se han de reliquidar, si no se hubieren realizado durante el último año, dado que es el periodo sobre el cual se ordena hacer la reliquidación pensional.

En todo caso, y pese a que se accederá a las pretensiones de la demanda, en razón de la prescripción trienal, por haber sido presentada la petición en vía administrativa ante la entidad el día 25 de enero de 2010 (fls. 31-35), tenemos que se encuentran prescritos los valores causados con anterioridad al 25 de enero de 2007, por lo que de oficio se declarará probada la excepción de prescripción sobre dicho periodo.

De conformidad con lo expuesto, es claro para la Sala de Decisión, que se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto enjuiciado, sin embargo, como quiera que la sentencia de primera instancia declaró la nulidad del acto inicial de reconocimiento de la pensión del demandante y ordenó la reliquidación con la inclusión de la bonificación por recreación, la Sala considera que pese a compartir el sentido del fallo, hay lugar revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar declararse inhibido para pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución 04780 del 19 de septiembre de 1990 y, ordenar la exclusión de la bonificación de recreación para efectos de reliquidar la pensión.

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;

III. FALLA:

REVOCAR la sentencia de treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del

Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: Desestimar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

SEGUNDO: Inhibirse para pronunciarse de fondo, sobre la legalidad de la Resolución 04780 del 19 de septiembre de 1990, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Declarar la nulidad de la Resolución 01718 de 9 de agosto de 2010, por medio de la cual se negó a la parte actora la reliquidación de su pensión de vejez.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a Cajanal, a reconocer y pagar, respectivamente, la reliquidación de la pensión mensual vitalicia del señor Efraín Guillermo Mariote Soto, en un 75% de lo devengado además del adicional al salario básico, 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, auxilio de alimentación, por concepto de: Auxilio de localización, entre el 3 de julio de 1989 y el 2 de julio de 1990, a partir del 25 de enero de 2007, por efecto de la prescripción trienal, la cual se declara probada oficiosamente.

Lo anterior, previo descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal sobre el salario del último año.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando 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 que resulte a favor del demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la pensión de jubilación cuando esta se reconoció, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0090
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: EDUARDO CARABALLO CASTRO
DEMANDADO	: CAJANAL EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2012-00108-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 DECISIÓN 001

Cartagena de Indias, cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 13-001-33-31-010-2012-00108-01
Accionante: Eduardo Caraballo Castro.
Demandado: Caja de Previsión Social En Liquidación

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de marzo de 2013 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

El señor Eduardo Caraballo Castro, a través de apoderado, concurrió a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo contra la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE En Liquidación, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

1. PRETENSIONES

Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por Cajanal EICE: (i) Resolución 52716 de 1º de noviembre de 2007, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Eduardo Caraballo Castro por inclusión de nuevos factores ; (ii) Resolución 05801 de

10 de febrero de 2009, que resolvió un recurso de reposición confirmando la Resolución 52716 de 2007 en todas sus partes; (iii) Resolución PAP 038005 de 7 de febrero de 2011, por virtud de la cual se negó al accionante la reliquidación de su pensión de jubilación y, (iv) Resolución PAP 048964 de 18 de abril de 2011, que resolvió el recurso de reposición formulado por el libelista contra la Resolución PAP 038005 de 2011, confirmándola íntegramente.

Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a Cajanal reliquidar, la pensión del demandante a partir del 14 de junio de 1995 con el promedio del setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, teniendo en cuenta para su cálculo la asignación básica mensual y las doceavas partes de las primas de servicio, vacaciones y navidad, así como cualquier otro emolumento que el actor haya recibido en ese período.

Se ordene el reconocimiento y pago de las subsecuentes diferencias entre las mesadas devengadas y lo que se determine pagar en el fallo que ordene la reliquidación deprecada, desde el 14 de junio de 1995.

Se dé cumplimiento al fallo dentro de los parámetros trazados en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La parte accionante sustenta la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

Señala el señor Eduardo Caraballo Castro que le fue reconocida por CAJANAL EICE pensión de jubilación mediante Resolución 10300 de 12 de septiembre de

1986, tras verificarse que había laborado más de veinte (20) años al servicio del Estado, en la rama judicial, y que tenía más de cincuenta y cinco (55) años de edad.

Indica así mismo que se reintegró al servicio el 20 de abril de 1987 en la Fiscalía General de la Nación, hasta que se retiró definitivamente el 14 de junio de 1995.

Señaló que el 3 de julio de 2007 solicitó ante CAJANAL que le fuera reliquidada su pensión mediante la aplicación del salario más alto devengado en el último año de servicio, y que tal petición fue negada mediante la Resolución 52716 de 1º de noviembre de 2007, confirmada en todas sus partes en virtud de la Resolución 05801 de 10 de febrero de 2009, por la cual se resolvió la reposición formulada contra aquélla.

Adujo que el 26 de mayo de 2009 formuló nuevamente una solicitud de reliquidación de su pensión por inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo, y que tal solicitud fue también despachada desfavorablemente por medio de la Resolución PAP 038005 de 7 de febrero de 2011, confirmada a través de la Resolución PAP 048694 de 18 de abril de 2011.

Estima que su pensión debe ser reliquidada teniendo en cuenta los siguientes factores devengados desde el 14 de junio de 1994 hasta el 13 de junio de 1995:

Asignación básica mensual.....	\$446.188
Doceava parte de la prima de servicios.....	\$15.755,2
Doceava parte de la prima de vacaciones.....	\$19.365,79
Doceava parte de la prima de navidad.....	\$34.190,91
Promedio Mensual.....	\$515.499,90

=> **Pensión= \$515.499.90 X 75%= \$386.624,92**, efectiva a partir del 14 de junio de 1995.

3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante señaló que al señor Eduardo Caraballo Castro le es aplicable el régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971 y que al amparo de esa normatividad tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta la asignación más alta devengada entre el 14 de junio de 1994 y hasta el 13 de junio de 1995, incluyendo todos los factores salariales devengados y certificados.

En respaldo de tal aserto adujo que el libelista laboró en la rama jurisdiccional durante más de diez (10) años.

Señaló que, en todo caso, según lo ha decantado en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado, para el cálculo del monto de la mesada pensional deben computarse todos los factores devengados en el período liquidable respectivo, sin que para ello obste que no se hayan hecho descuentos para aportes, pues en ese caso simplemente procede ordenar efectuar la deducción correspondiente del monto a pagar por concepto de la reliquidación.

4. DEFENSA

CAJANAL EICE En Liquidación contestó la demanda (fls. 54-59, cdno. ppal.), se opuso a las pretensiones de la misma y manifestó que en la Resolución 10300 de 1986, mediante la cual se reconoció a favor del accionante la pensión de jubilación, se liquidó la misma en debida forma, con apego a lo dispuesto en la Ley 4ª de 1966, y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, es decir, la asignación básica mensual, la prima de navidad, la

prima de vacaciones, la prima de alimentación y la prima de servicios percibidos entre el 30 de agosto de 1984 y el 31 de agosto de 1985.

Señaló además que el cargo al que se reincorporó al servicio oficial el actor en la fiscalía no está incluido dentro de aquellos en los cuales es procedente la revinculación de personas pensionadas al servicio activo y que, por ende, no es procedente reliquidar su pensión con sustento en los emolumentos laborales que devengó después de habersele reconocido la pensión de jubilación.

Formuló las siguientes excepciones:

- Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, sustentada en el argumento de que teniendo en cuenta que el actor adquirió el status jurídico de pensionado el 16 de julio de 1982, le es aplicable el régimen pensional estatuido en la Ley 4ª de 1966, a la luz del cual se le reconoció y tasó su pensión.
- Prescripción de las diferencias de mesadas causadas con más de tres (3) años de anterioridad a la fecha de presentación de la demanda.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 20 de marzo de 2013 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 83-116, cdno. ppal.), se negaron las pretensiones de la demanda tras considerarse que al actor no tiene derecho a que se le reliquide la pensión con base en la asignación más alta devengada en el último año de servicios en la forma prevista en el régimen pensional especial de la rama judicial consagrado en el Decreto 546 de 1971, porque tal normatividad no le es aplicable como quiera que no cumplía con el requisito de haber prestado diez (10) años en el poder judicial exigido por el artículo 6º

de esa normatividad, pues al momento en que adquirió el status de pensionado (16 de julio de 1982) sólo había laborado en la rama judicial durante siete (7) años y diez (10) meses.

Aseveró así mismo la *a quo* que su situación tampoco coincidía con la hipótesis fáctica del artículo 8º *ibídem* según el cual los empleados y funcionarios de la rama jurisdiccional que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con el setenta y cinco por ciento (75%) de la mayor asignación devengada en el último año de servicio, ello, por cuanto su retiro del servicio previo al reconocimiento pensional no obedeció al cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Finalmente argumentó la falladora de primer grado que los nuevos tiempos de servicio posteriores al retiro por pensión no pueden ser tenidos en cuenta para la solicitada reliquidación, habida cuenta que el empleo al cual reingresó en la fiscalía no era de aquellos que el Decreto 2400 de 1968 excepcionalmente permitía ejercer después de la jubilación.

6. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante formuló apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 118-122, cdno. ppal.) manifestando que la normatividad sobre la cual se fundamentó la providencia impugnada no prevé que en el evento de que un pensionado se reincorpore en un cargo distinto a aquellos enlistados en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, no puedan tenerse en cuenta los tiempos de servicios cumplidos después de la adquisición del estatus de pensionado para efectos de la reliquidación de la pensión de jubilación.

Adujo que la revinculación del señor Eduardo Caraballo al servicio entre 1987

y 1992 goza de presunción de legalidad pues el acto administrativo que la originó no se revocó ni fue declarado nulo, razón por la cual estima que los tiempos servidos en ese lapso sí se deben tomar en consideración para efectos pensionales.

Argumentó además que sumados el tiempo de servicio cumplido en el poder judicial antes y después del reconocimiento de la pensión de jubilación, totaliza más de catorce (14) años en dicha rama y que en tal medida le es aplicable el régimen especial estatuido en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, por lo que su pensión debe ser liquidada tomando como base la asignación más alta devengada por todo concepto en el último año de servicios.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes se abstuvieron de presentar alegatos de cierre ante ésta sede.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del *sub judice*.

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

Antes del abordar el estudio del fondo del asunto, es necesario indicar que cuando se presenta solicitud de reliquidación pensional, la administración mediante acto administrativo puede reconocer o negar el derecho. Normalmente este acto es susceptible de los recursos gubernativos, si la

administración confirma la decisión inicial en uno y otro recurso, es necesario demandar tanto el acto inicial como los actos proferidos con ocasión de los recursos, dentro del término de caducidad que establece la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, cuando un pensionado presenta nueva petición de reliquidación, para incluir factores pensionales, no es necesario demandar el acto de reconocimiento pensional que tiempo atrás se expidió, pues este acto es demandable cuando en su momento contra él se interponen recursos gubernativos. Pero si pasado cierto tiempo se presenta otra solicitud de reliquidación, solo debe acusarse el último de los actos, siempre y cuando no sea susceptible de los recursos gubernativos, porque en caso de proceder, deberá interponerlos, haciéndose necesario demandar, tanto el acto inicial como los actos proferidos con ocasión de los recursos. Al respecto el Consejo de Estado ha considerado:

“... que aunque se le hubiera efectuado el reconocimiento pensional definitivo al servidor público, mediante acto administrativo contra el cual no reclamó en vía gubernativa, el interesado bien puede posteriormente solicitar la que ha sido llamada “reliquidación pensional” que viene a ser una solicitud de “inclusión de factores” que no se tuvieron en cuenta en su debida oportunidad o que se tuvieron en cuenta en forma incorrecta según el pensamiento del empleado. En este caso sui-generis, frente al acto que resuelva esta clase de petición procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previa la demostración del agotamiento de la vía gubernativa. La situación excepcional ocurre cuando la administración omite señalar los recursos procedentes en sede gubernativa contra el acto que se acusa en sede jurisdiccional y también puede entenderse cuando la administración impide su trámite con razones contrarias a derecho porque con ello se obstaculiza el cumplimiento real del requisito de la vía gubernativa y el ejercicio del derecho de defensa”¹.

¹CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, 15 de julio de dos mil cuatro 2004. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-02672-01(3592-02).

En el presente caso, mediante Resolución 10300 de 12 de septiembre de 1986, Cajanal reconoció al actor la pensión de jubilación (fls. 15-18, cdno. ppal.). Posteriormente, el accionante elevó petición con el propósito de que su pensión de jubilación fuera reajustada, solicitud que fue negada a través de Resolución 52716 de 1º de noviembre de 2007 (fl. 22-23, ib.), confirmada en todas sus partes en virtud de la Resolución 05801 de 10 de febrero de 2009 (fls. 26-28, ib.). El 26 de mayo de 2009 formuló nuevamente una solicitud de reliquidación de su pensión, que fue negada por medio de la Resolución PAP 038005 de 7 de febrero de 2011 (fls. 34-36, ib.). Contra el anterior acto interpuso recurso de reposición, siendo confirmado mediante Resolución PAP 048694 de 18 de abril de 2011 (fls. 40-42, ib.). Ahora, el demandante solicitó la nulidad de todos los actos que negaron la reliquidación de la pensión. Ahora bien, si el accionante presentó nueva petición de reliquidación, no era necesario demandar los actos denegatorios del reajuste que fueron expedidos tiempo atrás por la administración puesto que con posterioridad a estos y de manera independiente nacieron a la vida jurídica los actos denegatorios más recientes.

En efecto, como pasado cierto tiempo se presentó nueva solicitud de reliquidación, decidida a través de las Resoluciones 038005 de 7 de febrero de 2011 y PAP 048694 de 18 de abril de 2011, estos son los actos demandables. Así que, la Sala se inhibirá de pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones 52716 de 1º de noviembre de 2007 y 05801 de 10 de febrero de 2009.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Procede reconocer al demandante el reajuste de su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de

servicios, por reincorporación al servicio público después de la adquisición del estatus de pensionado?

3. REINCORPORACIÓN DE PENSIONADOS AL SERVICIO PÚBLICO EN LA RAMA JUDICIAL

El reingreso de pensionados a la Rama Judicial fue regulado mediante los artículos 4º de la Ley 171 del 29 de diciembre de 1961 y 11 del Decreto Ley 542 del 10 de marzo de 1977, que habilitan, en forma amplia, dicha reincorporación.

La primera de las normas aludidas ostenta un carácter general, pues se refiere indistintamente a la reincorporación a “cargos oficiales” de pensionados por servicios y establece:

“Art. 4º Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio. con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.

La misma regla se aplicará al jubilado por una empresa particular, que haya sido o sea reincorporado por esta a su servicio o al de sus filiales y subsidiarias por el mínimo de tiempo indicado.

Parágrafo. Cuando la reincorporación del pensionado por tres (3) años o más y su nuevo retiro hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la presente ley, la pensión revisada solo se causará a partir de dicha vigencia.”

La otra disposición, contenida en el artículo 11 del decreto ley 542 del 10 de marzo de 1977 “Por el cual se fija la remuneración para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio público, y se dictan otras disposiciones”, contempla específicamente el reintegro a la rama judicial de personas pensionadas por jubilación o por vejez, bajo el siguiente tenor:

“ARTÍCULO 11. El reintegro a un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, solo da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo.”

El anterior precepto constituye norma especial aplicable en materia de reintegro a cargos en la rama judicial, y al amparo de su tenor fue autorizada la reincorporación del personal pensionado en cualquier empleo de la rama judicial, siempre que no se haya cumplido la edad de retiro forzoso, por supuesto.

Así lo precisó la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse frente a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de designación de un Magistrado de Tribunal Administrativo, en sentencia del 15 de septiembre de 2005, Rad. 11-001-02-30-017-2004-0002, con ponencia del doctor Arturo Solarte:

“(…) Lo anterior permite concluir que existiendo régimen especial para la Rama Judicial, en el cual se autoriza de manera taxativa el reintegro al servicio de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, a ella debemos someternos y no a legislación diferente aplicable a otras ramas del poder público.

Aduce también el demandante que, teniendo el doctor Caballero Baena el status de pensionado de la rama ejecutiva, no es posible aplicar la norma de reintegro de la rama judicial. Tal afirmación sin embargo, no resulta acertada porque la norma transcrita precedentemente no distingue a quien puede reintegrarse o no a la Rama Judicial. De manera que, si la norma no hace diferencia alguna, al intérprete no le es dado hacerlo y, en virtud de ello, cualquier persona que se encuentre disfrutando de pensión de jubilación o de vejez puede ser reintegrada al servicio en la Rama Judicial, siempre y cuando no haya cumplido la edad de retiro forzoso.”

Cosa distinta ocurre en la Rama Ejecutiva, donde el reingreso de pensionados se hace por vía de excepción y sólo en determinados empleos señalados taxativamente por el legislador, según fue establecido en el Decreto 2400 de

1968, que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, y cuyo artículo 29 prevé:

“(…)

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despacho de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”

4. RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR REINCORPORACIÓN AL SERVICIO EN LA RAMA JUDICIAL

Existe un vacío normativo respecto al monto y factores de liquidación de la pensión de una persona reincorporada al servicio de la Rama Judicial por cuanto el artículo 11 del Decreto 542 de 1977 que establece la reincorporación a los cargos de dicha rama y del Ministerio Público y que condiciona el derecho al reajuste de la pensión de jubilación o vejez a que “*se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo*”, omite regular el monto y factores de liquidación que deberán tenerse en cuenta para la reliquidación pensional con sustento en el tiempo servido durante el reintegro al servicio.

En tal medida, habida consideración de que por regla general los parámetros normativos con base en los que se liquidó una pensión permanecen inmodificables por constituir un derecho adquirido que no puede ser desconocido posteriormente, se ha decantado en sede jurisprudencial que la revisión pensional de los pensionados que se revinculen a empleos de la rama

judicial por un lapso superior a dos (2) años, deberá efectuarse con fundamento en el régimen pensional aplicado al momento de su reconocimiento.

En ese sentido se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 8 de marzo de 2001, expediente 2612-00, con ponencia de la Concejera Ana Margarita Olaya Forero:

"(...) Ahora bien, para efectos de la reliquidación de la pensión se tomará como base el promedio del último año de salarios, tal como lo prevé el artículo 9 de la Ley 71 de 1988; pues fue con base en dichos factores que se liquidó la pensión de jubilación a la demandante.

Es de resaltar que la aplicación en este caso del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 no se hace, como dijo el a quo, porque la demandante no llevaba 10 años en la Rama Judicial y en esa medida su liquidación, por mandato del artículo 7 del Decreto 546 de 1971, sería el régimen común de la administración pública, sino porque la liquidación de su pensión fue hecha de acuerdo a lo normado en la Ley 71 de 1988.

Cuando se reconoce una pensión de jubilación los parámetros tenidos en cuenta se tornan inmodificables, pues se convierten en derechos adquiridos que no puede ser desconocido posteriormente. (...)

Con este mismo criterio y atendiendo que la reliquidación de la pensión no es más que una operación matemática y no el reconocimiento del derecho pensional, como quiera que este ya se ha adquirido, resulta forzoso concluir que al reliquidar la pensión se debe calcular el monto de la prestación sobre los mismos criterios tenidos en cuenta al momento de su reconocimiento. Darle otro alcance a las normas que permiten la reliquidación de las pensiones, llevaría a una variación del régimen bajo el cual se reconocieron y desvirtuaría el concepto mismo de "reliquidación", el cual, por obvias razones, no puede independizarse del derecho pensional reconocido."

5. LO PROBADO

Con sustento en los elementos de juicio aportados y practicados dentro del *sub judice*, se acreditaron los siguientes supuestos fácticos relevantes con miras a la definición de la alzada:

a) Mediante la Resolución 10300 de 12 de septiembre de 1986, Cajanal reconoció al señor Eduardo Caraballo Castro la pensión de jubilación efectiva a partir de 1° de septiembre de 1985 (fls. 15-18, cdno. ppal. y 13-22, cdno. de pruebas), tras verificarse que tenía más de cincuenta y cinco (55) años de edad y que había laborado más de veinte (20) años al servicio del Estado en los siguientes cargos:

- Escribiente del Centro de Medicina Legal de Cartagena, adscrito al Ministerio de Justicia, del 16 de diciembre de 1949, al 22 de marzo de 1955.
- Secretario Oficina Central de Medicina Legal de Cartagena, adscrito al Ministerio de Justicia, del 5 de agosto de 1956 al 31 de diciembre de 1960.
- Secretario Interino de la Oficina Central de Medicina Legal de Cartagena, adscrito al Ministerio de Justicia, del 1° de octubre de 1965 al 30 de junio de 1966.
- Mecnógrafo II de la Oficina Central de Medicina Legal de Cartagena, adscrito al Ministerio de Justicia, del 1° de julio de 1966 al 15 de abril de 1976.
- Citador Escribiente Grado 6 del Juzgado 2° Penal del Circuito de Cartagena, del 1° de enero al 4 de septiembre de 1977.
- Citador Escribiente Grado 4 del Juzgado 5° Penal Municipal de Cartagena, del 1° de noviembre de 1977 al 30 de julio de 1982.
- Escribiente 2° Grado 4° Citador del Juzgado 5° Penal Municipal de Cartagena, del 1° de agosto al 31 de diciembre de 1982.
- Escribiente 2° Grado 5° Citador del Juzgado 5° Penal Municipal de Cartagena, del 1° de enero al 31 de octubre de 1983.
- Escribiente 2° Grado 4° Citador del Juzgado 5° Penal Municipal de Cartagena, del 1° de noviembre de 1983 al 31 de diciembre de 1984.
- Escribiente I Grado 5° Citador del Juzgado 5° Penal Municipal de Cartagena, del 1° de enero al 31 de agosto de 1985.

b) La pensión reconocida al accionante por virtud de la Resolución 10300 de 1986, fue liquidada con sustento en el setenta y cinco por ciento (75%) de los siguientes factores salariales devengados en el año inmediatamente a la fecha del retiro del servicio, acaecido el 31 de agosto de 1985: (i) asignación básica mensual; (ii) prima de navidad; (iii) prima de vacaciones; (iv) prima de servicios y, (v) prima de alimentación.

c) Después de habersele reconocido la pensión de jubilación, el actor se reintegró al servicio público desde el 20 de abril de 1987 y hasta el 14 de junio de 1995, en los siguientes cargos (fls. 31-33, cdno. ppal.):

- Citador Grado 4 del Juzgado Único Superior de Aduanas de Cartagena, desde el 20 de abril de 1987 hasta el 9 de septiembre de 1990.
- Citador Grado 4 del Juzgado Único de Orden Público de Cartagena, desde el 10 de septiembre de 1990 y hasta el 15 de enero de 1991.
- Escribiente Grado 5 del Juzgado 21 de Instrucción Criminal Permanente de Cartagena, desde el 16 de enero de 1991, hasta el 30 de junio de 1992.
- Asistente Judicial I de la Fiscalía General de la Nación, desde el 1º de julio de 1992, hasta el 14 de junio de 1995.

d) El 3 de julio de 2007, el libelista solicitó ante CAJANAL que le fuera reliquidada su pensión mediante la aplicación del salario más alto devengado en el último año de servicio (fl. 20, cdno. ppal.), y tal petición fue negada mediante la Resolución 52716 de 1º de noviembre de 2007 (fl. 22-23, ib.), confirmada en todas sus partes en virtud de la Resolución 05801 de 10 de febrero de 2009 (fls. 26-28, ib.), por la cual se resolvió la reposición formulada contra aquélla.

e) El 26 de mayo de 2009 formuló nuevamente una solicitud de reliquidación de su pensión con base en la asignación básica y en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo, es decir, entre el 14 de junio de 1994 y el 13 de junio de 1995 (fls. 29-30, ib.).

f) La anterior petición fue denegada por medio de la Resolución PAP 038005 de 7 de febrero de 2011 (fls. 34-36, ib.), bajo el argumento que sólo hay lugar a reliquidar la pensión cuando la persona pensionada se reincorpora al servicio público en uno de los cargos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, cosa que no ocurrió en el caso del señor Caraballo pues los empleos que ocupó después de adquirir el estatus de pensionado no están enlistados en ese precepto.

g) El 3 de marzo de 2011 presentó recurso de reposición contra la Resolución PAP 038005 de 2011, manifestando que sí tenía derecho a la reliquidación pensional con base en la asignación más alta devengada en el último año de servicios transcurrido entre 1994 y 1995 de conformidad con lo preceptuado en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, como quiera que de los salarios que devengó durante su reincorporación al servicio público se le efectuaron los respectivos descuentos para aportes a pensión (fls. 37-38, ib.).

h) El recurso horizontal formulado por el accionante fue resuelto a través de la Resolución PAP 048694 de 18 de abril de 2011, que confirmó íntegramente la Resolución PAP 038005 de 2011 (fls. 40-42).

i) El accionante se retiró definitivamente del servicio público el 14 de junio de 1995, y devengó durante el año inmediatamente anterior a dicha calenda los siguientes factores salariales (fl. 32, cdno. ppal.):

Del 14 de junio al 31 de diciembre de 1994:

Sueldo	\$378.125
Prima de servicio.....	\$189.062,50
Prima de navidad.....	\$410.291

Del 1º de enero al 13 de junio de 1995:

Sueldo.....\$446.188
Prima de vacaciones.....\$232.389,58

6. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO.

Como quedó dicho, la sentencia denegatoria de primera instancia fue recurrida por el accionante, quien manifestó que sí tiene derecho a que se le reliquide la pensión en la forma prevista en el régimen pensional especial de la rama judicial consagrado en el Decreto 546 de 1971, con base en la asignación más alta devengada en el último año de servicios cumplido durante su reincorporación al servicio público, ello, al amparo de los siguientes argumentos: (i) el Decreto 546 de 1971 sí le es aplicable porque sumados el tiempo de servicio cumplido en el poder judicial antes y después del reconocimiento de la pensión de jubilación, totaliza más de catorce (14) años de labores en la rama jurisdiccional; (ii) los nuevos tiempos de servicio posteriores al retiro por pensión sí deben ser tenidos en cuenta para efectos pensionales porque la revinculación del señor Eduardo Caraballo al servicio goza de presunción de legalidad pues el acto administrativo que la originó no se revocó ni fue declarado nulo y, (iii) la normatividad sobre la cual se fundamentó la providencia impugnada no prevé que en el evento de que un pensionado se reincorpore en un cargo distinto a aquellos enlistados en el artículo 29 del Decreto 6400 de 1968, los tiempos de servicios cumplidos después de la adquisición del estatus de pensionado no puedan tenerse en cuenta para efectos de la reliquidación de la pensión de jubilación.

En orden a definir la alzada debe reiterarse en primer lugar que según fue precisado *ut supra*, la reincorporación de personas que gozan de pensión de jubilación a empleos de la Rama Judicial, no se rige por el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, sino por lo normado en el artículo 11 del decreto ley

542 de 1977, que autoriza el reintegro de pensionados, **en cualquier empleo de la rama judicial** y que constituye norma especial aplicable para la revinculación post-pensional en ésta rama del poder público.

Con sustento en lo anterior resulta forzoso concluir que carece de asidero jurídico el argumento planteado en el fallo de primer grado, relativo a que los tiempos de servicio cumplidos por el accionante entre 1987 y 1995 no podían computarse para efectos pensionales debido a que los cargos de Citador del Juzgado Único Superior de Aduanas de Cartagena, Escribiente del Juzgado 21 de Instrucción Criminal Permanente de Cartagena y Asistente Judicial I de la Fiscalía General de la Nación, que ocupó en ese lapso, no estaban enlistados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

Hecha la anterior precisión, cumple señalar que según lo reglado en el artículo 11 del decreto ley 542 de 1977, el reintegro a un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público de quien esté disfrutando de pensión de jubilación o de vejez, da derecho al reajuste de la misma cuando se haya trabajado por lo menos durante dos años continuos en el nuevo cargo, requisito que fue cumplido en el *sub judice* porque el libelista ocupó durante dos (2) años y once (11) meses el cargo de Asistente Judicial I (desde el 1º de julio de 1992 y hasta el 14 de junio de 1995; fl. 33, cdno. ppal.), último empleo desempeñado durante su revinculación al servicio.

Ya en lo tocante al régimen pensional con fundamento en el cual debe determinarse el monto y factores de liquidación computables con miras a la reliquidación pensional deprecada, debe señalarse que según lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el reajuste de las pensiones de personas jubiladas revinculadas al servicio en cargos de la Rama Judicial, debe efectuarse con base en el régimen pensional aplicado al momento del reconocimiento de la pensión.

En ese sentido se pronunció el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 8 de marzo de 2001 previamente citada, y en fallo de 6 de octubre de 2011 que a continuación se extracta:

Sentencia de 6 de octubre de 2011

“[E]xiste un vacío normativo respecto al monto y factores de liquidación de la pensión de una persona reincorporada al servicio de la Rama Judicial, por lo que considerando que, por regla general, los parámetros normativos con base en los que se liquidó una pensión permanecen inmodificables, en cuanto se constituyen en un derecho adquirido que no pueden ser desconocido posteriormente para efectos de su reliquidación, la revisión de esa prestación debe efectuarse con fundamento en el régimen pensional aplicado al momento de su reconocimiento.

La anterior hermenéutica se acompasa además con el principio según el cual lo accesorio sigue la misma suerte de lo principal (Accesorium sequitur principale), de modo que si el derecho a la pensión surgió bajo una normatividad, su reliquidación debe realizarse bajo ese régimen jurídico aplicado.

En conclusión un pensionado reincorporado a un cargo de la Rama Judicial. Ministerio Público o de Magistrado del Consejo Nacional Electoral, tiene derecho a que se le revise la pensión con base en la misma normatividad que se le aplicó para su reconocimiento.”²

En ese orden de ideas, el accionante tiene derecho a la revisión de la pensión de jubilación por haber permanecido más de dos años en el cargo de Asistente Judicial I de la fiscalía, pues cumple la exigencia del artículo 11 del Decreto 542 de 1977, prestación que deberá reliquidarse con fundamento en la misma normatividad que se aplicó para el reconocimiento.

En el caso de marras, al actor le fue reconocida la pensión de jubilación con fundamento en el régimen pensional consagrado en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, según el cual *“las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público,*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2011, radicación 25000-23-25-000-2008-00963-01, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”, y con apego a dicha norma se le liquidó su mesada pensional con base en el setenta y cinco por ciento (75%) de los siguientes factores salariales devengados en el año inmediatamente a la fecha del retiro inicial del servicio, acaecido el 31 de agosto de 1985: (i) asignación básica mensual; (ii) prima de navidad; (iii) prima de vacaciones; (iv) prima de servicios y, (v) prima de alimentación

En aplicación de ése régimen, la pensión de jubilación debe ser reliquidada teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicio (desde el 14 de junio de 1994 y el 13 de junio de 1995):

Asignación básica mensual promedio.....	\$408.980,22
Doceava parte de la prima de servicios.....	\$15.755,2
Doceava parte de la prima de vacaciones.....	\$19.365,79
Doceava parte de la prima de navidad.....	\$34.190,91

Ahora bien, el demandante pretende que su reajuste pensional se efectúe en la forma establecida en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, es decir, con base en el setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades. Y solicita, con apoyo en esa norma, que se le compute:

Asignación mensual más alta devengada en el último año de labores, es decir, la que percibía en 1995.....	\$446.188.
Doceava parte de la prima de servicios.....	\$15.755,2
Doceava parte de la prima de vacaciones.....	\$19.365,79
Doceava parte de la prima de navidad.....	\$34.190,91

Bajo estos supuestos se advierte que más allá de que el régimen pensional estatuido en el Decreto 242 de 1971 invocado por el libelista no sea el aplicable en el *sub examine*, sino el consagrado en la Ley 4ª de 1966 con base en el cual se le reconoció su pensión, lo cierto es que al amparo de éste el recurrente igualmente tiene derecho al reajuste pensional con base en todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (desde el 14 de junio de 1994 y hasta el 13 de junio de 1995), con la diferencia de que la asignación mensual computable según el régimen de la Ley 4ª de 1966 es la promedio devengada en el año previo al retiro, y no la más alta devengada en ese lapso, como lo pretende el libelista.

Por tal razón, dando cabal observancia al principio de primacía de la realidad que rige en materia de derecho laboral, y para garantizar la especial protección de los derechos del accionante quien está en una condición de manifiesta debilidad por ser una persona de la tercera edad al tener ochenta y seis (86) años de edad (fl. 43), se revocará la sentencia denegatoria de primera instancia y se declarará la nulidad de las Resoluciones 038005 de 7 de febrero de 2011 y PAP 048694 de 18 de abril de 2011, en cuanto denegaron el reajuste de la pensión de jubilación de Eduardo Caraballo Castro con base en los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de su pensión por reincorporación a un cargo público, en la forma establecida en el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, transcurrido entre el 14 de junio de 1994 y el 13 de junio de 1995 (fl. 32, cdno. ppa.):

Asignación básica mensual promedio.....	\$408.980,22
Doceava parte de la prima de servicios.....	\$15.755,2

Doceava parte de la prima de vacaciones.....\$19.365,79

Doceava parte de la prima de navidad.....\$34.190,91

Así mismo, se condenará al pago de la diferencia resultante entre lo reconocido y lo reliquidado.

Ahora bien, como quiera que el demandante presentó la última solicitud de reliquidación pensional el 26 de mayo de 2009 (fls. 29-30, cdno. ppal.), se concluye, al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que consagró para esta categoría de prestaciones periódicas la prescripción trienal, que las diferencias sobre las mesadas causadas con anterioridad al 26 de mayo de 2006 están prescritas, por lo que se ordenará a Cajanal que le pague al demandante las diferencias que resulten como consecuencia de la reliquidación de su base pensional a partir del 26 de mayo de 2006.

Se precisa igualmente, que la entidad demandada deberá efectuar el descuento correspondiente por concepto de aportes respecto de los factores devengados por el actor entre el 14 de junio de 1994 y el 13 de junio de 1995, sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

La suma de dinero que resulte de las condenas impuestas en esta sentencia se ajustará al valor presente de acuerdo con la fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado, según la cual:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la diferencia pensional reajustada, por el guarismo que resulte de dividir el índice

final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la ejecutoria de la sentencia, por el índice vigente a la fecha de causación de cada mesada. Por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo, la indexación de las diferencias deberá hacerse mes por mes.

Considerando que la parte vencida no demostró una aptitud temeraria, desleal ni dilatoria no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCAR la sentencia de fecha 20 de marzo de 2013 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Inhibirse para pronunciarse de fondo, sobre la legalidad de las Resoluciones 52716 de 1º de noviembre de 2007 y 05801 de 10 de febrero de 2009, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de las Resoluciones 52716 de 1º de noviembre de 2007, 05801 de 10 de febrero de 2009, PAP 038005 de 7 de febrero de 2011 y PAP 048964 de 18 de abril de 2011 proferidas por Cajanal, por medio de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a Cajanal:

3.1. Reliquidar la pensión de jubilación de Eduardo Caraballo Castro identificado con la cédula de ciudadanía 891.780, en la forma prevista en el artículo 4° de la Ley 6ª de 1966, aplicando el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios transcurrido entre el 14 de junio de 1994 y el 13 de junio de 1995, computando en el IBL la asignación básica mensual, la doceava parte de la prima de servicios, la doceava parte de la prima de vacaciones y la doceava parte de la prima de navidad. Así mismo, la entidad demandada realizará los descuentos por aportes correspondientes a los factores salariales que no hayan sido objeto de deducción legal durante el año anterior al retiro del servicio.

3.2. Pagar al demandante, atendiendo la prescripción trienal, las diferencias entre los valores resultantes como consecuencia de la reliquidación de su pensión de jubilación y los que fueron pagados efectivamente, a partir del 26 de mayo de 2006.

CUARTO: Se ordena a la entidad demandada que sobre las sumas de condena reconozca y pague los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A. dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor

certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente al momento en que se causó cada mesada.

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

QUINTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Abstenerse de condenar en costas.

Ejecutoriada la presente providencia, envíese 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,


JORGE ELIECER LANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLÓ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado número 13-001-33-31-010-2012-00108-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0091

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: FRANCISCO JAVIER CARABALLO JULIO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2011-00304-00
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 TERMINO DE TRES (3) DIAS.-

Cartagena, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 de Indias D.T. y C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Francisco Javier Caraballo Julio y otros.
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación.
Expediente: 13-001-23-31-001-2011-00304-00

Agotado como se encuentra el trámite de la presente acción, procede la Sala a emitir decisión de fondo.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Los señores Francisco Javier Caraballo Dicta, Francisco Caraballo Dicta, Frinia Julio Julio, Emilce Caraballo Julio, Jorge Caraballo Julio, Belcky Caraballo Julio e Iris Caraballo Julio, por medio de apoderado judicial, concurren ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a instaurar demanda de reparación directa, conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra La Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES¹.

Que se declare responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios ocasionados a los demandantes por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto Francisco Javier Caraballo Julio durante cinco (5) meses y dos (2) días.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte demandada a pagar las siguientes indemnizaciones a los libelistas:

a) A título de lucro cesante, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Francisco Javier Caraballo Julio, por concepto de los ingresos que dejó de percibir durante su reclusión.

b) A título de daño emergente, siete millones de pesos (\$7'000.000,00), correspondientes a los gastos de defensa judicial que tuvo que asumir la víctima directa con motivo del proceso penal adelantado en su contra.

d) A título de daño a la vida de relación:

- A favor del señor Francisco Javier Caraballo Julio, en su calidad de perjudicado directo, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de los señores Francisco Caraballo Dicta y Frinia Julio Julio, en su calidad de padres del procesado, veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.
- A favor de Iris Carolina, Emilce, Belcky Josefina y Jorge Luís Caraballo Julio, en su calidad de hermanos de Francisco Javier

¹ Folios 2-5 del expediente

Caraballo Julio, quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

c) A título de perjuicios morales:

- A favor del señor Francisco Javier Caraballo Julio, en su calidad de perjudicado directo, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de los señores Francisco Caraballo Dicta y Frinia Julio Julio, en su calidad de padres del procesado, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.
- A favor de Iris Carolina, Emilce, Belcky Josefina y Jorge Luís Caraballo Julio, en su calidad de hermanos de Francisco Javier Caraballo Julio, veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

3. HECHOS.

La parte demandante sustenta la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls. 1-3):

Francisco Javier Caraballo Julio fue denunciado por el presunto delito de homicidio, a raíz de la muerte de Wilmer Romero, acaecida el 25 de julio de 2005 en el Municipio de Arjona (Bolívar) y, como consecuencia de ello, la Fiscalía Treinta y Uno Seccional de Turbaco, mediante resolución de 28 de agosto de 2008, le impuso al accionante medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y ordenó su captura.

El señor Caraballo Julio fue capturado el 16 de agosto de 2008 y recluido en el Centro Carcelario y Penitenciario San Sebastián de Ternera de esta ciudad.

Posteriormente, el 30 de diciembre de 2008, la fiscalía profirió resolución de acusación en su contra, ordenando mantener en firme la medida de aseguramiento que le había sido impuesta.

Mediante apoderado judicial, el libelista formuló recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue resuelto por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior Judicial de Cartagena el 18 de febrero de 2009, en proveído a través del cual se revocó la resolución de acusación dictada contra Francisco Caraballo y, consecuentemente, se le precluyó la investigación y se dispuso su libertad inmediata.

El sindicado, para la época de los hechos, se dedicaba a la entrega y contra entrega de mercancías enviadas desde y hacia Venezuela, actividad que le reportaba un ingreso mensual equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente para tal data.

Francisco Javier Caraballo Julio es hijo de Francisco Caraballo Dicta y Frinia Julio Julio; y hermano de Iris Carolina, Emilce, Belcky Josefina y Jorge Luis Caraballo Julio, con quienes convive y mantiene excelentes relaciones de afecto y ayuda mutua.

Con la detención del sindicado se le ocasionaron a él, a sus padres y a sus hermanos, graves perjuicios inmateriales y materiales.

4. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 10 de junio de 2011 (fls. 63-65) y, luego de surtirse su notificación, se fijó el proceso en lista por diez (10) días, plazo

dentro del cual la Nación – Fiscalía General de la Nación, a través de apoderado, contestó la demanda manifestando no constarle los supuestos fácticos de la misma y señalando, en oposición a las pretensiones de los accionantes, que no se verifican los presupuestos esenciales para estructurar su responsabilidad patrimonial porque obró conforme a lo establecido en el artículo 250 constitucional, según el cual es deber de la fiscalía investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores.

Adujo así mismo el ente investigador que precisamente en ejercicio de sus funciones se adelantó una investigación penal en contra del señor Caraballo y se le dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, con fundamento en las pruebas allegadas a ese proceso y en las normas aplicables, sin que por el solo hecho de haber sido finalmente absuelto dicho acusado, se deslegitime la medida de aseguramiento. Agregó, finalmente, que no se demostró la estructuración de los perjuicios cuya indemnización reclama el extremo accionante (fls. 71 a 75).

Por auto de 25 de octubre de 2011 (fls. 82-83) se abrió a pruebas el proceso y posteriormente, mediante proveído de 7 de octubre de 2013 se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para alegar de conclusión (fl. 113).

Dentro de esta oportunidad, la parte demandante y la Nación –Fiscalía General de la Nación presentaron alegatos de cierre (fls. 114-118 y 119-123) insistiendo en los argumentos planteados en la demanda y en la contestación de la misma, respectivamente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO

¿Está llamada a responder la Nación – Fiscalía General de la Nación por los perjuicios causados al sindicado y a sus familiares, como consecuencia de la privación de su libertad en virtud de detención preventiva, cuando se le absuelve en virtud del principio de *in dubio pro reo*?

3. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que textualmente reza:

“Indemnización por privación injusta de la libertad-. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, referida a quien ha sido privado injustamente de la libertad y la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones

puntuales: i. El hecho no existió, ii. El sindicado no lo cometió y iii. La conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas². Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

a. Una primera postura que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que “la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando se absuelve porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad es objetiva por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de diciembre de 2005, exp. 13558, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enriquez.

culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención.

c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaría imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*³.

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) **u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo***, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de julio de 2009, exp. 16932, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

no un daño antijurídico que tendrá que verificarse si es imputable o no a la administración de justicia⁴.

3.1.1. Régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en los casos contemplados en el inciso segundo del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

En sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 6 de abril de 2011, con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio⁵, se hicieron algunas precisiones en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, pero advirtiendo que en dicha decisión *“no se fijará el alcance del primer aparte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en tanto establece el derecho a la reparación para quien haya sido “injustamente privado de la libertad”, ni se entrará a definir si además de las causales taxativamente señaladas en la norma hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con un criterio objetivo y tampoco se referirá a los eventos de *in dubio pro reo*”*.

Por ello, en este precedente, sólo se determinó el alcance del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 frente a una de las causales de responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad.

En este orden de ideas, de la sentencia de la Sala Plena se pueden resaltar los siguientes aspectos relevantes:

(i) El derecho a la reparación del daño por privación injusta de la libertad ha sido regulado por distintas normas, razón por lo cual en cada caso concreto, el juez debe precisar cuál es la normatividad vigente para el momento en que la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, exp. 33238. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 6 de abril de 2011, exp. 21.653. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

persona es exonerada de responsabilidad penal y la causal que fundamenta esa exclusión de responsabilidad.

(ii) El concepto de daño antijurídico se desliga de su causación antijurídica porque *“aunque la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno”*.

En torno de este punto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó que sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.

(iii) Esa Corporación señaló que en vigencia de la actual Constitución Política, la privación de la libertad está prevista ya sea como pena o medida de aseguramiento, pero siempre que se cumplan los siguientes requisitos de orden legal y constitucional: (a) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (b) cumplimiento de las formalidades legales y, (c) la existencia de motivos previamente definidos en la ley. De igual manera debe obedecer *“a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena”*, por lo cual sólo debe ordenarse para procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse.

(iv) Cuando en vigencia del Decreto 2700 de 1991, es decir, entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, se profiera sentencia penal absolutoria o su equivalente de preclusión de instrucción, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por daño antijurídico, aplicando el segundo inciso del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991-Código de Procedimiento Penal⁶.

En estos casos, la persona *“tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta”*. Por ello, en estos casos el juez no tiene que hacer otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a la persona porque el daño así causado se torna antijurídico.

(v) Teniendo en cuenta que el Decreto 2700 de 1991 perdió vigencia al entrar a regir la ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal-, esto es, a partir del 24 de julio de 2001-, y que ni éste código, ni el subsiguiente –Ley 906 de 2004- contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado precisó que en relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, es decir, con posterioridad al 24 de julio de 2001, no podrá invocarse el artículo 414 como fuente normativa de la responsabilidad estatal. Señaló que lo anterior no obsta para que la decisión reparatoria se apoye en el artículo 90 de la Constitución”, y por los mismos

⁶Esta norma expresamente contempla: *“Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constitula hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”*.

eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, aquél, esto es, “cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible”.

Lo anterior, bajo el argumento que *“la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico”*.

(vi) Respecto del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que prevé que *“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*, el Consejo de Estado precisó que se refiere a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por actuación de cualquiera de sus Ramas u órganos *“abiertamente arbitraria”*, pero ello *“no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, que son los eventos a los que se refiere el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991”*.

(vii) Finalmente, decantó que en el evento de reclamarse daños consolidados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esto es, *“por privaciones de la libertad sufridas con ocasión de investigaciones penales concluidas antes del 7 de julio de 1991, la decisión reparatoria deberá*

fundamentarse en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos- y en los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886, así como en los criterios de responsabilidad patrimonial del Estado que fueron desarrollados por la jurisprudencia en aquella época”.

Es decir, que *“los daños sufridos por los demandantes por privación de su libertad antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991 y se expidiera el artículo 414 del Decreto 2700 de ese mismo año, son atribuibles al Estado cuando esa privación hubiera sido injusta, ilegal, o se hubiera incurrido en error judicial. Para deducir la responsabilidad deben aplicarse los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas, que la jurisprudencia había desarrollado hasta entonces (falla probada, falla presunta del servicio, daño especial, o riesgo excepcional)”*.

3.1.2. En providencia más reciente, de 22 de junio de 2011, la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado⁷, hizo las siguientes precisiones:

(i) Al margen de la fecha en que se produjo la privación de la libertad, ya sea que se hubiese llevado a cabo en vigencia del derogado Decreto 2700 de 1991 o no, se deben estudiar las reglas que el artículo 414 de esa normatividad contempla para determinar si el régimen aplicable es objetivo o subjetivo.

(ii) Si la absolución o la preclusión se producen porque: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, o iii) la conducta no constituía hecho punible, el régimen aplicable, por expresa disposición legal, es el objetivo, mientras que si la libertad se concedía por cualquier otra causa se imponía el estudio de la

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 20713, C.P. Enrique Gil Botero.

responsabilidad desde una perspectiva subjetiva (v.gr. la acción penal estaba prescrita, no se cumplían con los requisitos de la medida de aseguramiento, entre otros factores).

(ii) Recalcó que *“las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos, es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996”* y puntualizando que ello no significa que se esté avalando una aplicación ultractiva del citado precepto legal (artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, ello, en aplicación del principio *iura novit curia*, que habilita al juez para adoptar o acoger supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, según el fundamento en que se soporte la misma.

Puntualizó que en estos casos no hay necesidad de revisar si el Estado actuó de manera diligente o cuidadosa pues la fuerza de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), *“refuerza la idea de que bajo esas premitas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso...”*

3.1.3. Régimen de responsabilidad aplicable en los casos de absolución o preclusión en virtud del principio universal del *In dubio pro reo*.

Además de las hipótesis contempladas en el artículo 414 del otrora Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), existen otros motivos que

pueden conllevar a la absolución del sindicado y eventualmente a una declaratoria de responsabilidad administrativa en contra de la entidad responsable de la privación de la libertad, tal es el caso de la aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, derivado del de presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y que consiste en que toda duda razonable que se suscite al momento de proferir el fallo o al vencimiento de la etapa investigativa dentro del proceso penal, deberá ser resuelta a favor del imputado o acusado, dependiendo del estadio procesal en que se haga el estudio. En otras palabras, la aplicación de este principio implica que la falta de certeza de la culpabilidad del sindicado debe desembocar, siempre, en la desvinculación favorable del enjuiciado.

En lo que a privación injusta de la libertad se refiere, la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, adquiere importancia para la escogencia del régimen de responsabilidad por parte del operador judicial. Al respecto el Consejo de Estado⁸ ha puntualizado que:

“Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo⁹ -strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)¹⁰ y 15.463 (2007)¹¹, el juez de lo

⁸ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 31 de enero de 2011, exp. 18452, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹ “La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias... La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del *in dubio pro reo*. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba – es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas.” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala De lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13.687, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, si haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la "duda se resuelve a favor del procesado", se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado–¹², manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

En estos supuestos es lógico que el régimen de responsabilidad sea objetivo como quiera que imponerle al demandante la carga de demostrar una falla del servicio sería someterlo a una especie de probatio diabólica, ya que, en estos escenarios el problema es que no se pudo superar la duda razonable que opera como garantía constitucional de la persona, lo que se traduce en la necesidad de reparar el daño que se irrogó con la detención.

En efecto, la herramienta del in dubio pro reo –stricto sensu– opera como bisagra en la tensión que se genera en el poder público –y, concretamente, la represión penal– frente al principio de libertad, para darle prevalencia a este último en aquellos casos en que la duda deviene insuperable. Es decir, con la citada herramienta en su vertiente estricta se hace prevalecer el bien esencial de la libertad, razón por la que en estos eventos no se desprende una falla del servicio, sino una responsabilidad de naturaleza objetiva fundamentada en el rompimiento de las cargas públicas, toda vez que el Estado somete al ciudadano a una situación restrictiva en la que le limita sus garantías públicas para garantizar su comparecencia al proceso, razón por la que se impone el deber resarcitorio sin consideraciones subjetivas". (Negrillas fuera de texto).

¹¹ Consejo de Estado. Sala De lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 18.452, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera" *Ibíd.* Pág. 151- 152.

Desde esta perspectiva se advierte que el título de imputación aplicable en los casos de absolución por *in dubio pro reo* será el objetivo.

4. LO PROBADO

Con sustento en los medios probatorios allegados oportunamente y que cumplen los requisitos exigidos por la ley procesal para ser apreciados, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

a) Francisco Javier Caraballo Julio es hijo de Francisco Caraballo Dicta y de Frinia Julio Julio (fl. 15), y hermano de Iris Carolina, Emilce, Belcky Josefina y Jorge Luis Caraballo Julio (fls. 16-19).

b) La Fiscalía Treinta y Uno Seccional de Turbaco decretó el 28 de agosto de 2008 medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra Francisco Javier Caraballo Julio y ordenó su captura, por el presunto delito de homicidio (fls. 22-29).

c) El 16 de septiembre de 2008 fue capturado el accionante por miembros del CTI de la Fiscalía General de la Nación en el Municipio de Arjona - Bolívar (fls. 57-59).

d) El 30 de diciembre de 2008, la fiscalía profirió resolución de acusación en contra del libelista y ordenó mantener en firme la medida de aseguramiento previamente impuesta (fls. 30-40).

e) La anterior decisión fue apelada por el apoderado del accionante y revocada por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior Judicial de Cartagena mediante proveído de 18 de febrero de 2009, a través del cual se precluyó la investigación adelantada contra Francisco Caraballo y se dispuso su libertad inmediata (41-56).

f) El señor Francisco Javier Caraballo estuvo privado de su libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario San Sebastián de Ternera de esta ciudad, desde el 18 de septiembre de 2008, hasta el 20 de febrero de 2009, es decir, durante un lapso de cinco (5) meses y dos (2) días (fl. 111).

g) El accionante fue asesorado judicialmente en el proceso penal seguido en su contra por el abogado Pedro Romero Rincón, mandatario a quien le fue notificada la resolución de acusación –contra la cual formuló apelación según consta en el reverso del folio 40- y la resolución que precluyó la investigación punitiva (fl. 56, rvso.). El valor de los honorarios profesionales de dicho profesional del derecho fueron pactados en el monto de siete millones de pesos (\$7'000.000), de los cuales el libelista le adeuda cinco millones de pesos (\$5'000.000) (fl. 21).

5. CASO CONCRETO.

Valorados los hechos relevantes que resultaron probados en el proceso, que refieren que la investigación penal adelantada contra el señor Francisco Javier Caraballo Julio, en el marco de la cual se le impuso medida de aseguramiento el 30 de diciembre de 2008, se surtió bajo la égida del régimen procesal consagrado en la Ley 600 de 2000¹³, se impone concluir que el análisis de la responsabilidad del Estado por privación de la libertad en el caso concreto, se efectuará con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política.

De igual manera debe recordarse que en virtud de lo dispuesto en dicho precepto, es dable deducir la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad cuando la persona hubiese sido sometida a medida de aseguramiento, pero finalmente hubiera sido exonerada de responsabilidad mediante sentencia

¹³ Teniendo en cuenta que el presunto delito de homicidio investigado fue supuestamente cometido el 25 de julio de 2005.

absolutoria definitiva o su equivalente con fundamento en que: (i) el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió, (iii) la conducta no era constitutiva de hecho punible, y (iv) **por aplicación del principio del *in dubio pro reo***, como se señaló en el marco jurídico de esta sentencia.

En este orden de ideas, resulta necesario determinar si en el caso bajo estudio concurren los requisitos para declarar la obligación estatal de indemnizar los perjuicios causados a la parte demandante con ocasión de la privación de la libertad del señor Caraballo.

Dicho de otro modo, habrá de precisarse si en el *sub lite* se ha producido un daño antijurídico a los libelistas.

6. EL DAÑO.

En el caso concreto se probó que el señor Francisco Javier Caraballo Julio fue objeto de la privación de su libertad dentro de la investigación penal llevada a cabo por la fiscalía, por el presunto punible de homicidio.

Se demostró que la fiscalía decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el 28 de agosto de 2008 (fls. 22-29), que el 30 de diciembre de 2008 le profirió resolución de acusación (fls. 30-40), y que ésta decisión fue revocada el día 18 de febrero de 2009, ordenándose la preclusión de la investigación y su libertad inmediata (fls. 41-56).

Se acreditó, además, que el demandante estuvo privado de la libertad durante cinco (5) meses y dos (2) días (fl. 111).

Lo expuesto permite concluir que, efectivamente, el señor Caraballo fue objeto de una medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado de responsabilidad en virtud del principio de *in dubio pro reo*, lo cual, como se

vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

Así pues, como el Estado en el juicio punitivo no logró desvirtuar la presunción de inocencia del demandante, la medida de detención que debió soportar deviene abiertamente injurídica.

Resta reiterar que el régimen de responsabilidad aplicable en el *sub judice* es el objetivo, bajo cuya égida al demandante le corresponde la carga de probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin que sea relevante verificar si la autoridad judicial incurrió en un error. Por su parte, para exonerarse de responsabilidad la Administración debe acreditar la presencia de una causa extraña o ajena, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

En efecto, al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño generado de la situación de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el actor.

Por consiguiente, la Sala advierte que en el presente caso se dan todos los presupuestos para que pueda predicarse responsabilidad a cargo de la Fiscalía General de la Nación, en la medida en que la privación de la libertad impuesta al demandante por dicha entidad fue una carga que él no estaba llamado a soportar.

7. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

7.1. Perjuicios Morales

La imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra el señor Francisco Caraballo Julio por espacio de cinco (5) meses y dos (2) días, le generó un daño moral produciéndole sentimientos de aflicción, rechazo, desconsuelo, más aún, cuando se absolvió penalmente por ausencia de elementos probatorios que concluyeran su responsabilidad en las conductas punibles, situación que no se pone en tela de juicio por estar ampliamente acreditada en el plenario, y porque para ninguna persona en condiciones normales resulta placentero verse privada de uno de sus patrimonios más preciados, como lo es la libertad, circunstancias que demuestran que el sindicado se vio perjudicado moralmente. En efecto, las reglas de la experiencia indican sin lugar dudas que el procesado se ve afectado moralmente cuando es sometido a la restricción de su libertad, máxime si es en forma injusta.

En relación con la estimación del perjuicio moral, el Consejo de Estado ha determinado, en la mayoría de los casos y en el evento que se presente en su mayor intensidad, como tope máximo para la indemnización por daño moral, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁴, estimativo que tomará la Sala como punto de referencia para tasar la indemnización a reconocer a los demandantes por este concepto.

Puntualmente, en tratándose de la tasación de la indemnización por concepto del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad, dicha Corporación en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, decantó que el juez debe analizar

¹⁴ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29273. C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de febrero de 2003. Exp. 12654. C.P. Alier Eduardo Enríquez. Sentencia del 4 de octubre de 2007. Exp. 16058. C.P. Enrique Gil Botero.

según su prudente juicio las circunstancias propias del caso concreto para efectos de determinar la intensidad de esa afectación y subsecuentemente tasar los montos indemnizatorios, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

En ese sentido indicó que el juez deberá tener en cuenta criterios tales como: (i) el lapso de duración de la privación; (ii) la modalidad de reclusión aplicada; (iii) la gravedad del delito cuya comisión se endilgó al investigado o sindicado y, (iv) la posición y estatus social de éste.

Así mismo, esa Corporación planteó a modo de referencia –no obligatoria- unos parámetros indemnizatorios basados en principio en el factor cronológico, pero precisando, eso sí, que en todo caso dichos parámetros resarcitorios deben ser matizados según las circunstancias del caso de que se trate.

Para mayor claridad se transcribirán los apartes pertinentes de la providencia unificatoria en cita:

"La Sala de Sección aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios a fin de propender por su trato igualitario en punto de reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios reconocidos en esta tipología de perjuicios.

Lo anterior, debido a la problemática que se ha suscitado en la jurisprudencia de las Subsecciones por la utilización de metodologías diferentes para la tasación de los perjuicios inmateriales.

De otro lado, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad; en esa línea de pensamiento, se ha considerado que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades, al tiempo, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en

relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad.

Respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a maneru de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio.”¹⁵

Analizados los anteriores lineamientos referenciales planteados como opción de tasación resarcitoria por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en asuntos de privación injusta de la libertad, ha decidido la Sala acoger los parámetros propuestos en sede jurisprudencial en lo que respecta a los perjuicios morales causados a la víctima directa, y a partir de allí fijar en forma proporcional la indemnización de los perjuicios ocasionados por tal concepto a los familiares del sindicado(a) y demás damnificados, según su grado de parentesco con el procesado o de la estrechez y fortaleza del vínculo afectivo con el mismo.

Así las cosas, en el *sub judice* se tasará como perjuicio moral a favor de Francisco Caraballo Julio en su condición de perjudicado directo, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, teniendo en cuenta: (i) que la privación de la libertad de la que fue objeto fue superior a tres (3) meses pero no mayor a seis (6) meses, pues estuvo recluso durante cinco (5) meses y dos (2) días; (ii) que el delito de homicidio por el cual fue investigado, reviste suma gravedad y, (iii) que la modalidad de su reclusión fue carcelaria (fl. 111). Se anota, eso sí, que no se arrimó elemento de juicio alguno que trasluzca que el libelista ostentaba al momento de su detención un estatus social preeminente, y que por tanto no hay lugar a incrementar la tasación resarcitoria por tal criterio subjetivo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, radicación 05001233100019960065901 (25.022), C.P. Enrique Gil Botero.

De otro lado es de aclarar que en reiterada jurisprudencia¹⁶ se ha indicado que los perjuicios morales se presumen frente a los padres, hijos, cónyuge o compañero permanente y hermanos, en razón a que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar debido a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Destáquese que obra en el plenario copia auténtica del registro civil de nacimiento de Francisco Caraballo Julio donde consta que los accionantes Francisco Caraballo Dicta y Frinia Julio Julio son sus padres (fl. 15), por lo que se les reconocerá a dichos libelistas como resarcimiento del daño moral que se presume le fue causado a raíz de la detención de su hijo, el cincuenta por ciento (50%) de lo correspondiente a la víctima directa, es decir, la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Así mismo, con los correspondientes registros civiles y certificados de registro civil de nacimiento, los demandantes Jorge Luis Caraballo Julio (fl. 16), Belcky Josefina Caraballo Julio (fl. 17), Emilce Caraballo Julio (fl. 18) e Iris Carolina Caraballo Julio (fl. 19), probaron ser hermanos de la víctima y, en tal condición, se les tasará a título de perjuicios morales el veinticinco por ciento (25%) de lo correspondiente al acusado, esto es, doce punto cinco (12.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

7.2. Lucro cesante

El extremo accionante solicitó a título de lucro cesante, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes,

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 18 de marzo de 2010, Radicación No. 18569 y de 4 de octubre de 2007, radicación No. 16058, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia de 10 de marzo de 2005 radicación No. 14808 Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

correspondiente a lo que supuestamente dejó de devengar el señor Francisco Caraballo Julio durante su reclusión.

Como sustento argumentativo de tal pretensión se indicó en el libelo introductorio que el sindicado para la época de los hechos se dedicaba a la entrega y contra entrega de mercancías enviadas desde y hacia Venezuela, y que tal actividad le reportaba como ingreso mensual un salario mínimo legal mensual vigente.

Sin embargo, dentro del curso del proceso la parte demandante, en franco incumplimiento de la carga que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no acreditó que antes de ser privado injustamente de su libertad el procesado ejerciera una actividad laboral económicamente provechosa, razón por la cual se denegará el resarcimiento deprecado a título de lucro cesante.

Al respecto se memora que al tenor de lo dispuesto en el artículo 174 de ese estatuto procesal *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”* y que, según lo establece el artículo 177 en cita, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen.

7.3. Daño emergente

Se deprecia por concepto de daño emergente, el reconocimiento y pago de siete millones de pesos (\$7'000.000,00), correspondientes a los gastos de defensa judicial que –según se adujo- tuvo que asumir el actor con motivo del proceso penal adelantado en su contra.

En respaldo de ésta pretensión, el extremo accionante certificación emitida por el abogado Pedro Romero Rincón (fl. 21), mediante la cual indica que pactó

con el señor Francisco Caraballo Julio Gamarra la suma de siete millones de pesos (\$7'000.000,00) por concepto de los honorarios correspondientes a la defensa técnica prestada dentro de la investigación adelantada a aquél por el presunto delito de homicidio de Wilmer Romero. En éste documento se indicó que del monto acordado le habían sido pagados al mandatario dos millones de pesos (2'000.000,00) y que se le adeudaban los cinco millones de pesos (\$5'000.000) restantes.

Al respecto, es menester señalar en primer lugar que el anterior documento emanados de tercero, por su naturaleza declarativa y al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil¹⁷, puede ser apreciado sin necesidad de ratificación, salvo que la parte contra la cual se aduce lo solicite, lo que en este caso no ocurrió.

En segundo lugar, debe puntualizarse que sin duda constituye daño emergente cierto, directo y por tanto indemnizable, los gastos en que haya incurrido el accionante por contratar los servicios de profesionales del derecho con el fin de defender sus intereses en la investigación penal seguida en contra suya.

Revisado el expediente, se observa que la resolución de acusación proferida contra el actor fue notificada al abogado Pedro Romero Rincón y que fue dicho profesional del derecho quien la apeló (fl. 40, rvso.), así mismo quedó probado que también se le notificó la resolución que precluyó la investigación punitiva (fl. 56, rvso.), lo cual demuestra que en efecto ese mandatario judicial actuó en representación del demandante dentro del proceso penal adelantado en su contra, por lo que es procedente reconocer a favor del señor Caraballo el monto de los honorarios de ese jurista.

¹⁷ Aplicable en virtud de remisión contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo.

Por las anteriores razones, esta Sala concede a favor de la víctima directa la suma de siete millones de pesos (\$7'000.000,00) por concepto de daño emergente, no sin antes precisar que respecto del monto de la contraprestación acordada por el sindicato a sus abogados defensores por su labor no puede emitirse observación alguna, pues en materia de estipulación de honorarios en los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados entre particulares, prima el principio de autonomía de la voluntad.

7.4. Daño a la vida de relación

En lo referente a la pretendida indemnización por concepto de daño a la vida de relación, no se accederá a su reconocimiento, ya que dentro del proceso no se demostró cuál fue la afectación exterior en el entorno personal, social y familiar, que causó la reclusión de que fue injustamente objeto el señor Caraballo; no existe ninguna prueba que conlleve a afirmar que las condiciones en el entorno social y exterior de los accionantes cambiaron con posterioridad a la liberación del procesado, o que tuvieron cambios negativos en su vida relacional, en la capacidad de vivir en sociedad y disfrutar de las situaciones cotidianas en su entorno, con ocasión de los hechos objeto de esta litis.

En efecto, no se aportó o practicó prueba alguna que demuestre la configuración de ésta categoría de perjuicio, cuya acreditación es forzosa para que pueda ordenarse su resarcimiento, salvo que las circunstancias particulares del caso dado permitan presumir su estructuración, como lo decantó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“El daño a la vida de relación es una clase de perjuicio extrapatrimonial distinto del moral porque en éste lo que se afecta es la vida exterior y no las condiciones interiores de la persona. El daño a la vida de relación es la modificación del comportamiento social de quien lo padece.”

... el reconocimiento de este perjuicio no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones a nivel orgánico, sino que debe extenderse a todas aquellas situaciones que alteran la vida de relación de las personas; tampoco debe limitarse su reconocimiento a la víctima, toda vez que el mismo puede ser sufrido además por las personas cercanas a ésta, como su cónyuge y sus hijos; ni debe restringirse a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, pues puede referirse además al esfuerzo excesivo de realizar actividades rutinarias; ni se trata sólo de la afectación sufrida por la persona en su relación con las demás, sino también con las cosas del mundo. En dicho fallo se agregó que:

"En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima -daño moral-, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión -daño material-, sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral...la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal".

La existencia de este perjuicio como la de los demás puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede presumirse en razón de las circunstancias particulares del caso."¹⁸

En consecuencia, se denegará la indemnización deprecada por concepto de perjuicios a la vida de relación.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponerle condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de 10 de mayo de 2001, expediente 13.475, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

FALLA:

PRIMERO.- Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Francisco Javier Caraballo Julio entre el 18 de septiembre de 2008, hasta el 20 de febrero de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la Nación - Fiscalía General de la Nación a indemnizar los perjuicios causados por concepto de daño moral a los siguientes demandantes, así:

- a.) A Francisco Javier Caraballo Julio, en condición de víctima directa, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.
- b.) A Francisco Caraballo Dicta y Frinia Julio Julio, en calidad de padres de Francisco Javier Caraballo Julio, el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo para cada uno.
- c.) A Jorge Luis Caraballo Julio, Belcky Josefina Caraballo Julio, Emilce Caraballo Julio e Iris Carolina Caraballo Julio, en condición de hermanos del perjudicado directo, el equivalente a doce punto cinco (12.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo para cada uno.

TERCERO.- Condenar a la Fiscalía General de la Nación a pagar a Francisco Javier Caraballo Julio, por concepto de daño emergente, la suma de siete millones de pesos (\$7.000.000,00).

CUARTO.- Negar las demás súplicas de la demanda, por lo dicho en el acápite de consideraciones.

QUINTO.- La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO.- Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

Los Magistrados,


JORGE ELIÉCER PATIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-23-31-001-2011-00304-00)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0092

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: MARIA PRISCILA ARIZA DUARTE
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2011-00093-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 de Indias D. T. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **María Priscila Ariza Duarte**
Demandado: **Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional**
Expediente: **13-001-33-31-005-2011-00093-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero 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.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La señora María Priscila Ariza Duarte, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contencioso administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional con el fin de obtener en sentencia resolución favorable las siguientes:

2. PRETENSIONES

Se declare la nulidad del Oficio OFI11-33474 MDSGDVBSGPS-22 de fecha 12 de abril de 2011 el cual negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la actora.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y la compensación faltante a favor a la actora en calidad de madre del extinto CS Jorge Eliécer González Ariza, con retroactividad al día siguiente de la muerte aplicando el principio de favorabilidad.

3. HECHOS

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Jorge Eliécer González Ariza (q.e.p.d) había sido incorporado a prestar servicio militar como soldado regular desde el 6 de noviembre de 1987, fue dado de alta como soldado voluntario prestando su servicio hasta el día 27 de noviembre de 1994, día de su muerte, siendo calificado su servicio por la institución de acuerdo con el Decreto 2728 de 1968.

A la fecha de su retiro por defunción, fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo y dado que no contaba con esposa ni hijos, fue reconocida como beneficiaria mediante Resolución 09467 de 12 de octubre de 1995 su señora madre María Priscila Ariza Duarte, hoy demandante.

La resolución que designó a la madre del occiso como beneficiaria reconoció y pagó únicamente las cesantías definitivas dobles y una compensación correspondiente a 48 meses, considerando esto por la actora errado dado que tomaron como fuente de derecho para la liquidación el Decreto 2728 de 1968

y no el Decreto 1211 de 1990 la cual debía reconocerle al beneficiario las cesantías dobles, una compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido y una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del mismo decreto.

Solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional, Coordinador de Grupo de Pensionados el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 26 de agosto de 2010 invocando los principios de favorabilidad e igualdad.

El Ministerio de Defensa a través de la Coordinación de Grupo de Prestaciones Sociales, mediante Oficio OFI11-33474 -22 de 12 de abril de 2011, negó el reconocimiento pensional solicitado.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 9 de junio de 2011 (fl.76-77), y fue fijada en lista, plazo dentro del cual la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora, al considerar que lo pretendido carece de fundamentos fácticos y jurídicos, toda vez que al momento de la muerte del señor Jorge Eliécer González Ariza la norma vigente era el Decreto 2728 de 1968, conforme al cual se le reconocieron sus prestaciones, además alega que por parte de la actora no fue agotado el requisito de procedibilidad establecido en el numeral 2º del Decreto 1716 de 2009 por medio del cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del capítulo V de la Ley 640 de 2001, lo que dio lugar a proponer la excepción de inepta demanda.

A través de auto de fecha 14 de octubre de 2011 (fl.101) se dio apertura al periodo probatorio y finalmente se corrió traslado a las partes para alegar de

conclusión mediante auto de fecha 10 de abril de 2012 (fl.150) término dentro del cual ambas partes se mantienen en los razonamientos planteados en la demanda y en la contestación respectivamente. El Agente del Ministerio Público no hizo pronunciamiento alguno.

5. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, basado en lo siguiente:

Consideró que al momento del deceso, el señor Jorge Eliécer González Ariza ostentaba la calidad de soldado voluntario y por lo tanto en principio su madre no tendría derecho a las prestaciones consagradas para oficiales y suboficiales muertos en combate, sin embargo no podía pasarse por alto el ascenso póstumo del soldado voluntario al grado de cabo segundo, siendo este grado de suboficial lo que traería la aplicación del Decreto 1211 de 1990 por lo que el caso debe ser resuelto atendiendo al principio de favorabilidad laboral (fl.164-181).

6. RECURSO DE APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuesto por el apelante en calidad de demandada, se contraen a los siguientes aspectos:

Considera que el decreto aplicado por el juez de primera instancia es errado por cuanto éste no consagra como supuesto de hecho la muerte de un soldado voluntario sino la de un oficial o suboficial por lo que sería equivocado aplicar la consecuencia jurídica que se deriva de la norma.

Reitera que la norma aplicable al momento de la muerte del señor Jorge Eliécer González Ariza era el Decreto 2728 de 1968 y no la norma aplicada

por el fallo de primera instancia el cual concede beneficios al occiso sin ostentar tal calidad. (fls. 106-111)

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En audiencia de conciliación obligatoria realizada en fecha 29 de mayo de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena concedió el recurso de apelación (fl.209) el cual fue admitido por ésta Corporación mediante auto de fecha 18 de julio de 2013 (fl.213).

A través de auto de fecha 20 de agosto de 2013 (fl.215) se ordenó corre traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual se manifestó la parte demandante solicitando fuera confirmada la sentencia recurrida. El Agente del Ministerio Público no solicitó traslado ni rindió concepto.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

I. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora María Priscila Ariza Duarte, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en su condición de madre del señor Jorge Eliécer González Ariza, muerto con ocasión de actos propios del servicio cuando se desempeñaba como soldado voluntario, cuando es ascendido en forma póstuma al grado de cabo segundo.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte recurrente, los desata la Sala a continuación:

La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

El Decreto 2728 de 2 de noviembre de 1968, *“Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”*, en su artículo 8 establece a favor de los soldados en servicio activo, muertos *“por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público.”*, y sus beneficiarios, las siguientes prestaciones económicas:

“ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes u las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero."

Por su parte, el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 189 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las fuerzas militares muertos en actividad, entre las que se destacan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. Así se lee en la citada norma:

"ARTÍCULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.”.

Mediante la Ley 447 de 21 de julio de 1998, por la cual se establece Pensión Vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones, dispuso que la muerte de persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en actos del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión vitalicia; lo que es ratificado por el artículo 34 del Decreto 4433 de 2004.

Atendiendo a lo expuesto, se evidencia el trato excluyente entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado¹, al resaltar el trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas por el Decreto 2728 de 1968, y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, el primero aplicable a los soldados y el segundo a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en desarrollo de actos propios del servicio, encontrando que existe un trato discriminatorio, el cual es violatorio de garantías constitucionales tales como igualdad material y la

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección A; C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda. 1º de abril de 2004. Rad. 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03); Consejo de Estado- Sección Segunda, C.P.: Bertha Lucia Ramírez de Páez. 30 de octubre de 2008. Rad. No 05001-23-31-000- 2000-01274-01(8626-05); Consejo de Estado- Sección Segunda. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. 7 de julio de 2011, Rad 0001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-09).

seguridad social, por lo que ha dispuesto para casos análogos la inaplicabilidad del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, ordena la aplicación del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Al respecto, ha señalado:

"Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindicaron como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte.

(...)

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados

regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

(...)

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto,

si reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.”²

CASO CONCRETO

El señor Jorge Eliécer González Ariza ingresó a la institución como soldado regular desde el 6 de noviembre de 1987 hasta el 30 de abril de 1989 (fl.110), el 1 de agosto de 1991 ingresó como soldado voluntario hasta el 27 de noviembre de 1994. (fl. 110).

Mediante Resolución 09467 de 12 de octubre de 1995, le fueron reconocidos a favor de la señora María Priscila Ariza Duarte, los valores correspondientes a las prestaciones sociales de Jorge Eliécer González Ariza (q.e.p.d.) de conformidad con lo establecido en el Decreto 2728 de 1967, en su condición de beneficiaria. (fls. 142-143)

Que la señora María Priscila Ariza Duarte es madre del señor Jorge Eliécer González Ariza, según se desprende de registro civil de nacimiento Indicativo Serial 10834044. (fl. 139)

Visto lo anterior, y aplicando los antecedentes normativos y jurisprudenciales al caso concreto, encuentra la Sala que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, a través de la cual se declaró la nulidad del acto ficto que negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la señora María Priscila Ariza Duarte, bajo los siguientes argumentos:

Si bien, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2728 de 1968, no es viable reconocer a los padres de un soldado voluntario muerto en servicio activo una pensión de sobreviviente, los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad permiten otorgar dicho reconocimiento, ante la

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION B, siete (7) de julio de dos mil once (2011), Radicación número. 70001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-09), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

inaplicabilidad del artículo 8 de la norma en mención, y la aplicación del Decreto 1211 de 1990.

Así las cosas, pese a que para la ocurrencia de los hechos que dieron como resultado la muerte en servicio del soldado voluntario Jorge Eliécer González Ariza se encontraban vigentes tanto el Decreto 2827 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990, los cuales regulaban de manera diferente situaciones similares para miembros de la Fuerza Pública, por cuanto el primero de ellos negaba el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de un soldado regular muerto en actividad y el segundo, sí contemplaba el reconocimiento de tal prestación en el caso de oficiales y suboficiales, la regulación anterior, en criterio de la Sala, desconoce el principio de igualdad, así como las garantías constitucionales de favorabilidad y seguridad social en pensiones.

Lo anterior, implicaría una discriminación para acceder al beneficio pensional a favor de los soldados que prestan sus servicios a la fuerza pública del Estado. De igual manera, al negar una prestación a favor de los soldados regulares muertos en servicio activo, se estaría desatendiendo la finalidad con la cual fue creada la pensión de sobrevivientes, como lo es la de ayudar a superar las contingencias que trae consigo la pérdida de una persona que prestaba un soporte económico.

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que tanto los soldados regulares como los oficiales y suboficiales hacen parte de la Fuerza Pública y a pesar de ostentar distintos rangos, tienen un fin común, cual es propender por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden, no es dable, sin violentar esos principios constitucionales, que ante la muerte en servicio activo para los antes mencionados exista una diferencia entre las prestaciones que le serán reconocidas respecto de los demás miembros de las Fuerzas Militares: más exactamente, que para los

oficiales y suboficiales este concebida una pensión de sobreviviente, mientras que a los soldados regulares se les priva de esta prestación.

En virtud de lo expuesto, en el caso concreto la Sala inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

De conformidad con lo expuesto, la Sala de Decisión confirmará la sentencia impugnada, al encontrar acertada la decisión del A quo de declarar la nulidad del acto acusado y ordenar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora María Priscila Ariza Duarte, en su condición de madre supérstite del soldado voluntario Jorge Eliécer González Ariza y adicionará en el sentido de ordenar la inaplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y en su lugar se aplique el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

CONFIRMAR la sentencia de veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y se adicionará en el siguiente sentido:

“INAPLICAR el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y en su lugar **APLICAR** el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.”

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Priscila Ariza Duarte
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional
Expediente: 13-001-33-31-005-2011-00093-01

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13001-33-31-004-2005-01661-01)




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
E D I C T O N° 0093
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: CANDELARIA WILCHES DE PARODI
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2007-00091-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 de Indias D.T. y C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-010-2007-00091-01
Demandante: CANDELARIA WILCHES DE PARODI
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA
Instancia: SEGUNDA
Controversia: CONTRATO REALIDAD

I. ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN.-

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de junio de 2012 dictada por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la pretensión subsidiaria deprecada y negó las demás pretensiones.

1.2. DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Candelaria Wilches de Parodi, a través de apoderado judicial, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad de los actos administrativos SED-EE-1053 del 20 de febrero de 2007 y la Resolución 0542 del 22 de julio de 2005, por medio de

los cuales se negó el pago de las prestaciones sociales reclamadas en virtud de la configuración de la relación laboral.

Se declare la existencia de una relación laboral de carácter legal y reglamentario y en consecuencia se condene al Distrito de Cartagena a pagar todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de reconocer durante el término que laboró.

Se condene a pagar el valor del cálculo actuarial que el Seguro Social determine por el período que estuvo laborando y no fue afiliada.

Se condene al Distrito de Cartagena al pago de los intereses causados por la omisión en el pago de las prestaciones sociales.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Se condene en costas a la parte demandada.

Como pretensión subsidiaria solicita que se reconozca a título de indemnización el valor de las prestaciones sociales que debió recibir como empleada pública.

1.3. HECHOS.-

La parte actora desarrolló sus argumentos fácticos que la Sala procede a sintetizar así:

Señala que laboró en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, desde el 1º de marzo de 1994 hasta el 15 de marzo de 2002.

Narra que su vinculación se dio por órdenes de servicios consecutivas en el cargo de secretaria y monitora de actividades culturales.

Expresa que durante ese lapso laboró de forma dependiente y subordinada, cumpliendo un horario de trabajo.

Afirma que ha laborado de manera permanente e ininterrumpida en idénticas condiciones a las de sus compañeras, que se encuentran en la planta de personal, con las mismas funciones, horarios y responsabilidades.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

- **DISTRITO DE CARTAGENA.**

No se tuvo en cuenta la contestación de la demanda, en razón de que el apoderado omitió acreditar su condición de abogado inscrito (fls. 104-110).

1.6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 26 de junio de 2012, declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la pretensión subsidiaria; las demás pretensiones fueron denegadas.

El *a quo*, al resolver el caso concreto determinó que existió una relación laboral, puesto que se acreditó que la accionante se le impartían órdenes de obligatorio cumplimiento y además se probó que ejecutaba las mismas funciones de los empleados de planta.

No obstante lo anterior, estimó que dichos elementos no permiten aseverar que la accionante adquirió la calidad de empleada pública, en tanto no median las

circunstancias consagradas en la constitución para que se configurara este tipo de vinculación. Por estas razones negó el reconocimiento de las pretensiones deprecadas por la accionante, en el sentido que le fueran canceladas las prestaciones sociales y salarios dejados de percibir como consecuencia de la relación laboral que presuntamente tuvo con el ente demandado.

Por último, con relación a la pretensión subsidiaria de indemnización, declaró la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, en tanto no fue solicitada en la instancia administrativa. (fls. 191-204)

1.7. RECURSO DE APELACIÓN.-

Mediante escrito del 30 de julio de 2012 (fls.206-210), la parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, pidiendo revocarla y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda; teniendo en cuenta las siguientes razones:

Con relación a la excepción declarada, señaló que dicha pretensión se solicitó en la actuación administrativa, así como en los recursos que se interpusieron contra la decisión proferida por la administración.

Por último señala que los fundamentos fácticos, normativos y jurisprudenciales consagrados, permiten determinar la acreditación de los elementos que dan lugar a la existencia de una relación laboral con la entidad demandada.

1.8. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.-

Mediante auto del 12 de junio de 2013 (fl.228) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 18 de julio de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que presentarán sus alegatos y al Ministerio

Público para que rindiera concepto (fl.230), oportunidad de la que sólo hizo uso la demandada para solicitar que se confirme la sentencia recurrida (fls. 231-234).

El Procurador Judicial Delegado ante esta Corporación no emitió concepto en el asunto objeto de *litis*.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. CUESTIÓN PRELIMINAR.

Previo a plantearse el problema jurídico a resolver en esta instancia, conviene hacer mención de la excepción decretada por el A-quo.

A manera ilustrativa y en virtud de los fundamentos expuestos por la juez de instancia, resulta importante destacar que si bien el reconocimiento de una relación laboral, impide estimar que la persona detenta la calidad de servidor público, cierto es que el cumplimiento de los supuestos (prestación personal, remuneración y subordinación) confieren las prerrogativas de orden prestacional que ello implique.

En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado que cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la

prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.¹

Conforme a la de falta de agotamiento de la vía gubernativa declarada, la Sala estima infundada dicha excepción toda vez que se encuentra acreditado que tanto en la petición inicial como en los recursos interpuestos la accionante subsidiariamente solicitó el pago de las prestaciones sociales a título de indemnización. (fs. 16-24)

Por lo anterior, procede la Sala a plantearse el siguiente interrogante.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Se encuentran acreditados los elementos que permitan determinar que entre el Distrito de Cartagena y la demandante existió una relación laboral, de tal suerte que se deban reconocer las prestaciones causadas durante ese lapso?

Para resolver el anterior planteamiento, resulta menester hacer mención de los fundamentos normativos y jurisprudenciales que dan al traste con el mismo.

El contrato de prestación de servicios se estableció para cubrir funciones de origen especial o de administración, que no puedan ser desempeñadas por funcionarios de planta, así lo dispuso el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

“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

¹ Consejo de Estado Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008 Rad No 2776-05 C P Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008 Rad. No 1694-07 C P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 14 de agosto de 2008 C P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

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.” (Negrillas fuera de texto).

De la disposición transcrita se puede extraer que ésta clase de contratos no generan relación laboral, sin embargo, cuando de ellos se vislumbran elementos como la subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación. Así lo señaló la Corte Constitucional al diferenciar el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, en los siguientes términos:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de

trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”² (Negrillas fuera de texto)

De lo expuesto, se puede decir que, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales, no ocurriendo lo mismo con quien está sujeto a las condiciones de un contrato de trabajo. No obstante, si el interesado logra demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del contratante, tendrá derecho al pago de las mencionadas prerrogativas laborales.

El Consejo de Estado ha dicho que son tres los elementos propios de una relación de trabajo, sin embargo, ha tenido mayor relevancia que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador:

“La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4 (...)³

“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

²CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. Exp. D-1430. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara

³CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Exp. 0245/2003. Actor. Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente." (Negrilla fuera de texto)

Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia y, que desarrolló funciones propias de su cargo.

Así pues, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona natural y una entidad pública y se demuestra la existencia de los elementos propios de toda relación de trabajo, surge el derecho a que sea reconocida como tal, confiriéndole al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, en virtud del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En este punto, es de precisar que, el reconocimiento de una relación laboral no implica que la persona contratada mediante órdenes de prestación de servicios adquiera la condición de empleado público, pues, tal como lo ha establecido la alta corporación, tal calidad no se otorga por el sólo hecho de prestar servicios para el Estado: *"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

En esa medida, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y, se demuestra la existencia de los tres componentes de la relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral.

En uno de sus pronunciamientos el Consejo de Estado⁵ señaló en cuanto a la configuración del contrato realidad, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencias del 25 de enero de 2001. Exp. 1654-2000. C.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda y del 23 de junio de 2005. Exp. 245-03. C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencia del 4 de mayo de 2010. Exp. 1413-08. C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Bajo los anteriores parámetros, 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 existió una relación de subordinación.

De las pruebas arrojadas al libelo de la demanda se determina lo siguiente:

Copia de la Resolución 0542 del 22 de julio de 2005, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y salarios que la accionante debió percibir como consecuencia de la presunta relación laboral que tuvo con ente demandado (fls. 14-15)

Correlativamente obra el acto administrativo 2007-SED-EE-1053 del 20 de febrero de 2007, por medio del cual se confirmó la petición inicial. (fls. 12-13)

Escrito de fecha 20 de mayo de 1998, mediante el cual le informan que la orden de prestación de servicios se encuentra en trámite y que por lo tanto le solicitan presentarse en la Concentración Educativas San Felipe Nery, para desempeñar el cargo de secretaria. (fl. 27)

Orden de servicios conferida a favor de la accionante cuyo objeto consistió en prestar los servicios en la secretaria del museo de arte moderno. El plazo de ejecución fue pactado desde el 16 de febrero al 31 de marzo del año 2000 (fl. 28)

A folio 29 consta orden de servicios para el periodo comprendido entre el 1º y 15 de febrero del año 2000.

Orden de servicios a favor de la accionante, para desempeñarse en la secretaría del Museo de Arte Moderno, desde el 1º de abril al 30 de mayo de 2000. (fl. 30)

Orden de servicios que comprendió el periodo entre el 1º de junio y el 30 de julio del año 2000 (fl. 31)

A folios 32 y 33 constan las órdenes de servicios para desempeñarse como secretaria en el Museo de Arte Moderno, entre el periodo del 1º de agosto al 30 de septiembre y del 1º de octubre al 30 de noviembre del año 2000.

Orden de prestación de servicios conferida por el Director del Instituto Distrital de Cultura, a favor de la accionante para los meses de abril y mayo del año 2001, cuyo objeto consistió: *"Prestar sus servicios personales consistentes en servir de apoyo logístico a programas, ayudar y colaborar en todas las labores de oficina que se requieran en las dependencias del instituto de cultura, centros culturales, bibliotecas, o en el lugar que se le asigne, especialmente en la transcripción de documentos, manejo de archivos, atención al público de conformidad con los planes, proyectos y programas que se vienen adelantando en el instituto"* (fl. 34)

Orden de prestación de servicios conferida por el antiguo Instituto Distrital de Cultura de Cartagena, con una duración de un mes correspondiente a marzo del año 2001. (fl. 35)

Comprobantes de pago de la señora Candelaria Wilches. (fls. 36-43)

Consta a folios 44-57, el formato único de certificación mensual de contratados, en el cual se observa que la actora estuvo prestando los servicios en el museo de arte moderno.

A folio 58 media certificación en la que se indica que la señora Candelaria Wilches, viene desempeñándose como secretaria desde el 15 de junio de 1998, en virtud de la orden de servicios que se le expidió.

Comunicación expedida por el Director General del Instituto Distrital de Cultura, en la que se le indica que la orden de servicios vencía el día 31 de

marzo de 2002, que su prórroga quedaba sujeta a la viabilidad del proyecto.
(fl. 59)

Constancia de trabajo expedida por la Directora del Museo de Arte Moderno en la que indica que la accionante trabaja en dicha entidad desde hace seis (6) años. (fl. 60)

Certificación emanada de la Secretaría de Educación Distrital en la que se indica que en el archivo ni en el sistema de base de datos aparece información relacionada con la demandante. (fls. 132)

Lo reseñado en precedencia permite aseverar en primera lugar que la accionante recibió una remuneración como consecuencia de las órdenes de servicios.

Con relación a la duración en la prestación de los servicios, si bien existe una constancia dando cuenta que la accionante venía desempeñándose como secretaria desde el año 1998, lo cierto es que en el plenario únicamente constan los contratos de los años 2000 y 2001.

En estos casos y dentro de ésta acción, los contratos 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 tratándose el asunto de la demostración de un contrato realidad.⁶

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 4 de mayo de 2010, Rad. 1413-08, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En cuanto a la acreditación de la subordinación, se desechará la declaración rendida por la señora Edilsa Fortich Pérez (fls. 124-125), toda vez que no laboró en la entidad demandada, por tal motivo las razones o circunstancias que bien pudo deponer acerca de como prestaba los servicios la actora carecen de certeza.

A contrario sensu, si bien en la declaración que rindió la señora Ligia Ochoa de Muñoz (fls. 122-123), determina que la actora cumplía un horario de lunes a viernes de 09:00 A.M. a 12:00 P.M. y de 3:00 P.M. a 7:00 P.M. y los sábados de 10:00 A.M. a 1:00 P.M., y que además recibía órdenes de la directora (Ad.Honorem) del Museo de Arte Moderno, dicha probanza por sí sola no acredita la subordinación que debió mediar entre el empleador y la accionada.

A juicio de la Sala si bien en el objeto de lo contratos están detalladas las actividades que la accionante debía cumplir, ello no demuestra que las labores desarrolladas y la exigencia que se predicaba de las mismas eran semejantes a las funciones realizadas por los servidores públicos de la entidad.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, desentrañando la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.

Así, no se encuentra desvirtuada la calidad de este tipo de contrato en los términos del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 según el cual, las entidades estatales están facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, para desarrollar actividades relacionadas con

la administración o funcionamiento de la entidad, que no puedan realizarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En conclusión, ante la inexistencia de los presupuestos que acrediten la configuración de una relación laboral, se negarán las pretensiones de la demanda, pero atendiendo las razones aquí esgrimidas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No.1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFIRMAR la sentencia del 26 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las súplicas de la demanda, pero atendiendo las razones aquí expuestas, con excepción del numeral primero que se revoca.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIECER VALDERRAMA GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-010-2007-00091-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0094

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: U-A-E DIAN
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2009-00017-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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., cinco (05) de diciembre de dos mil trece (2013)

Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Demandado : E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en
Liquidación
Expediente : 13-001-23-31-001-2009-00017-00

Magistrado ponente: JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN, en contra de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación.

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 sea declarado nulo el artículo undécimo de la Resolución 051 de 19 de mayo de 2008, específicamente en lo atinente a la declaración de extemporaneidad del crédito presentado por la DIAN, señalado en el anexo 8 de la misma, así como también, se decrete la

nulidad de la Resolución 090 de 19 de agosto de 2008, por la cual, se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la primera decisión; actos proferidos por el Gerente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene al representante legal de la entidad demandada, declarar incorporado dentro del término legal a la masa de liquidación, el crédito a favor de la DIAN.

De igual manera, pide que se respete la prelación de créditos del artículo 2494 del Código Civil y, además, que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Refiere el libelo de la demanda, que mediante Decreto 711 de 20 de diciembre de 2007, expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar, se ordenó suprimir y liquidar la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, para lo cual, fue designado un liquidador a través del Decreto 011 de 11 de enero de 2008, proferido por la misma entidad, quien a juicio de la parte actora, incumplió lo establecido en los artículos 846 y 847 del Estatuto Tributario, al no informar dentro de los diez (10) días siguientes al acto que dio inicio al proceso liquidatorio, a la oficina de cobranzas de la administración de impuesto del lugar que le correspondía, con el fin de que se hiciera parte del proceso y hacer valer las deudas fiscales de plazo vencido y las que surgieran hasta el momento de la liquidación o terminación del proceso.

Señala la parte actora, que debido a esa omisión el crédito fiscal a su favor fue calificado como extemporáneo a través de los actos demandados, razón por la cual, considera vulnerado su derecho al debido proceso.

Indica la demanda, que si bien es cierto que los procesos administrativos de jurisdicción coactiva que adelanta la DIAN no son procesos judiciales, si tienen la naturaleza de un proceso de cobro ejecutivo, más cuando existían actuaciones por parte de la administración, tales como dos (2) avisos de cobro persuasivo, tres (3) citaciones para comparecer y doce (12) mandamientos de pago, los cuales, se encuentran debidamente notificados y ejecutoriados.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, señala que el ente demandado desconoció lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, debido a que no siguió la ritualidad establecida en el proceso de liquidación, concretamente con uno de los sujetos especiales como resulta ser la DIAN.

TRÁMITE

La demanda fue admitida mediante auto de 08 de abril de 2010 (fl.127), notificada al Gerente Liquidador de la F.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación por intermedio del Jefe del Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación de Bolívar (fl.146) y al Agente del Ministerio Público.

Luego, por medio de providencia fechada el 31 de marzo de 2011 (fls.131 – 132), se declaró el desistimiento tácito dentro de la presente demanda, decisión contra la cual la parte actora interpuso recurso de reconsideración y en subsidio apelación (fls.133 – 135), el cual, fue desatado favorablemente a sus intereses a través de auto del 07 de mayo de 2012 (fls.142 – 143).

Más adelante, dentro del término legal, el Departamento de Bolívar se opuso a la demanda mediante escrito obrante a folios 148 a 152 del expediente, exponiendo que la expedición de la Resolución 051 de 19 de mayo de 2008 se hizo cumpliendo cabalmente con la forma en que deben hacerse los emplazamientos y el contenido de los mismos a todos aquellos que tengan reclamaciones de cualquier índole contra la entidad en liquidación.

Propone como excepción la “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”, basada en que no es la llamada a responder por las actuaciones u omisiones que se narran en la demanda, sino que corresponde hacerlo a la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena liquidada.

De igual forma, alega la excepción de “*Inexistencia de ilegalidad*”, sustentada en que el artículo 12 de la Ley 1105 de 2006, establece que a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la entidad liquidada se les emplazará, pero resalta, que la ley no distingue ni le da preferencia a ningún acreedor, con lo cual se está reafirmando la obligatoriedad y la importancia que reviste el principio de igualdad de los acreedores en todos los procesos liquidatorios que se adelanten contra las entidades estatales.

Finalmente, propone la excepción de “*Límites a la competencia del liquidador*”, soportada en que la actuación del agente liquidador fue realizada dentro de los límites de competencia que le fue conferida, por tanto, si la parte actora considera que la actuación del mismo no estaba ajustada a la ley, debió solicitar la nulidad del Decreto 711 de 2007 o, por lo menos, solicitar su inaplicación, lo cual no efectuó.

Con auto de fecha 12 de diciembre de 2012 (fls.159 - 160), 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 actora presenta alegatos (fls.161 – 163), reafirmando lo expuesto en el libelo de la demanda; el Departamento de Bolívar hace lo propio, a través de memorial visible a folios 164 a 166 del expediente, ratificando las razones que sustentaron su defensa. 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

CUESTIÓN PREVIA.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva.**

El ente demandado propone como excepción de fondo la “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”, basada en que la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación es una entidad de derecho público, descentralizada, del orden departamental, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, lo cual, permite colegir que la misma contó con la independencia necesaria para efectuar todos los actos que conllevaron a la culminación del proceso de liquidación; por tal razón, considera que no puede ser de recibo, que ahora se llame como demandado al Departamento de Bolívar para que responda por obligaciones propias de la entidad mencionada.

Sobre este argumento, se debe precisar inicialmente, que la legitimación en la causa no es una excepción de fondo en los procesos ordinarios, sino que la misma viene a ser una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.

En ese sentido, la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa ha establecido una clara diferencia entre

“legitimación de hecho en la causa” y “legitimación material en la causa”, siendo la primera aquella relación o nexo existente entre las partes procesales originada en la presentación de la demanda y la notificación del auto admisorio de la misma al accionado. Mientras que la segunda, se refiere a la participación real y efectiva de los sujetos procesales en los hechos que dieron origen a la controversia.

Bajo esta perspectiva, la Sección Primera de la alta corporación, a través de su jurisprudencia, acogió un pronunciamiento emanado de la Sección Tercera de la misma judicatura, en la que expuso lo siguiente¹:

“...En torno al concepto enunciado, la sentencia de 20 de septiembre de 2.001, expediente No. 10973, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones, que esta oportunidad se prohíjan:

“...La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material.

La legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B. Cada uno de estos está legitimado de hecho.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de noviembre de 2009, Exp. 1997-13681-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso

(...)

La falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo.

La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir, parcial o totalmente la súplica procesal.

La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado - modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante - que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.

(...)

De todo lo anterior se concluye, de un lado, que la legitimación en la causa no es una excepción de fondo en los procesos ordinarios..."

Así las cosas, resulta diáfano que la legitimación material en la causa por activa constituye un presupuesto de la sentencia favorable, referido a la relación sustancial que debe existir entre el demandante, el demandado y el interés perseguido en el juicio, cuya inexistencia conduce inexorablemente a un fallo desestimatorio de las pretensiones de la demanda.

Teniendo claro lo antes expuesto, considera la Sala, que en el asunto de marras no se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar, de conformidad con lo establecido en el artículo 35

del Decreto 254 de 2000², modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006³, aplicable al presente asunto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1^o⁴ de las mismas. La disposición en comento es del siguiente tenor:

“Artículo 35. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.

(...)

Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En virtud de ello, el artículo 46 del Decreto 711 de 20 de diciembre de 2007, mediante el cual, se ordenó la liquidación de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, dispuso que a la terminación del plazo del proceso liquidatorio, el agente liquidador podía celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria, para que asumiera el cumplimiento de las obligaciones que aún quedaran pendientes y, que si luego de pagadas las obligaciones a cargo

² Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional

³ Por medio de la cual se modifica el Decreto-ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones

⁴ “Artículo 1o El artículo 1o del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así

“Artículo 1o Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución. La liquidación de las Sociedades Públicas, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y las Empresas Sociales del Estado se sujetarán a esta ley.

Los vacíos del presente régimen de liquidación se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan

Aquellas que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, una vez decretada su supresión o disolución realizarán su liquidación con sujeción a dichas normas

Parágrafo 1o Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan suprimir o disolver y liquidar una entidad pública de dicho nivel, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptando su procedimiento a la organización y condiciones de cada una de ellas, de ser necesario, en el acto que ordene la liquidación.” (Negrilla fuera de texto) (Aparte subrayado declarado exequible, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-735-07 de 19 de septiembre de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa

de la entidad en liquidación, quedaren activos o dinero en poder de la entidad fiduciaria contratada, ésta los entregaría al Departamento de Bolívar.

En el presente asunto, no existe prueba siquiera sumaria de que el agente liquidador de la entidad demandada haya celebrado contrato con fiduciaria alguna, lo cual, permite inferir que las obligaciones pendientes quedaron a cargo del Departamento de Bolívar, máxime cuando el artículo 35 del Decreto 254 de 2000, no impone la obligación de contratar con una compañía fiduciaria para tales efectos, sino que deja abierta esa posibilidad.

Por las anteriores razones, se concluye, que en el presente asunto no se encuentra configurada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar.

EXCEPCIONES.

La parte demandada presenta las excepciones denominadas "*Inexistencia de ilegalidad*", "*Obligatoriedad de aplicación del régimen liquidatorio especial*" y "*Límites a la competencia del liquidador*", 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 la comunicación o información a la DIAN acerca de la iniciación del proceso liquidatorio de una Empresa Social del Estado, se rige por el procedimiento establecido en el artículo 23 del Decreto 254 de 2000, referente al trámite del emplazamiento o, si por el contrario, se debe atender lo dispuesto en los artículos 846 y 847 del Estatuto Tributario.

Los motivos de inconformidad manifestados por las partes, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

Como ya se dijo, el régimen jurídico previsto para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, aplicables también a las entidades del orden territorial y, en especial, a las Empresas Sociales del Estado, se encuentra contenido en el Decreto 254 de 2000, el cual, fue modificado por la Ley 1105 de 2006. El referido decreto en su artículo 23 acerca de la información o comunicación a los acreedores e interesados en el proceso liquidatorio de las entidades sometidas a este régimen, dispone:

“Artículo 23. Emplazamiento. <Artículo modificado por el artículo 23 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro del término de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que se inicie el proceso de liquidación, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la entidad en liquidación y a quienes tengan en su poder a cualquier título activos de la entidad, para los fines de su devolución y cancelación.

Para tal efecto se fijará un aviso en lugar visible de las oficinas de la entidad, tanto de su domicilio principal como de sus dependencias y seccionales, y se publicarán dos (2) avisos en un diario de amplia circulación nacional y en otro del domicilio principal de la entidad en liquidación, si fuere un municipio o distrito diferente a Bogotá, con un intervalo no inferior a ocho (8) días calendario.

El aviso contendrá:

- a) La citación a todas las personas que se consideren con derecho a formular reclamaciones contra la entidad a fin de que se presenten indicando el motivo de su reclamación y la prueba en que se fundamenta;*
- b) El término para presentar todas las reclamaciones, y la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación.*

Parágrafo. En los procesos jurisdiccionales que al momento de decretarse la liquidación de la entidad se encontraren en curso y dentro de los cuales se

hubieren practicado medidas cautelares sobre los bienes de la entidad en liquidación, levantada tal medida de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto, el o los actuantes deberán constituirse como acreedores de la masa de la liquidación.”⁵

Tal como puede observarse, la disposición en comento establece claramente que el funcionario que lleve a cabo el proceso de liquidación de una entidad regulada por dicho decreto, como lo son las Empresas Sociales del Estado, deberá **emplazar** a todas aquellas personas que tengan derecho a efectuar reclamaciones a la misma, así como también, a quienes tengan en su poder títulos activos, para efectos de su devolución y cancelación, lo cual, deberá hacerse **dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al inicio del proceso liquidatorio.**

Lo anterior se realizará por medio de la fijación de un aviso en lugar visible de las oficinas de la entidad liquidada, tanto de su domicilio principal como de sus dependencias y seccionales y, además, se publicarán dos (2) avisos en un diario de amplia circulación nacional y en otro del domicilio principal de la misma.

Por su parte, el Decreto 624 de 1989⁶ o Estatuto Tributario, en sus artículos 846 y 847 acerca de la comunicación a los interesados sobre el inicio de los procesos de liquidación, preceptúa:

“Artículo 846. En otros procesos. En los procesos de concurso de acreedores, de quiebra⁷, de intervención, de liquidación judicial o administrativa, el Juez o funcionario informará dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud o al acto que inicie el proceso, a la oficina de cobranzas de la Administración del lugar que le corresponda, con el fin de que ésta se haga parte en el proceso y haga valer las deudas fiscales de plazo vencido, y las que surjan hasta el momento de la liquidación o terminación

⁵ Apartes subrayados del texto modificado por la Ley 1105 de 2006 declarados exequibles, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-735-07 de 19 de septiembre de 2007, M.P. Mazuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

⁷ El Título II del Libro Sexto del Código de Comercio, que trata del concepto de quiebra, fue derogado expresa e íntegramente por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995, publicada en el Diario Oficial No. 42 156 del 20 de diciembre de 1995.

del respectivo proceso. Para este efecto, los jueces o funcionarios deberán respetar la prelación de los créditos fiscales señalada en la ley, al proceder a la cancelación de los pasivos.

“Artículo 847. En liquidación de sociedades. Cuando una sociedad comercial o civil entre en cualquiera de las causales de disolución contempladas en la ley, distintas a la declaratoria de quiebra o concurso de acreedores, deberá darle aviso, por medio de su representante legal, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que haya ocurrido el hecho que produjo la causal de disolución, a la oficina de cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales ante la cual sea contribuyente, responsable o agente retenedor, con el fin de que ésta le comunique sobre las deudas fiscales de plazo vencido a cargo de la sociedad.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Las disposiciones previamente transcritas, señalan que en los procesos de liquidación administrativa el funcionario encargado de dicho trámite deberá informar a la oficina de cobranzas de la administración de impuestos del lugar que le corresponda, sobre la existencia del mismo dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud o al acto que inicie el proceso, con el objeto de que dicha dependencia se haga parte en el proceso y haga valer las deudas fiscales de plazo vencido y las que surjan hasta el momento de la liquidación o terminación del respectivo proceso.

Del anterior recuento normativo, extrae la Sala, que existe una diferencia entre las disposiciones traídas a colación, toda vez, que las comprendidas en el Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006 revisten el carácter de aplicación especial respecto a la liquidación de las Empresas Sociales del Estado como lo es la entidad demandada; mientras que las contenidas en el Estatuto Tributario vienen a ser normas que regulan de manera general algunos aspectos atinentes al proceso de liquidación administrativa.

En efecto, el artículo 1º tanto del Decreto 254 de 2000, como de la Ley 1105 de 2006, establecen claramente el ámbito de aplicación de las mismas,

precisando sin lugar a dudas que las mismas cobijan a las entidades públicas de la rama ejecutiva del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución, así como también la liquidación de las Empresas Sociales del Estado, entre otras entidades. De igual manera, señala que los vacíos que se puedan presentar en éste régimen de liquidación, se llenarán con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan, lo cual, también resta fuerza a la aplicación de las normas del Estatuto Aduanero citadas por la DIAN en casos como el *sub judice*, máxime cuando en este caso no existe vacío respecto a la manera de comunicar o informar a los interesados sobre el inicio del proceso liquidatorio.

Así las cosas, considera la Sala, que existiendo una normativa especial que regula todo lo concerniente a la liquidación de las Empresas Sociales del Estado, resultan inaplicables las disposiciones generales contenidas en el Estatuto Tributario sobre la materia, atendiendo las voces del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887⁸.

Sobre el tema objeto de discusión, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha precisado⁹:

“...la Sala considera pertinente atender el criterio interpretativo contenido en el artículo 5 [1] y [2] de la Ley 57 de 1887, donde se establece que las disposiciones relativas a un asunto especial prefieren a las que tengan carácter general y que cuando tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, prefiere la que se encuentra en el artículo posterior. El legislador reglamentó de manera especial dentro del Libro V del Estatuto Tributario, primero, el procedimiento para la determinación del impuesto, y posteriormente, el procedimiento aplicable a las devoluciones de saldos a favor; los artículos 705-1 y 854 del Estatuto Tributario reglamentan procedimientos distintos y, en consecuencia, no pueden, ni el contribuyente, ni la Administración, desatender la especialidad”

⁸ “Artículo 5° Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal preferirá aquella. Si en los códigos que se adoptan se hallaren disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 08 de septiembre de 2005, Exp. 13684, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

de tales normas para ampliar en su favor los plazos establecidos en ellas..."

(Subrayado y negrilla fuera de texto)

En otra oportunidad, acerca del tópico materia de controversia, el máximo órgano de esta jurisdicción, hizo las siguientes precisiones¹⁰:

"...Es importante aclarar que en aplicación de la regla de hermenéutica contenida en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887, las normas antes transcritas invocadas por el ejecutivo para expedir el Decreto 4299 de 2005, prevalecen sobre las Leyes 155 de 1959, 232 de 1995 y 256 de 1996, que el actor considera violadas, las cuales son generales y regulan, respectivamente, materias como las prácticas comerciales restrictivas, funcionamiento de los establecimientos comerciales y competencia desleal..."

(Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, no es de recibo el argumento esbozado por la parte demandante en el libelo introductorio, referente a que las disposiciones citadas del Estatuto Tributario ostentan el carácter de aplicación especial, debido a que las mismas otorgan un tratamiento especial a la DIAN en este tipo de procedimientos. No se comparte esta posición, toda vez, que dicho trámite está previsto para todas las liquidaciones administrativas que adelante cualquier entidad tanto pública como privada que no tengan un régimen especial, que no viene a ser el caso de las Empresas Sociales del Estado que si lo tienen.

Hechas las anteriores precisiones, corresponde ahora revisar el acervo probatorio recopilado en la foliatura, con la finalidad de verificar si la entidad demandada llevó a cabo el trámite previsto en la normatividad especial que regula el proceso liquidatorio de la misma.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de agosto de 2010, Exp. 2006-00184-01, C.P. (E) María Clauúta Rojas Lasso.

-fls.14 – 34: Decreto 711 de 20 de diciembre de 2007, expedido por el Gobernador de Bolívar, “*Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Hospital San Pablo de Cartagena del orden departamental, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones*”, el cual, entre otras situaciones, establece:

“Artículo 1º. Supresión y liquidación. Suprimase la Empresa Social del Estado Hospital San Pablo de Cartagena, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creada mediante Decreto No. 1000 del 25 de Noviembre de 1994, modificado por el Decreto No. 665 del 5 de julio de 1995, de la Asamblea Departamental de Bolívar. En consecuencia, a partir de la vigencia del presente Decreto la Empresa Social del Estado Hospital San Pablo de Cartagena, entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación de “Empresa Social del Estado Hospital San Pablo de Cartagena en liquidación”.

El proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado Hospital San Pablo de Cartagena, deberá concluir a más tardar en un plazo de un (1) año, contado a partir de la vigencia del presente Decreto, prorrogable por un (1) año más por el gobierno departamental, mediante acto administrativo debidamente motivado.”

“Artículo 33º. Iniciación del proceso de liquidación. El proceso de liquidación se inicia una vez ordenada la supresión de la entidad, tal como lo refiere el artículo 1º del presente decreto. Para todos los efectos se entenderá iniciada una vez publicado el presente decreto y posesionado el Gerente Liquidador.”

“Artículo 35º. Avisos y emplazamientos. Dentro del término de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que se inicie el proceso de liquidación, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la entidad en liquidación y a quienes tengan en su poder a cualquier título activos de la entidad, para los fines de su devolución y cancelación.

Para tal efecto se fijará un aviso en lugar visible de las oficinas de la entidad, tanto de su domicilio principal como de sus dependencias y seccionales, y se publicarán dos (2) avisos en un diario de amplia circulación nacional y en otro del domicilio principal de la entidad en liquidación, con un intervalo no inferior a ocho (8) días calendario.

El aviso contendrá:

a. La citación a todas las personas que se consideren con derecho a formular reclamaciones contra la entidad a fin de que se presenten indicando el motivo de su reclamación y la prueba en que se fundamenta.

b. El término para presentar todas las reclamaciones y la advertencia de que una vez vencido este, el Gerente Liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación...”

“Artículo 36°. Presentación de acreedores y reclamaciones. El término que se establezca para presentar las reclamaciones no podrá ser superior a un mes contado a partir de la fecha de publicación del último aviso de emplazamiento.

“Artículo 39°. Notificación a entidades gubernamentales. Sin perjuicio de la publicación del presente Decreto, el Gerente Liquidador deberá notificar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, a la Contaduría General de la Nación y demás entidades de control que estime convenientes de la supresión de la entidad y la iniciación del proceso liquidatorio...”

-fls.35 – 36: Oficio 8006065-901116 de 15 de abril de 2008, suscrito por la doctora Judith Esther Benavides Hermosa¹¹, dirigido a la entidad demandada, la cual, lo recibió el día 16 de abril de 2008; a través del mismo le comunica lo siguiente:

“...La Administración a la fecha no ha recibido comunicación oficial por parte de ustedes del inicio del proceso liquidatorio, tal como lo señala el artículo 1

¹¹ Ver fl 12, Acta de Incorporación y Ubicación 027 de 02 de agosto de 1999, mediante la cual, se incorpora a la doctora Judith Esther Benavides Hermosa, identificada con cédula de ciudadanía 32.693.714, en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22 de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos de la ciudad de Cartagena

del Decreto No. 2211 del 2004, sin embargo y ante la existencia en la División de Cobranzas de la Administración Local de Impuestos de Cartagena de un proceso de cobro coactivo contra el referido hospital, hemos procedido de oficio a suspender el proceso de cobro coactivo y ordenar la remisión del expediente original junto con la relación de las deudas que se estaban cobrando dentro del mismo, esto con el fin de que sea incorporado dentro del proceso liquidatorio y se reconozcan las deudas de carácter fiscal..."

-fls.37 - 46: Resolución 051 de 19 de mayo de 2008¹², expedida por el Gerente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, en el que dispone lo siguiente:

"...TERCERO.- Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 y siguientes del Decreto 711 del 20 de Diciembre de 2007 y dentro del término legal, el Gerente Liquidador emplazó a quienes tuvieran reclamaciones de cualquier índole contra la E.S.E. intervenida así como a quienes tuvieran en su poder a cualquier título activo de la entidad en liquidación, para los fines de su devolución y cancelación, fijado por el término de un mes en la sede de la liquidada y publicado en Diarios de amplia circulación Nacional y Local.

CUARTO.- Que dicho emplazamiento fue fijado en la oficina principal de la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, ubicada en el sector Zaragocilla en la calle 22 carrera 56 y 57 del Municipio de Cartagena. el día 11 de Febrero de 2008 y Desfijado el 11 de marzo del mismo año, publicados en los diarios la República y el Universal, el 31 de enero primer aviso y 11 de febrero segundo aviso, donde se emplazó a todos los que se consideren con derecho a formular reclamaciones contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, a fin de que se presente con prueba siquiera sumaria de sus créditos, cuyo término estuvo comprendido entre el 12 de Febrero al 11 de marzo de 2007...

...ARTÍCULO UNDÉCIMO.- DAR TRATAMIENTO EXCEPCIONAL a las siguientes reclamaciones por haber sido presentadas de manera

¹² "Por medio de la cual se deciden las reclamaciones de créditos presentadas oportunamente, los bienes que integran la masa de la liquidación y los excluidos de ella, las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes incluidos de la masa de la liquidación y el orden de restitución, s, los créditos aceptados y rechazados, contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de los mismos, su cuantía, clase y prelación de pago, así como los privilegios o preferencias determinadas por el artículo 2494 y siguientes del C.C., modificaciones introducidas por la Ley 50 de 1990, artículo 27 y siguientes del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007"

EXTEMPORÁNEA de conformidad con lo señalado en el ANEXO No. 8, dándoseles el tratamiento definido en el artículo 29 del Decreto 2211 de 2004...

-fl.47: Anexo 8 de la Resolución 051 de 19 de mayo de 2008, sobre relación de acreencias extemporáneas, en la que se relaciona la siguiente información:

No. RADICADO	FECHA RADICACIÓN	RECLAMANTE	IDENTIFICACIÓN	PRELACIÓN LEGAL	TOTAL VALOR RECLAMADO
0032	16-04-08	DIAN SECCIONAL CARTAGENA		2 CLASE	1.464.982.000,00

-fls.67 – 76: Resolución 090 de 19 de agosto de 2008, expedida por el Agente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, por medio de la cual, resuelve un recurso de reposición interpuesto por la DIAN contra la Resolución 051 de 19 de mayo de 2008, considerando entre otros aspectos que:

“...Si bien es cierto que por disposición expresa del art. 1 de la Ley 1105 de 2006, el estatuto orgánico financiero y las normas que lo desarrollan llenan los vacíos del régimen de liquidación de las Empresas Sociales del Estado, no es menos cierto que en lo referente a la comunicación de la apertura del proceso liquidatorio, el régimen liquidatorio (Decreto 254 de 2000, Ley 1105 de 2006, Decreto Departamental 711 de 2007) regula la materia en el art. 23 del Decreto 254 de 2000, modificado por el art. 12 de la Ley 1105 de 2006, establece la forma en que deben hacerse los emplazamientos y, el contenido mismo de los avisos emplazatorios “a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la entidad en liquidación”...

...Al no existir el vacío normativo, no se le puede dar aplicación al art. 1 numeral 1 literal d, del Decreto 2211 de 2004. De otra parte, hay que tener en cuenta que el decreto 2211 de 2004 determina el procedimiento aplicable a las entidades financieras sujetas a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa, y el proceso liquidatorio que se adelanta contra las Empresas Sociales del Estado está regulado por un régimen especial distinto al régimen de la liquidación forzosa que desarrolla el Decreto 2211 de 2004...

...Finalmente, en lo que respecta a la aplicación de los art. 846 y 847 del estatuto tributario no es obligatoria en el presente proceso liquidatorio por varias razones: las normas del Decreto 254 de 2000 y de la Ley 1105 de 2006, son normas que establecen un régimen liquidatorio especial, y por tanto, por ser especial se aplican primero que la norma general, lo que indica que, si el régimen de liquidación de las entidades públicas no contempla un trato especial a uno o varios acreedores determinados en lo que a la comunicación del proceso se refiere, y a contrario sensu la filosofía del proceso lo que predica es la igualdad de los acreedores, sería contradictorio aplicar una norma que predica un trato especial a la DIAN; cuando la norma ordena el emplazamiento a todos los que tienen reclamaciones de cualquier índole establece la igualdad de todos los acreedores, sin perjuicio de lo que a prelación de créditos se refiere y que también está regulado en las pluricitadas normas..."

Al analizar el anterior material probatorio se pudo constatar que de acuerdo al artículo 33 del Decreto 711 de 20 de diciembre de 2007, el proceso liquidatorio de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena iniciaría una vez publicado el mencionado decreto y luego de estar posesionado el liquidador.

Como puede verificarse a folio 34 del plenario, el Decreto 711 a que se ha hecho alusión, fue publicado el día 20 de diciembre de 2007; ahora bien, en el informativo no existe prueba de la posesión del agente liquidador de la entidad accionada, pero en el hecho segundo del libelo de la demanda la DIAN afirma que éste fue designado mediante Decreto 011 de 11 de enero de 2008, por lo tanto, los cuarenta y cinco (45) días a que hace referencia el artículo 23 del Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, para efectuar el emplazamiento de los interesados en el proceso de liquidación, deben contabilizarse a partir de esa fecha, lo que lleva a concluir que dicho plazo venció el día 25 de febrero de 2008.

Por otro lado, debe ponerse de relieve que en el expediente no reposa prueba de la publicación de los emplazamientos de que trata la disposición a que se ha hecho referencia, no obstante ello, en el artículo cuarto de la parte

considerativa de la Resolución 051 de 19 de mayo de 2008 (fl.37), se señala que el mismo fue fijado en la oficina principal de la entidad accionada ubicada en el sector de Zaragocilla en la calle 22 carrera 56 y 57 del Distrito de Cartagena, el día 11 de febrero de 2008 y desfijado el 11 de marzo del mismo año, publicados en los diarios La República y El Universal el día 31 de enero de 2008 el primer aviso y el 11 de febrero de ese año, el segundo; situación a la cual no se opuso el ente demandado, por lo que esta corporación le da plena validez.

Asimismo, el artículo 36 del Decreto 711 de 20 de diciembre de 2007, determinó que el término para presentar las reclamaciones no podía ser superior a un (1) mes contado a partir de la fecha de publicación del último aviso de emplazamiento, el cual, como ya se dijo, se llevó a cabo el día 11 de febrero de 2008, por lo tanto, la DIAN tenía hasta el día 11 de marzo de 2008 para presentar las reclamaciones correspondientes.

Pero fue sólo hasta el día 16 de abril de 2008 (fls.35 – 36), que la entidad demandante presentó ante la Dirección de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena memorial contentivo de las reclamaciones pecuniarias que la parte actora le adeudaba, lo que denota la extemporaneidad de las mismas.

Por las razones anteriormente expuestas, considera la Sala, que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de que se encuentran revestidos los actos enjuiciados, razón por la cual, se procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

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 demandante 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: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la DIAN, en contra de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida.

TERCERO: 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 ELIECER PARDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-001-2009-00017-00.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0095
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: SOCIEDAD BLUE CARGO S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2007-00019-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002

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|
Demandante: Sociedad Blue Cargo S.A.
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Expediente : 13-001-33-31-011-2007-00019-01

Tema: Incumplimiento Régimen de Tránsito Aduanero

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte, contra la sentencia de fecha 16 de Marzo de 2012, proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del proceso instaurado por SOCIEDAD BLUECARGO S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

-Que se declare la Nulidad de la Resolución No.001585 del 30 de Junio de 2006; por medio de la cual la entidad demandada le impuso sanción económica a título de multa en cuantía de VEINTICINCO MILLONES SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$25.060.000 m/cte) por incumplimiento al régimen aduanero, y la Resolución No.002342 del 9 de octubre de 2006, que resuelve desfavorablemente el recurso de reconsideración.

"Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se decrete los siguientes perjuicios ocasionados por los actos ilegales y arbitrarios.

Se condene a la Nación_Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas DIAN, a pagar a favor de

la demandante Blue Cargo S.A., los perjuicios materiales sufridos por causa y razón de los Actos Administrativos proferidos por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, con dolo y culpa grave, teniendo en cuenta los valores y las siguientes bases de liquidación:

-a)El valor de los daños y lesiones patrimoniales ocasionados por los actos Administrativos proferidos por División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial Aduanas Cartagena y por la División de Liquidación Aduanera de la Administración, los cuales asciende a la suma de OCHO MILLONES ONCE MIL QUINIENTOS PESOS M/L., (\$8.011.500,00).

-b)El monto de los intereses y rendimientos financieros liquidados sobre la cantidad de OCHO MILLONES ONCE MIL QUINIENTOS PESOS M/L., (\$8.011.500,00), a la tasa del 2.45% vigente en el día de hoy, por el período correspondiente a la fecha de radicación de esta demanda y la fecha en que en cumplimiento de sentencia definitiva se realice efectiva y materialmente el pago de la indemnización.

Se condene a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, a pagar a favor de la demandante Blue Cargo S.A., perjuicios materiales en la cantidad de CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$57.936.000.00), valor actual de los gastos de alojamiento, alimentación desplazamientos, y tiquetes aéreos, sufridos por causa y razón de los actos administrativos proferidos por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena con dolo y culpa grave.”

HECHOS

En la demanda se narran los siguientes:

Que mediante Requerimiento Especial Aduanero No. 00016 del día 16 de febrero de 2006, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena, propone una sanción Administrativa Aduanera a la Sociedad demandante por la suma de \$25.060.000.00 por infracción al régimen aduanero con fundamento en el Art. 507 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Art. 16 del Decreto 4431 de 2004, al configurarse la infracción prevista en el Numeral 3.1.1 del Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

De igual manera, alega que este régimen es inaplicable al demandante, pues se trata de un Operador de Transporte Multimodal que actúa además como declarante, de manera que la Administración está incurriendo en violación del Art. 29 de la Constitución Política.

Por otro lado, sostiene que se está violando el principio de legalidad al aplicar un régimen diferente de aquel que le es propio en virtud de su naturaleza, pues en el Título XV del Decreto 2685 de 1999 no se prevé algún régimen sancionatorio para los Operadores de Transporte Multimodal.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, el Operador de Transporte Multimodal únicamente es responsable del pago de los tributos aduaneros solamente cuando la mercancía a su cargo se pierda o deteriore y cuando no se finaliza operación dentro del término previsto para ello. En esos términos es que procede la efectividad de la garantía tal como lo prevé el Art. 373 del Decreto 2685 de 1.999.

La disminución del peso que se consigna en el formato de Continuación de Viaje no constituye una causal de infracción aduanera, razón por la cual en el presente caso resultó violado el ordenamiento jurídico.

El Art. 363 del Decreto 2685 de 1999, establece el Procedimiento que debe cumplirse ante la Aduana de Partida en el Régimen de Tránsito Aduanero.

El Art. 364 del mencionado Decreto señala los eventos en los que hay lugar a ordenar el reconocimiento externo de la carga, y en el presente caso no se consigna en los documentos correspondientes la existencia de dicha causal por parte de la Administración.

Además sostiene, que no existe indicación en el acta de inventario de que los sellos colocados en la unidad de carga hayan arribado en malas condiciones.

La Sociedad Portuaria Regional de Cartagena en documento del 27 de mayo de 2005 afirma que el contenedor arribó a la Aduana de Ingreso con sello 69359N en perfectas condiciones, de forma que no era procedente la apertura de la unidad de carga por parte de los funcionarios de la aduana de partida y además dicha revisión de la carga debía hacerse en presencia de un representante del OTM. En caso contrario, era obligatorio de los funcionarios que elaboraron el respectivo documento haber dejado las correspondientes constancias, de conformidad con lo establecido en el inciso Segundo del Artículo 366 del Decreto 2685 de 1999.

Por otro lado, sostiene que la DIAN se está atribuyendo una competencia que solo corresponde al Legislador, pues extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, pues modifica el numeral 3.1.1. del Art. 497 del Estatuto Aduanero, el cual consagra como infracción aduanera la pérdida de la mercancía imputable a los transportadores y no a los operadores multimodal, vulnerando de esta forma una vez más el Art. 29 de la Constitución Política.

De otra parte, el Requerimiento Especial Aduanero fue proferido por fuera de la oportunidad prevista en el Artículo 509 del Decreto 2685 de 1.999. En el mismo se indica que de conformidad con el Concepto Jurídico 224 de 2001 “...la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para formular Requerimiento Especial Aduanero”, tesis que se debate en la demanda y que resulta violatoria al debido proceso.”

El contenido de los actos antes mencionados justifica el hecho por el cual en el recurso de reconsideración no está planteado ataque alguno por pérdida de la mercancía. Es por esta razón que la Resolución No. 002342 del 9 de octubre de 2006 está incurra en abuso o desviación de poder, por extralimitación del ejercicio de la función pública, pues se sustenta la decisión en la pérdida de la mercancía, cuestión no planteada en el recurso ni apareció por motivo del mismo.

Finalmente, argumenta que la carga al granel es definida por el Art. 1º del Estatuto Aduanero, y debe tenerse en cuenta en este caso el OTM no transportaba carga al granel, razón por la cual resulta indebidamente aplicado en el Art. 98 del Estatuto Aduanero.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En el acápite del concepto de la violación de las normas citadas en la demanda, se expone la parte demandante que la DIAN de Cartagena, considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 2, 6, 13, 29, 83 y 90, 95, 228 y 363

Código Contencioso Administrativo: Artículos 35, 36, 50, 59, 77, y 84
Decreto 2685 de 1999: Artículos 1, 2, 3, 4, 10, 98, 353, 364, 366, 367, 369, 371, 372, 373, 374, 389, 476, 477, 482, 497, 507, 508, 509, 510, 511 y 512.

Acuerdo de Cartagena: Artículo 1º de la Decisión 393

Resolución 4240 de 2000: Artículos 66, 67, 71 y 73

Decreto 1232 de 2001: Artículo 44

Código de Procedimiento Civil: Artículos 175, 177 251 252 y 264

Ley 678 de 2001: Artículo 5 y 6.

La nulidad de los actos administrativos acusados y el restablecimiento de que trata la presente demanda, se justifica con fundamento en las normas jurídicas antes citadas y el concepto de la violación y aplicación de ellas que a continuación se hace:

Preámbulo y Artículos; 2, 6, 13, 29, 83 y 90, 95, 228 y 363 de la Constitución Política.

Artículos 35, 36, 50, 59, 77 y 84 del Código Contencioso Administrativo modificado por el Artículo 14 del Decreto 2304 de 1989; concretamente la Primera –Libro Primero de este Código.

Artículos 1, 2, 3, 4, 10, 98, 353, 364, 366, 367, 369, 371, 372, 373, 374, 389, 476, 477, 482, 497, 507, 508, 509, 510, 511 y 512 del Decreto 2685 de 1999.

Artículo 1 de la Decisión 393 del Acuerdo de Cartagena.

“VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. Sostiene la parte demandante que con la expedición de los actos administrativos cuya nulidad pretende se vulneró el principio de imputabilidad, el derecho de defensa y el principio de eficacia.

En efecto, se imputa una conducta como sancionable a cargo del Operador de Transporte Multimodal invocando una norma que se refiere exclusivamente a las empresas de transporte, incurriendo de esta forma la Administración en una extralimitación de sus facultades y además se la está multando a la demandante por una conducta en la que no ha incurrido y que además no han sido tipificados como infracción administrativa por la Ley.

En los términos del Art. 4° del Decreto 2685 de 1999 la obligación aduanera es de carácter personal, obligando solamente a quien incurre en la infracción administrativa aduanera o incumple las normas aplicables. El requerimiento especial aduanero proferido contra la demandante vulnera este principio. De otra parte, el artículo 3 del mismo estatuto señala como responsables de las obligaciones aduaneras al importador, al exportador, al propietario, al poseedor o al tenedor de las mercancías; y dispone que así mismo, que serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y declarante.

El Artículo 10 del Decreto 2685 de 1999 señala quienes son declarantes, y en los términos del Art. 1 del Decreto 2685 de 1999 y 1° de la Decisión 393 del Acuerdo de Cartagena, el OTM es declarante en nombre del expedidor o de los portadores que participan en las operaciones de transporte y asume la responsabilidad por su cumplimiento. En cuanto al tránsito autorizado con el número 002451 el OTM únicamente es responsable por la pérdida de la mercancía transportada o su deterioro durante la vigencia de la operación territorio aduanero nacional, y de su finalización en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.

La responsabilidad del ATM es ratificada por la primera parte del Artículo 373 del Estatuto en cita, del cual se concluye que solamente responde en la operación por el pago de los tributos aduaneros y por las sanciones en forma restringida a lo que le corresponde, por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Partida, responsabilidad de la que no se exonera aunque haga subcontrataciones.

El Artículo 389 del Decreto 2685 de 1999, dispone que a los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en ese decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no le sean contrarias.

El Artículo 482 del citado decreto, preceptúa las infracciones aduaneras de los declarantes en el régimen de importación y las sanciones aplicables, por lo que por su imperio y la voluntad de la norma que se ha citado no le pueden ser aplicadas a los declarantes, las disposiciones establecidas en ese decreto para el tránsito aduanero, y mucho menos las infracciones y las sanciones aplicables a los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, y la entrega de mercancía objeto del tránsito con menos peso o cantidad de la consignada en la declaración no está prevista como falta sancionable, de forma que se produce una violación del principio de legalidad previsto en el Art. 29 de la Constitución Política.

Habiendo actuado la demandante como declarante, por disposición legal solamente se le puede aplicar el régimen de infracciones administrativas de los declarantes en los regímenes aduaneros estatuidos en el Capítulo II, Sección I, del Título XV del Decreto 2685 de 1999, en el cual está compendiado el Artículo 482.

El Artículo 476 del Código de Aduanas dispone que en el Título XV se establecen las infracciones administrativas aduaneras en que pueden incurrir los sujetos responsables de las obligaciones que en él se consagran. La Sociedad Blue Cargo

S.A. es sujeto responsable de la obligación aduanera en calidad de declarante. El Artículo 482 del mismo Estatuto fija las infracciones aduaneras de los declarantes en el régimen de importación y las sanciones aplicables. De acuerdo con el Requerimiento Especial Aduanero No. 000016 del 16 de febrero de 2006, la Sociedad Blue Cargo S.A., no incurrió en ninguna de las infracciones aduaneras calificadas como gravísimas, graves y leves en los numerales 1.2. y 3., del Precepto, razón por la que, la multa impuesta en los actos administrativos acusados vulnera el principio de legalidad consagrado en el Inciso 2° del Artículo 29 de la Carta Política. Ocurre lo propio respecto al Artículo 497 del mismo Código, merced a que la Sociedad Blue Cargo S.A., tampoco incurrió en las infracciones administrativas aduaneras señaladas como gravísimas, graves y leves en los numerales 1, 2 y 3, de esa norma. El aserto es confirmado por los actos administrativos impugnados y por el requerimiento especial, en consideración a que, para la imposición de la multa a la sociedad Blue Cargo S.A., se invoca el numeral 3.1.1., del mencionado artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, que estatuye la infracción administrativa aduanera y las sanciones aplicables en el régimen de Tránsito Aduanero.

La vulneración del principio de legalidad preceptuado como derecho fundamental por el Artículo 29 de la Carta Política se hace aún más manifiesto, si se tiene en cuenta que el Artículo 497 en forma meridiana y extremadamente clara, estatuye las infracciones aduaneras de los transportadores y las sanciones que a ellos les son aplicables. La aplicación extensiva de la norma en los actos administrativos acusados, infringe de facto la prescripción del Inciso Segundo del Artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, por cuanto estipula: "Para que un hecho u omisión constituya infracción aduanera, o dé lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías, o a la formulación de una Liquidación Oficial, deberá estar previsto en la forma en que se establece en el presente Título. No procede la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma.". El precepto consagra regla del debido proceso que ha sido vulnerada, por cuanto el hecho invocado como infracción administrativa aduanera en los actos administrativos acusados, no constituye infracción para los declarantes merced a lo preceptuado en el Título XV, Capítulo II, Sección 1 del Estatuto Aduanero, sino infracción en que pueden incurrir los transportadores por virtud de lo estipulado en el citado Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

(...) el procedimiento sancionatorio en el régimen aduanero se inicia con la actuación que establezca la presunta comisión de una infracción administrativa aduanera, o con las actuaciones de aprehensión de reconocimiento y avalúo de las mercancías, o con las actuaciones que identifican las causales que dan lugar a la expedición de liquidaciones oficiales. El Decreto 2685 de 1999, en ninguna de sus

partes estatuye un proceso sancionatorio, sino procedimientos o actuaciones para sancionar, y en tal virtud, vulnera sus mandamientos, el argumento que califica esos procedimientos como "...proceso sancionatorio...", y constituye inexcusable vulneración de norma de derecho el argumento según el cual el procedimiento sancionatorio en materia aduanera..." se inicia y desarrolla con la notificación del requerimiento especial aduanero."

(...) El Inciso 4^o de la norma que se comenta, se remite única y exclusivamente al proceso gubernativo o sea al procedimiento de los recursos, cuando dispone: "Habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo positivo cuando desde la iniciación del respectivo proceso, hayan transcurrido más de doce (12) meses sin haber desarrollado el proceso y proferido la decisión de fondo.". Como en materia administrativa, por disposición de la Constitución y la Ley, únicamente existe, porque así está instituido en la ley, como proceso, el gubernativo o vía gubernativa, es claro, que el plazo remitido por el Inciso debe contarse a partir de la fecha de interposición del correspondiente recurso. El Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo está vigente, y no hay en la Legislación Aduanera, incluido el Decreto 2685 de 1999, norma que se le oponga y lo haga inaplicable, prescribe que por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas proceden los recursos en él establecidos. Por consiguiente, si se respeta el orden jurídico es claro que el plazo establecido en el citado Inciso 4 o del Artículo 519 del Código de Aduana, debe contarse a partir de la iniciación del proceso gubernativo, esto es, a partir de la fecha de interposición del recurso y no como erradamente se afirma en los actos administrativos acusados desde la notificación del requerimiento especial.

*Se viola el principio de **imputabilidad**, ya que la demandante no incurrió en alguna infracción administrativa aduanera por disposición, también se infringe el principio de legalidad, en virtud a que, el OTM no incurre en las infracciones administrativas de los transportadores, y además el requerimiento especial aduanero fue expedido extemporáneamente el 16 de febrero del año 2006, con infracción del derecho de defensa y el principio de la seguridad jurídica.*

(...) En los actos jurídicos impugnados, se impone la sanción consistente en la declaratoria de incumplimiento, que genera como pena la efectividad de la garantía, porque a juicio de la Administración, la sociedad Blue Cargo S.A., "... al ingreso de la mercancía a la Zona Franca de Bogotá al Depósito del Usuario calificado BLUE CARGO, se encontró que solamente llegaron 191 bultos, presentándose un faltante de Cuarenta y cuatro (44) bultos

Está demostrado que la apertura de la unidad de carga se realizó sin la presencia de un representante de Blue Cargo S.A., la cual es fundamental para el cumplimiento de la responsabilidad del pago de los tributos aduaneros prevista en los Artículos 372, 373 y 374 del Decreto 2685 de 1999, ya que el tránsito solamente podía ser autorizado si las unidades de carga se encuentran debidamente selladas y precintadas desde el país de procedencia, de tal forma que se garantice la imposibilidad de alterar las cantidades de mercancía.

Es por esta razón que Blue Cargo S.A. no puede responder por el contenido de una Unidad de Carga que fue abierta por los funcionarios aduaneros sin su intervención, configurándose de esta forma la violación de la regla de debido proceso prevista en el Inciso Segundo del Artículo 366 del citado Estatuto, en la medida que, en el Acta de Inventario del 25 de mayo de 2005 ni en la Continuación de Viaje No. 04678 del 27 de mayo de 2005, están consignadas las razones por las cuales se efectuó la apertura de la unidad de carga, ni el acto jurídico que la ordenó, tal como está preceptuado en la norma que se cita, que debió ser aplicada por remisión expresa del Artículo 389 del Decreto 2685 de 1999.

La Aduana de Partida entregó al Operador de Transporte Multimodal, la unidad de carga sellada y precintada con el documento No. 012685, razón por la que, quedó absolutamente inhabilitado para certificar cuál era su contenido, o para el caso puesto a la consideración del señor Juez, si la unidad de carga realmente le era entregada con "253 bultos", como con abuso o desviación de poder se afirma en los actos administrativos acusados."

LA DEFENSA (FIs 107-121)

Por su parte, la DIAN en la contestación de la demanda expresa que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, fundamentándose en lo siguiente:

Básicamente resalta la legalidad de los actos acusados, señalando lo estipulado en Decreto 2685 de 1999, en sus Artículos 353, 356, 357, 366, 367, 369 y 497 modificado por el Artículo 44 del Decreto 1232 de 2001.

Se opone a los cargos de ilegalidad, manifestando que se sancionó la conducta de la sociedad demandante por incumplir una de las obligaciones adquiridas, esto es, la mercancía que transportaba no llegó a la aduana de destino en las mismas

condiciones en que salió desde la aduana de partida según los datos consignados en la D.T.A.

Indica también que el operador considera que no puede ser acreedor a esa sanción, pues al no ser sujeto de las sanciones consagradas para los transportistas del régimen de tránsito y agrega que la administración violó las decisiones del Acuerdo de Cartagena al haber abierto el contenedor y al haber cambiado el precinto internacional del contenedor cuando este no se encontraba averiado.

Explica que la Decisión 393 de 1996 modificó a la Decisión 321 de 1993, atendiendo a la necesidad de actualizar el contenido de la norma comunitaria sobre transporte multimodal, con el fin de hacerla más expedita y transparente en su aplicación. Además se hacía necesario crear el Registro de operaciones de transporte Multimodal, a fin de permitir la efectiva prestación de este servicio en el área de la Comunidad Andina de Naciones.

En lo referente al tránsito aduanero internacional, debe tenerse en cuenta que la Decisión No. 327 de la Junta del Acuerdo de Cartagena fue sustituida por la Decisión No. 477. La modificación consistió en la incorporación de los operadores de transporte multimodal a las operaciones de tránsito aduanero internacional prestado en la Comunidad Andina de Naciones.

Al incorporarse a los OTM en el tránsito Aduanero internacional, surge la obligación para la autoridad aduanera de cada país de la Comunidad Andina de exigir el registro de las Empresas que ejecuten el servicio de transporte multimodal por carretera.

Los OTM son empresas que prestan el servicio de transporte entre otros, bien sea directamente o mediante la subcontratación, y en todo caso se comprometen directamente al cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte multimodal y ante la DIAN por aquellas de tipo aduanero que se deriven de la introducción de la mercancía.

La Decisión No. 477 del 2000 precisa las definiciones de los conceptos involucrados en las operaciones de transporte multimodal.

Además sostiene, que los términos del Art. 28 de la Decisión No. 331 y el Art. 15 de la Decisión No. 393, no puede entenderse que se esté reemplazando a la legislación

aduanera interna de cada país, razón por la cual todo transporte multimodal que pase por territorio Colombiano debe sujetarse a la legislación aduanera.

En cuando a la inspección realizada por la DIAN sobre la mercancía, se tiene que el Decreto 2685 de 1999 establece que en los aspectos no regulados para las operaciones de transporte multimodal se aplicarán las normas relativas al tránsito aduanero que no resulten contrarias.

De esta forma, el Art. 363 sobre el reconocimiento de la mercancía establece que la DIAN primero debe realizar una revisión documental y de acuerdo con ella hacer un reconocimiento externo de la carga.

Esta disposición debe ser analizada en forma concordada con el Art. 314 de la Resolución No. 4240 de 2000, cuyo párrafo final indica que cuando se proceda el reconocimiento externo, se verificará el número de Bultos, estado de los mismos y el de los precintos, cuando estos vengan del país de procedencia sin que para ello sea necesario su apertura, evento en el cual se validará, y el peso si a ello hubiere lugar.

El Art. 315 de la Resolución No. 4240 de 2000 establece en uno de sus apartes lo siguiente:

“Cuando el funcionario competente observe en el proceso de reconocimiento externo de la carga... presente diferencias de peso frente a lo consignado en el documento de transporte...deberá efectuarse la inspección aduanera de la mercancía dejando constancia de su actuación en la declaración de tránsito aduanero...”

De igual manera se observa en el FORMATO DE CONTINUACIÓN DE VIAJE No. 4678 que la mercancía en tránsito internacional, consistente en 235 rollos de textiles, según el declarante con peso de 10.316,74 Kilos, cuando la DIAN realizó la inspección documental y externa de la mercancía, constató el peso de la carga y encontró una diferencia, pues el declarado es de 10.316,74 Kg y el encontrado por la DIAN fue de 10.740 Kg.

Que como consecuencia la administración, decidió realizar inspección de la mercancía en tránsito internacional, para lo cual era necesario abrir el contenedor que traía el precinto No. 60359N, y luego de revisar que los bultos coincidían, se procedió nuevamente a su cierre y a la colocación del precinto No. 01285. De ello

queda constancia en la casilla del formato de continuación de viaje con la firma del inspector respectivo, tal como lo ordena el Art. 315 de la Resolución 4240 de 2000. La inspección se hizo en presencia del operador de la DIAN, tal como se puede verificar en la casilla 22.

Por otro lado, sostiene que la Administración se sujetó a la legislación vigente, para efectuar el respectivo reconocimiento de la carga y su actuación no riñe con las decisiones del Acuerdo de Cartagena. La Administración estaba facultada para abrir el contenedor y cambiar por un nuevo precinto, sin embargo toda esta actuación se realizó en presencia de Blue Cargo quien en constancia firma la Continuación de Viaje.

En cuanto a los cargos de violación al debido proceso y al principio de legalidad, afirma que los Arts. 371 y siguientes del Decreto 2685 de 1999 consagra lo relativo al transporte multimodal, dichos artículos se agrupan bajo el subtítulo de transporte multimodal en el Capítulo II del Título VIII relativo al régimen de tránsito. Es decir, que desde el punto de vista de su ubicación en el Decreto 2685 de 1999, puede afirmarse que el transporte multimodal es una de las formas de tránsito.

El Artículo 389 del mencionado Decreto señala que en los aspectos no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje serán aplicables las disposiciones establecidas para el tránsito aduanero en cuanto no resulten contrarias. En los mismos términos se pronuncia el Art. 357 de la Resolución No. 4140 de 2000.

En los términos del Concepto 83 del 23 de diciembre de 2004 a los operadores de transporte multimodal les son aplicables las sanciones propias de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, de manera que resultan descartados los argumentos de la parte actora dirigidos a establecer un error en la imputabilidad, así como aquellos que pretenden atacar la legalidad y limitar la responsabilidad del declarante al pago de los tributos aduaneros y a la finalización del tránsito en tiempo, pues el operador de transporte multimodal responde por las obligaciones inherentes al régimen de tránsito.

SOBRE LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA POR LA EXPEDICIÓN EXTEMPORÁNEA DEL REQUERIMIENTO ADUANERO.

La demandada no acepta este cargo, alegando que la demora en la expedición del REQUERIMIENTO ESPECIAL ADUANERO no tiene el efecto jurídico de generar pérdida de competencia por el factor temporal, ya que no se presenta al fenómeno de la caducidad de la acción sancionatoria de la DIAN.

Sobre el incumplimiento del procedimiento para reconocer la mercancía de la continuación de viaje, afirma el accionante que al reconocer la mercancía se violó el proceso para ello, ya que se realizó sin que estuviera presente el transportador y además en la aduana de partida no podía inspeccionarse la carga.

EL FALLO RECURRIDO (Fis. 321-348)

El Juzgado Once Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 16 de Marzo de 2012, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos:

Estima el Juez de Primera Instancia, que ante la Administración la responsabilidad por la carga es del OTM dentro del régimen de tránsito aduanero, éste se encuentra sometido al mismo régimen de los transportadores y se destaca que en el Formato de Continuación de Viaje No. 04678 intervino el señor LEONARDO JAVIER GONZÁLEZ JARAMILLO en representación de BLUECARGO S.A. y aceptando la responsabilidad por una carga consistente expresamente en un bulto con 235 reels (rollos), y en la medida en que no hizo entrega de esa carga en la misma cantidad que se comprometió a transportar desde Cartagena, sin justificación alguna en cuanto a la disminución del número de unidades, incurre en la gravísima infracción prevista en el numeral 3.1.1. del Art. 497 del Decreto 2685 de 1999.

Así mismo sostiene, que la cantidad en el presente caso pasó de ser bulto al momento de arribo de la mercancía al país, a 235 rollos de tela que son tenidos cada uno de ellos como bulto después de que se hizo la inspección física en la aduana de partida, por lo que la responsabilidad en cuanto a la carga viene definida por el número de rollos entregado fue distinto de aquel consignado en el Formato de Continuación de Viaje, se incurre en la falta, y en el presente caso no se ha acreditado la existencia de alguna causal de justificación para el faltante.

En consecuencia, el cargo de nulidad que en este sentido se ha propuesto no está llamado a prosperar, pues si puede ser aplicado al régimen del transportador al OTM

cuando adquiere la responsabilidad del tránsito aduanero y efectivamente está acreditada la existencia del faltante.

Finalmente el Juez de Primera Instancia, argumenta que efectivamente hubo incumplimiento del régimen de tránsito aduanero en cuanto a la Continuación de Vieja, debido a que el transportador no entregó la cantidad de mercancía amparada por los documentos de transporte y no ha ofrecido ninguna explicación acerca del porqué de la diferencia ni acredita alguna causal de exoneración de responsabilidad.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN (Fls 490 -498)

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

Sostiene, que el Juez de Primera Instancia, no analizó los hechos planteados en la demanda ni las pruebas que los soportan, las normas jurídicas que fueron violadas, ni los argumentos mediante los cuales la sociedad actora demuestra esa vulneración.

Por otro lado, aduce que se dio **falsa motivación y desviación de poder**, en el sentido de que como defensa de sus derechos vulnerados por los actos administrativos acusados, el demandante consigna en su demanda argumentación, que va desde la página 3^a hasta la 5^a en la que se puede leer y analizar lo establecido en el Art. 372 del Decreto 2685 de 1999.

Esgrime, que el estatuto aduanero establece que el operador de transporte multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de partida. Que no puede alegarse entonces que no es responsable el operador de este régimen, pues sobre él recae toda la operación, sólo que en este caso contrata a otra empresa transportadora para el traslado de la carga hasta la aduana de destino, sin que por esta razón se exima de la responsabilidad consagrada en el ordenamiento jurídico aduanero.

Afirma que el procedimiento reseñado no fue cumplido por la aduana de partida, por lo cual salta a la vista la vulneración del debido proceso consagrado por el

Artículo 29 de la constitución Nacional, para la garantía de la efectividad de los procedimientos o formas establecidos por la Ley. Esta violación del debido proceso fue advertida por la sociedad demandante en la demanda contencioso administrativa, sin embargo, afirma que es inatendida por el señor Juez de Primera Instancia, para quien, por analogía es aplicable y aplica las disposiciones del Artículo 363 del Decreto 2685 de 1999, que prescribe el trámite a seguirse en la aduana de partida en el tránsito aduanero, a las operaciones de transporte multimodal, como quiera que por sus mandamientos, las disposiciones establecidas por el Estatuto Aduanero para el tránsito aduanero, no pueden ser aplicadas en las operaciones de transporte multimodal, cuando son contrarias a este régimen. Es protuberante la incompatibilidad del procedimiento establecido en el Artículo 363 del Decreto 2685 de 1999 con el procedimiento preceptuado por el Artículo 371 del mismo estatuto, y por tanto, es supremamente meritorio que el señor Juez incurra en vía de hecho por defecto sustantivo, cuando inaplica el procedimiento estatuido en esta norma y a cambio aplica, el procedimiento del Artículo 363 del señalado Decreto 2685 de 1999, el cual no es procedente.

A su vez el Artículo 374 del Estatuto Aduanero en las operaciones de transporte multimodal, no autoriza específicamente a la aduana de partida para realizar el reconocimiento interno del bulto o contenedor, por razón de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía. ¿Que ocurre entonces cuando al margen del procedimiento estatuido en la norma mencionada, la aduana de partida realiza el reconocimiento interno de la mercancía, ubicada en el contenedor o bulto?

De acuerdo con el derecho sustancial amparado por el Artículo 228 de la Constitución Nacional aplicable en el evento, la obligación de pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía, le da el derecho al Operador de Transporte Multimodal, y es más, a la empresa transportadora por éste subcontratada, de estar presente en la diligencia de apertura del contenedor, para el reconocimiento de la mercancía. Por Ley del proceso, Código de Procedimiento Civil, debe ser levantada acta probatoria de diligencias como la anotada, la cual constituye el instrumento por ella estatuida para la probanza de la diligencia. Dado que el comentado Artículo 374 del Decreto 2685 de 1999, no autoriza a la aduana de partida para realizar la apertura del contenedor para inspeccionar la mercancía, habiéndose hecho esta diligencia como está expresado, por el rigor de la verdad en y objeto del derecho, se requiere necesariamente el levantamiento del Acta que pruebe que realmente se hizo la apertura del bulto o

contendor, pero también es disposición de la norma procesal comentada, que para que constituya prueba el Acta, según el inciso 1º del Artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, debe ser autorizada por el Juez y firmadas por quienes intervinieron en ellas, el mismo día de la práctica de la diligencia.

En atención a lo anterior, aduce que el Juez de Primera Instancia, no tuvo en cuenta el acta de apertura del contenedor en la aduana de partida, de su “desprecintado” como tampoco las firmas del funcionario de aduana, del Operador de Transporte Multimodal y de la empresa transportadora, esto es de los que intervinieron en la diligencia de apertura del contenedor.

Continua argumentando que no existe en el plenario prueba que sustente la sentencia de primera instancia *“La carga de rollos de tela declarada por la sociedad demandante efectivamente fue un solo bulto hasta el momento de su desprecintado y apertura en la ciudad de Cartagena de Indias, y una vez verificado el contenido de la carga se convirtió en los 235 bultos que se indican en los documentos de transporte, y pudo verificarse además que no se trata de carga al granel.”*

Considera el recurrente que el Juez de primera instancia, incurrió en vía de hecho por defecto fáctico, toda vez que guardó silencio absoluto, con relación a la valoración de las pruebas.

De otra parte, resalta la importancia de la seguridad jurídica conforme a lo preceptuado en el Artículo 29 del CPC, por cuanto el requerimiento aduanero establecido en el Artículo 507 y 509 del Decreto 2685/1999, dispone que el mismo debe ser formulado en el término de 30 días siguientes, a la fecha en que la autoridad aduanera estableció la presunta comisión de la infracción administrativa, por lo tanto, como el requerimiento especial, no fue formulado por la administración Especial de Aduanas de Cartagena, en ese plazo, no produce ningún efecto jurídico siendo este extemporáneo y consecuentemente hace invalido o ineficaz los actos administrativos expedidos por este.

Que en el presente asunto se vulneró su derecho al debido proceso por falta de aplicación del silencio administrativo positivo en los eventos consagrados en los Artículos 509, 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999, los cuales preceptúan, de modo concreto que el incumplimiento de esos términos da lugar al silencio administrativo positivo, razón por la cual no es ajustado a derecho sostener que el término preceptuado por el citado Artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, y por

tanto, por virtud de la Ley, la aplicación de esta norma no “...lleva a desconocer los términos legales establecidos en los Artículos 512 y 515 del mencionado Decreto 2685 de 1999...”

Por otro lado, el recurrente manifiesta que el Juez de Primera Instancia, no señala en la sentencia, las razones por las cuales inaplica las normas señaladas como violadas en la demanda contencioso administrativa, de conformidad con el Art. 372 “Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal, y Art. 373 “Garantía.”

Finalmente, el apelante fundamenta sus alegatos conforme a los precedentes jurisprudenciales proferidos por la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado en los cuales discriminan detalladamente el objeto y aplicación del debido proceso Administrativo ante la luz de la Ley Colombiana.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de proveído del 26 de septiembre de 2012 (fl.490), fue admitido el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

A través de auto del 25 de enero de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.492).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante ratifica lo expuesto en el recurso de apelación.

La parte demandada sostiene que el declarante, que para este caso es una OTM en el régimen de tránsito aduanero responde por la veracidad de la información que suministre al Estado al presentar la Continuación de Viaje la cual debe ser veraz y exacta. Para el declarante se trata de una manifestación que lo compromete ya que de encontrarse inconsistencias injustificadas, la consecuencia lógica es la declaratoria de incumplimiento con la correlativa sanción. La certeza de inmodificabilidad de la mercancía la cual debe ser verificada a la llegada de la aduana de destino, es en última la esencia de la obligación contenida en el numeral 3.1.1. del numeral 3º del Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Aduce que a folio 96 se encuentra la Continuación de Viaje que se otorgó sobre 235 Rollos de Tela y cada uno debe ser considerado un Bulto, no obstante la mercancía llegó con faltante de un bulto.

Finalmente argumenta el recurrente, que en sentencia de Segunda Instancia se ha venido corroborando que, *“El transportador debe responder por el total arribo de la mercancía al lugar de destino, es decir, que, los datos consignados en la declaración de tránsito aduanero-DTA-deben llegar con las mismas características de cantidad y peso a su destino.”*

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, no hizo pronunciamiento alguno.

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 actora contra la sentencia de dieciséis (16) de Marzo dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

CADUCIDAD

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 09 Febrero 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. 002342 del 09 de Octubre de 2006, fue notificado el día 09 de Noviembre de 2006.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 001585 del 30 de junio de 2006, proferida por la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas, mediante la cual se impone una sanción por infracción Administrativa de los Transportadores en el Régimen de Tránsito Aduanero.

Resolución No. 002342 del 9 de Octubre de 2006, proferido por la División de Gestión de Liquidación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de

Cartagena, por medio de la cual se resuelve el recurso de Reconsideración, confirmando la sanción.

PROBLEMA JURÍDICO

El asunto planteado en el escrito de apelación, y sobre el cual versa el debate de la segunda instancia, se contrae a determinar el alcance de la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal al trasladar mercancías en el régimen de tránsito aduanero.

En segundo lugar, se establecerá si debía el transportador responder por las inconsistencias presentadas al momento de verificación por parte de la aduana de destino cuando se advierte un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos, que desde el inicio amparan operación de tránsito aduanero.

Por último, deberá precisar la Sala, si es procedente que la DIAN realice inspección a la mercancía que transportan los Operadores de Transporte Multimodal en la Aduana de Partida, para comprobar la cantidad que ingresa al país, contra la cantidad relacionada en la Declaración de Continuación de Viaje.

Análisis del caso

La responsabilidad del transportador se rige por las normas del Código de Comercio, en particular los Artículos 981 ss. del Código de Comercio. El Artículo 981 ib., define el contrato así:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar ésta al destinatario.”

De modo que la obligación básica del transportador, derivado del contrato, es el traslado o conducción de cosas o personas. En consonancia con lo anterior, el Artículo 982 ib, señala las obligaciones específicas del transportador.

“El transportador estará obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas

en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

1. ***En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario,...(negrilla fuera del texto)***

En virtud de la anterior norma transcrita, además de la obligación general de trasladar, el transportador tiene unas obligaciones relacionadas con la eficiencia de su gestión, y que para el caso del transporte de cosas, debe entregarlas en el estado en que las reciba; condición que incluye, no solo la calidad sino también la cantidad de las mercancías transportadoras.

En materia de tránsito aduanero el Artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. *Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.”* (Subrayado fuera de texto)

Por otro lado, el Artículo 374 ibídem, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. *Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.*

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La

subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía...” (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todos los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su Artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. *A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”*

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...”

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, establece el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. *La modalidad de tránsito aduanero finaliza...*

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e

informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, en pronunciamiento reciente la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ expuso lo siguiente:

“(...) en materia de transporte de mercancías en régimen de tránsito aduanero, el transportador es responsable, no solo del traslado de las mercancías en los términos de agilidad y de seguridad de la mercancía (calidad y cantidad) descritos en el Código de Comercio, sino también, por la debida finalización del régimen. Esto implica que la responsabilidad de cualquier faltante recae necesariamente en el transportador en la medida que no haya demostrado que existe una razón excluyente de su responsabilidad, constituida de fuerza mayor o caso fortuito y que, además haya tomada todas las medidas necesarias para prevenir la situación irregular.”

De modo que, si no ha finalizado apropiadamente el régimen por presentar algún faltante de mercancía, y este faltante no es justificado por el transportador, responde este por dicha irregularidad.

La anterior conclusión, se avala al considerar que el texto literal del conocimiento de embarque es representativo de las mercancías e incorpora plenamente los derechos sobre las mismas, debido a que este documento presenta la calidad especial de ser un título valor, según lo manifiesta el Art. 767 del Código de Comercio en los siguientes términos.

“ARTÍCULO 767. CARACTERÍSTICAS DE LA CARTA DE PORTE Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. *La Carta de porte y el conocimiento de embarque tendrán el carácter de títulos representativos de las mercancías objeto de transporte.”*

Y precisamente dentro de sus condiciones legales está la de determinar detalladamente la descripción pormenorizada de las mercancías, como se observa del texto del literal 6º del Artículo 768 que señala:

“ARTÍCULO 768. CONTENIDO DE LA CARTA DE PORTE. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el libro V de este Código sobre transporte marítimo y aéreo, la carta de porte o el conocimiento de embarque, además de los requisitos establecidos en el Artículo 621 contendrá:*

1) La mención de ser “carta de porte” o “conocimiento de embarque”;

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez Exp No 18078 Actor. Sociedad Eduardo Botero –Soto y Cia.

- 2) *El nombre y el domicilio del transportador;*
- 3) *El nombre y el domicilio del remitente;*
- 4) *El nombre y el domicilio de la persona o a quien o a cuya orden se expide, o la mención de ser al portador;*
- 5) *El número de orden que corresponda al título;*
- 6) *La descripción pormenorizada de las mercancías objeto transporte y la estimación de su valor;*
- 7) *La indicación de los fletes y demás gastos del transporte, de las tarifas aplicables, y la de haber sido o no pagados los fletes;*
- 8) *La mención de los lugares de salida y de destino;*
- 9) *La indicación del medio de transporte, y*
- 10) *Si el transporte fuere por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación.*

PARÁGRAFO. *Si no se indicare la fecha de recibo de las cosas por el transportador, se presumirá que éste las recibió en la fecha de emisión de dichos documentos.”*
(Resaltado fuera del texto)

Esta descripción detallada, señala en el caso presente, que la mercancía transportada consistía en 58 bales² y por ende, esa es la cantidad que se determinaba, contenía la unidad de carga transportada por la sociedad actora y por cuyo faltante debió responder el transportador.

Continuando con el estudio del caso sub examine resulta pertinente también, advertir las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero. Veamos:

“Artículo 497. *Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...*

...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:

3.1 Gravísimas...

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

² Supra Página 2

De lo anterior se desprende que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Así mismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada

Lo probado:

En el proceso se observa Continuación de Viaje No. 04678 del 02 de Junio de 2005, en el que se especifica el tipo de mercancía que ingresó al país consistente en "Rollos de textiles"; embalada en un (1) contenedor de 20" cuyo número es CMCU 204395-9 con una cantidad de 235 cajas, peso bruto era de 10.316,74 Kg, desde la Aduana de Cartagena hasta la Aduana de Bogotá con destino a TRANSPORTES BOTERO SOTO Y CIA LTDA, Bogotá, resaltándose como consignatarios el Operador de Transporte Multimodal SERVICIOS INTEGRADOS DE COMERCIO EXTERIOR LTDA (BLUE CARGO S.A.) /REPREMUNDO 11 BOGOTÁ-COLOMBIA.

De conformidad con la planilla de recepción Zona Franca de Bogotá S.A., se tiene en las observaciones los siguientes: "TEXTILES, UN CONTENEDOR CON 191 BULTOS RECIBIDOS, CANTIDAD RELACIONADA EN LA CV DE 235 BULTOS. INCOSISTENCIA EN BULTOS 44 FALTANTES".³

Sobre la finalización de la operación existe Acta de inconsistencia No.3640 de la Zona Franca de Bogotá, en donde se indica que no llegaron CUARENTA Y CUATRO (44) bultos, quedando demostrado que la mercancía no llegó a la Aduana de Destino con igual cantidad que con la que salió de la Aduana de Partida.

³ VER FOLIO 46

Según Continuación de Viaje No. (Fl.40), se anotó: inicialmente *“En la casilla 16 que habían 235 rollos y en la casilla 19 que el peso bruto era de 10316,74 Kg”*, con precinto No. 012685, observándose en el acta de inventario e inconsistencia.

Ahora bien, en el Acta de Inventario e inconsistencias⁴ se hace la siguiente observación en la parte de la DIAN: *“se presenta inconsistencia en número de bultos ya que los relacionados en la CV son 235 y físicamente llegaron 191, encontrándose un faltante de 44 bultos-“*

En la Carta de Porte, aparece consignado 235 rollos de textiles con peso de 10.316.74⁵

En el Acta de Verificación 1864 del 8 de junio de 2005, se indica que la carga amparada por el documento de transporte multimodal⁶ No. 002043 se ajustó a la siguiente descripción física: 191 bultos con un peso de 8.820 Kgs consistente en textiles de algodón.

En el Acta de Desprecintada⁷ se indica que la unidad (contenedor) CMCU204395-9 se desprecintó el 1º de junio de 2005. El día 3 de junio de 2005 se hizo el inventario al documento de transporte No. 0002043 indicándose que la carga consistía en un (1) bulto con un peso total de 8.820 Kgs. En el mismo documento se indica la existencia de inconsistencias en el número de bultos relacionados en la Continuación de Viaje, pues eran 235 y se recibieron 191 encontrándose un faltante de 44.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena), y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje No. 04678, interviniendo el señor LEONARDO JAVIER GONZALEZ JARAMILLO en representación de BLUE CARGO S.A. y aceptando la responsabilidad por una carga consistente expresamente en un contenedor con 235 reels (rollos), en la que quedó consignada que el número de bultos a transportar era de 235 con un peso de 10.316,74 Kgs.

En ese orden de ideas, no obstante que los documentos de viaje de la mercancía objeto de controversia, así como también la continuación de viaje expedida por la aduana de partida señalan que la mercancía constaba de **235** rollos, no puede perderse de vista que el depósito habilitado en la aduana de destino, así como en el documento de Acta de Inconsistencia, advirtieron que se recibía la mercancía con 44 unidades menos.

⁴ Ver folio 41

⁵ Ver folio 47

⁶ Ver folio 141

⁷ Ver folio 142

Lo anterior no deja duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Blue Cargo S.A., pues es evidente que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con diferencia de cantidades y de unidades, referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose el supuesto de hecho de la norma contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 ibídem.

Ahora bien, es menester precisar que la parte actora en el libelo adujo entre otros argumentos que los actos acusados contradicen la Doctrina de la DIAN, toda vez que la mercancía de referencia es considerada como unidad de carga o bulto, la cual llegó sellada y precintada con su precinto virgen; y que la Administración al momento de efectuar la inspección física (desprecintado) efectuada en presencia del transportador de la mercancía objeto del tránsito aduanero, en la ciudad de Cartagena de Indias y que verificado su contenido de la carga, esta se convierte en los 235 bultos que se indican en los documentos de transporte y pudo verificarse además que no se trata de carga al granel.

Al respecto, se debe advertir que el Artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, con la modificación introducida por el Artículo 1° del Decreto 2101 de 2008, excluyó al contenedor del concepto de bulto, en el siguiente tenor:

“Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina...”

*...**BULTO.** Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte...”*

No obstante, antes de la modificación, el texto inicialmente señalaba que bulto⁸, *“Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”*. Normatividad ésta que se tendrá en cuenta como quiera que los hechos en este caso se causaran durante su vigencia.

El artículo 1° del citado Decreto, define las siguientes materias:

*“**Tránsito.** Es el régimen aduanero que permite el transporte de mercancías nacionales con destino a la exportación o extranjeras de una aduana a otra, con suspensión de tributos y bajo control aduanero”*.

⁸ Artículo 1 del Dto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 1198 de 2000.

“Tránsito nacional. Es el régimen que se inicia en una aduana del país y finaliza en otra del territorio nacional”.

“Aduana de partida. Es donde se inicia legalmente un tránsito aduanero”.

“Aduana de destino. Es aquella donde deben presentarse las mercancías para poner fin a una operación de tránsito aduanero...”.

“Declaración de tránsito aduanero (DTA). Documento expedido y autorizado por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales que ampara una operación de tránsito aduanero”.

“Declarante. Es la persona que tiene el derecho a disponer de la mercancía directamente o en virtud de un contrato, razón por la que solicita tránsito aduanero y se responsabiliza por el pago de los tributos aduaneros suspendidos”.

“Precinto aduanero. Conjunto formado por un fleje, cordel o elemento análogo y sello, que dada su naturaleza y características permite a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales controlar efectivamente la seguridad de las mercancías contenidas dentro de una unidad de carga o unidad de transporte”.

“Unidad de carga precintable. Es toda unidad de carga construida y acondicionada en tal forma que sea susceptible de colocarle precintos aduaneros, de manera que ninguna mercancía pueda introducirse o extraerse de ella, sin dejar huella de violación en los precintos aduaneros o en la unidad de carga”.

Por su parte la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que *“...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...”*

En esa medida, aplicando la norma de referencia al caso concreto y de acuerdo con el material probatorio allegado; observa la Sala sin mayor discusión que la mercancía transportada se encuentra amparada en un solo documento de transporte, sin embargo, fue dirigida a dos consignatarios como son: BLACK & DECKER DE COLOMBIA S.A. SERVICIOS INTEGRADOS DE COMERCIO EXTERIOR LTDA (BLUE CARGO S.A.) y/o REPREMUNDO 11 BOGOTÁ – COLOMBIA.

Es decir, en este último caso, si bien el transportador de la mercancía se amparó en un solo documento de transporte como lo indicaba la norma antes de su modificación, la misma no fue dirigida a un solo consignatario, por lo que en este caso, sobre la sociedad demandante recae la responsabilidad general contemplada en el inciso 2º del literal a) del Artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecía el numeral 3.1.1. del Artículo 497 ibídem.

En ese orden, indistintamente del peso de la mercancía y de que los precintos no hayan sido adulterados, las condiciones en que se dio el transporte no cumplen con los presupuestos legales para eximir de responsabilidad a la demandante.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptase la tesis de considerar el contenedor como bulto, debe tenerse en cuenta que la carga de rollos declarada por la sociedad demandante evidentemente fue un bulto sólo hasta el momento de su desprecintado y apertura del contenedor en la Aduana-Cartagena, y que al ser verificado su contenido, se convirtió en los 235 bultos que se indican en los documentos de transportes, a partir de ese momento, pues al revisarse su contenido y removerse el precinto original, se desconsolidó la mercancía, haciéndose responsable el transportador de entregar, no ya el contenedor en las mismas condiciones que lo recibió, sino de la cantidad de mercancía que se verificó en la aduana de partida y que se consignó en la autorización de continuación de viaje.

En efecto, observa la Sala que en la declaración de tránsito aduanero se consignó en que consistía la carga y este documento aparece debidamente suscrito por el representante del OTM, comprometiendo de esta manera su responsabilidad de entregar la totalidad del contenido registrado al haberse efectuado la apertura del contenedor en su presencia en la Zona Franca, tal y como aparece suscrita por las mismas personas por parte del Usuario Operador, el Transportador y el Usuario de Zona Franca, tanto en el Acta de Desprecintada, como en el Acta de Inventario que obra a folio 142.

En el presente caso, se encuentra demostrado el incumplimiento del tránsito aduanero, pues se comprobó que la mercancía no llegó a su destino con la misma cantidad anunciada en la Continuación de Viaje No. 02452 del 27 de mayo de 2005, este incumplimiento es imputable a **BLUE CARGO S.A.** porque tenía la responsabilidad legal de la finalización en debida forma del régimen aduanero, y la disminución para los intereses del Estado evidenciándose en los tributos aduaneros que dejó de percibir por la mercancía faltante.

Con respecto a la procedencia de una inspección sobre el contenido de la mercancía en la aduana de partida; el Artículo 364 del Decreto 2685 de 1999, relativa a la inspección administrativa de las mercancías sometidas al régimen de tránsito aduanero, señala:

“ARTICULO 364. AUTORIZACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRÁNSITO E INSPECCIÓN ADUANERA DE LAS MERCANCÍAS SOMETIDAS A LA MODALIDAD DE TRÁNSITO Y COLOCACIÓN DE PRECINTOS ADUANEROS.”

“La Aduana podrá autorizar el tránsito solicitado, si las unidades de carga se encuentran debidamente selladas y precintadas desde el país de procedencia, de forma tal que garanticen que la mercancía no pueda ser extraída de ellas, ni puedan introducirse otras, sin romperse los precintos colocados en el puerto de embarque.

Para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero, no habrá inspección aduanera en la Aduana de Partida, salvo cuando la autoridad aduanera observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, presenten diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad, en cuyo caso, deberá efectuarse la inspección física correspondiente y se dejará constancia del resultado de la diligencia.

Cuando las unidades de carga o los medios de transporte no se encuentran precintados, y siempre que sea posible, la Aduana procederá a colocar precintos dejando constancia de sus números en la Declaración de Tránsito Aduanero.”

PARAGRAFO. *Cuando la unidad de carga no se pueda precintarse debido a condiciones de peso, volumen, características especiales o tamaño de los bultos, se deberán adoptar las siguientes medidas: reconocimiento físico de la mercancía, descripción de las mercancías en la Declaración de Tránsito Aduanero y determinación del itinerario y plazos estrictos para la realización de la modalidad y cuando proceda, colocación de precintos aduaneros en cada uno de los bultos, salvo en el caso de mercancía a granel.”(Destacado fuera del texto)*

De acuerdo con lo anterior, y lo manifestado por el juez de primera instancia, la norma no establece la obligación para la aduana de partida, de hacer la inspección, sino en casos excepcionales, como cuando se observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, se presente diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad; circunstancias aquellas que se evidenciaron en el sub lite, pues tal como se constató en la Continuación de Viaje No. 02452; la mercancía arribó con menos peso del indicado en el Conocimiento de Embarque, razón por la cual se debía aplicar aquel procedimiento de inspección.

Con respecto a si operó el fenómeno de la figura Silencio Administrativo Positivo, teniendo en cuenta la fecha en que la administración tuvo conocimiento de la

presunta comisión de la infracción aduanera y la fecha en que formuló el requerimiento aduanero y la decisión de fondo, observa la Sala que no hay lugar a acceder a esta pretensión, toda vez que el Artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, después de la modificación introducida por el Artículo 22 del Decreto 4431 de 2004, determina que el inciso 5to del Artículo 519 fue derogado, por lo que no es posible darle aplicación a dicha norma.

Así las cosas, comparte la Sala el fallo de primera instancia, ya que no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad actora, dado que de las pruebas allegadas al expediente, no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad; como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos expuestos en el texto normativo para exonerarla de la sanción impuesta.

En resumen, descartados los argumentos del actor, habrá de concluirse que no se logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados, carga que se hace especialmente exigible, tratándose de actos como los demandados, tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado⁹, máxime si se tiene en cuenta que la carga de demostrar la ilegalidad de la sanción aduanera impuesta por la DIAN, radicaba en la parte actora, quien no demostró los hechos en que basa sus pretensiones, ni aportó evidencias que probaran que la DIAN, al expedir los actos acusados, violó la ley o norma constitucional.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia por las razones antes expuestas..

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

⁹ *“Ahora bien, frente a la consideración del actor en el sentido de que en aplicación del artículo 83 de la Constitución Política, que contiene la presunción de la buena fe de los particulares ante las gestiones que los mismos adelantan ante las autoridades públicas, se deben tener por ciertas las afirmaciones por él hechas ante la Aduana, la Sala advierte que una cosa es la presunción de buena fe y otra muy distinta que lo dicho por los particulares se tenga que tener por cierto, pues, de ser así, no existiría procedimiento alguno para establecer la responsabilidad en que incurre una persona determinada y, en consecuencia, estaría de más garantizar el derecho de defensa con la oportunidad, entre otras, de solicitar pruebas y controvertir las existentes, dado que bastaría al administrado inadmitir los cargos que se le imputan, para que la Administración tuviera que aceptar lo por él dicho, lo cual se sale de toda lógica.*

Adicionalmente, la Sala le recuerda al actor que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, lo cual significa que corresponde a la parte demandante demostrar que la decisión en ellos contenida no se ajustó a la ley, cuestión que en manera alguna llevó a cabo aquél, pues se limitó a afirmar que es al Estado a quien le corresponde la carga de la prueba, consideración que, se reitera, no es de recibo en tratándose de actos expedidos por la Administración -CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO Once de mayo del dos mil. Radicación número . 5873. Actor: JAVIER CONTRERAS CONTRERAS Referencia: APELACION SENTENCIA

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha 16 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0096
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: SILVIA RODRIGUEZ CUETO
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2007-00133-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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., veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado ponente: **Marcela López Álvarez**
Acción : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Silvia Rodríguez Cueto**
Demandado : **Departamento de Bolívar**
Expediente : **13-001-33-31-001-2007-00133-01**
Tema : **Reajuste Pensional- Decreto 2108 de 1992**

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 veintisiete (27) de junio de 2012 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La señora Silvia Elena Rodríguez Cueto, 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 se declare la nulidad del acto administrativo constituido por la resolución N° 941 del 28 de junio de 2007, por medio de la cual el Gobernador del Departamento de Bolívar niega el reajuste con base en el decreto 2108 de 1992.

Segundo: Que se inaplique por inconstitucional la expresión “del orden nacional”

empleada en el artículo 1 del mencionado decreto.

Tercero: *Que como consecuencia de la nulidad y la inaplicabilidad pedidas, el señor Juez Administrativo declare el restablecimiento del derecho de mi poderdante en el sentido de que el Departamento de Bolívar reajuste su mesada pensional conforme a lo dispuesto por el decreto 2108 del 29 de diciembre de 1992, sobre el valor de la respectiva pensión.*

Cuarto: *Que para garantizar la capacidad adquisitiva del dinero adeudado a la demandante, se ordene al Departamento de Bolívar, aplicar la indexación sobre la suma adeudada.*

Quinto: *Que se condene al Departamento de Bolívar, al reconocimiento y pago de la suma de dinero adeudada, los intereses moratorios que ordena el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*

1.2 HECHOS

Se afirma como soporte fáctico lo siguiente:

Señala la demanda que el Departamento de Bolívar, le reconoció a la demandante la pensión de jubilación mediante resolución N° 131-80 del 28 de octubre de 1980

Que no le ha sido reconocido el incremento salarial establecido en el Decreto Nacional 2108 de 29 de noviembre de 1992.

1.3 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 (1°) 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 al no aplicar tales reajustes, encontrándose la actora en las condiciones de hecho y de derecho señaladas por el Decreto en mención, se violan por el Departamento de Bolívar preceptos constitucionales como los establecidos en los artículos 46, 48 y 53.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada presentó en su defensa los siguientes argumentos:

La apoderada del Departamento de Bolívar se opuso a cada uno de las pretensiones de la demanda y, sobre los hechos alegó que no le constaban.

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 las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa activa.

3. SENTENCIA APELADA

La juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda, basándose en lo siguiente:

Expuso que para proceder el reconocimiento del reajuste pensional previsto en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, luego de declarada su inexecutable, será necesario que quien lo pretenda demuestre que el reconocimiento de la pensión se efectuó antes del 1 de enero de 1989 y que a tal fecha se encontraba devengando la mesada pensional, acorde con la

exigencia contenida en el artículo en mención.

Que en el caso concreto, se desprende del material probatorio, que se encuentran satisfechas las exigencias legales que determinan la procedencia del reajuste pensional en el caso concreto y en tal medida, se evidencia la ilegalidad del acto acusado, al despachar desfavorablemente la petición de la actora encaminada a su reconocimiento mediante el acto acusado.

4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

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

Sostiene que la sentencia recurrida, al pronunciarse en el fondo del asunto, falla a favor de la demandante sin tener en consideración que este mismo expreso que el Departamento de Bolívar mediante resoluciones 941 de 28 de junio de 2007 y 1091 de diciembre de 2008, cancelo las sumas pretendidas y además por aplicar una norma que no se encontraba vigente.

Agrega que la parte demandante desistió de la demanda mediante escrito de fecha 23 de febrero de 200, pero el juzgado guarda silencio del porque no se procedió a declararlo mediante auto, máxime cuando esta misma manifiesta que el Departamento de bolívar ordena y reconoce cancelar los valores adeudados mediante la Resolución N° 1091 de diciembre de 2009.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

1. DEMANDANTE

No alego

2. DEMANDADO

No alego.

3. MINISTERIO PÚBLICO

Solicita la Agente del Ministerio Público que se confirme la sentencia de primera instancia, pues le corresponde al Departamento de Bolívar como lo establece la sentencia examinada realizar los reajustes contemplados en la Ley 6 de 1992 y pagar las diferencias de las mesadas pensionales.

Agrega que es pertinente reconocer el reajuste en los porcentajes decretados en la norma mencionada pero aplicando como lo establece el Aquo la prescripción trienal al incremento de las mesadas causadas antes del 2 de abril de 1999, teniendo en cuenta que la parte actora formuló su solicitud desde el 2 de abril de 2002.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El 21 de noviembre de 2012 se admitió el recurso de apelación (folio 92).

El 25 de enero de 2013 se corrió traslado para alegar a las partes. El agente del ministerio público rindió concepto en esta instancia (folio 94).

Finalmente el proceso entra al despacho 003 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

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 sustitutiva 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 el causante 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 accedió a las pretensiones de la demanda, precisando que en el presente caso se encuentran satisfechas las exigencias legales que determinan la procedencia del reajuste pensional, toda vez que la mesada pensional de la actora le fue reconocida mediante la Resolución N° 80-131 del 28 de octubre de 1980, a partir del 10 de abril de 1977.

Por su parte, la demandada apela el fallo de primera instancia, aduciendo que la sentencia recurrida, al pronunciarse en el fondo del asunto, falla a favor de la demandante sin tener en consideración que este mismo expreso que el Departamento de Bolívar mediante resoluciones 941 de 28 de junio de 2007 y 1091 de diciembre de 2008, cancelo las sumas pretendidas y además por aplicar una norma que no se encontraba vigente.

Ahora, corresponde a la Sala determinar si la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague el reajuste pensional establecido en la norma a que se ha hecho alusión.

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 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: (Negritas 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 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 derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6ª 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 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 sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del

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

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 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.

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 20 de noviembre de 1995, fecha en que fueron retirados del ordenamiento jurídico por la declaratoria de inexecutable, pero siguen

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

teniendo efectos para quienes sin distingo alguno adquirieron, bajo su vigencia, el derecho al reajuste pensional.

LO PROBADO EN EL PROCESO.

Mediante Resolución 80-131 del veintiocho (28) de octubre de mil novecientos ochenta (1980) (FL10), expedida por la Caja Departamental de Previsión Social, le fue reconocida a la accionante una pensión vitalicia de jubilación.

La demandante presentó solicitud al Departamento de Bolívar, el reconocimiento y pago de los reajustes ordenados por el Decreto 2108 de diciembre 29 de 1992, la cual fue resuelta mediante la Resolución 941 del 28 de junio de 2007 negándole el derecho al reajuste de su pensión de jubilación con fundamento en el Decreto 2108 de 1992.

ANÁLISIS DEL CASO

A la señora Silvia Elena Rodríguez Cueto, le fue reconocida una pensión de jubilación con cargo al Departamento de Bolívar desde el mes de octubre de mil novecientos ochenta (1980), situación fáctica que se desprende del certificado emanado por la Caja Departamental de Previsión Social.

La anterior situación es corroborada por la entidad accionada, cuando al contestar la demanda da por ciertos los hechos alegados en dicho libelo, entre los cuales, uno de ellos relata que la actora es pensionada del Departamento de Bolívar desde antes del primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), más específicamente desde el octubre de mil novecientos ochenta (1980). (fl. 24)

En efecto, según el material probatorio recaudado se tiene plena certeza de que a la demandante se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación a partir de abril de 1977, mediante Resolución 80- 131 del 28 de octubre de 1980.

Así las cosas, estima esta Sala de Decisión que en el presente caso si se logra desvirtuar la presunción de legalidad de la negativa demandada, pues resulta claro que la accionante cumple con los presupuestos para acceder al reajuste consagrado en la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año.

Al respecto el H. Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente³:

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 27 de marzo de 2003, expediente 2620-02, CP. Dr Tarsicio Cáceres Toro

“...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 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...”

Por otro lado se quiere resaltar que si bien la demandante presentó desistimiento de la demanda (fl 31) el aquo resolvió tal solicitud a través de auto de fecha 14 de marzo de 2011 negandola, por no cumplir lo establecido en los artículos 342 y 345 del C.P.C.

Al respecto la Sala quiere señalar que si bien en el expediente reposa tal solicitud, la apoderada no tiene la facultad para instaurarla tal como consta en el poder otorgado por la actora (fl 7) y en esa medida la decisión tomada por la juez de primera instancia es ajustada a derecho y siendo la entidad demandada la que tiene el deber de demostrar que el reconocimiento del derecho se hizo y que los pagos ya se hicieron, debió aportar el acto administrativo correspondiente y constancia del pago junto con el recurso interpuesto contra la sentencia que aquí se revisa.

No obstante, teniendo en cuenta lo afirmado por la entidad accionada y la solicitud de terminación del proceso presentada por la apoderada de la demandante, se modificara la sentencia que aquí se revisa, en el sentido de ordenar el reconocimiento del respectivo reajuste a la pensión de jubilación de la actora, condicionado a que aún no se haya hecho.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: Modificar el numeral 2 de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012), mediante la cual, accedió a las pretensiones de la demanda para en su lugar decidir lo siguiente:

“Segundo: Ordenase a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho SI AUN NO LO HA HECHO, reliquidar la pensión reconocida a la señora SILVIA ELENA RODRÍGUEZ CUETO, con el reajuste pensional establecido en el artículo 1 del decreto 2108 de 1992, acorde con el año de causación de la pensión, para los años 1993, 1994 y 1995 y hacer los ajustes de las mesadas pensionales posteriores”

SEGUNDO: Confírmase en todo lo demás


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

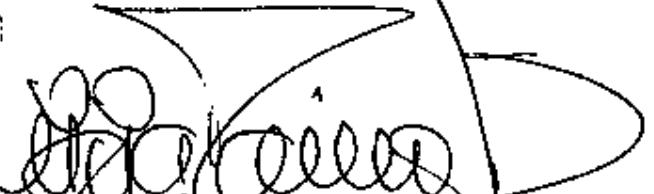
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-001-2007-00133-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0097
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA_ LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO	
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2010-00277-01
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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

- SALA DE DECISIÓN 004 -

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

SENTENCIA No. 311, 2013

2da instancia

Tema: Sanción administrativa aduanera – OTMs por faltantes de mercancía transportada mediante contratación FCL/FCL- No se prueban condiciones de la Resolución 546 de 2010 - Aplicación de principio de favorabilidad no resulta procedente.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13001-33-31-013-2010-00277-01
Demandante: CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A
Demandado: UAE DIAN

Procede esta Sala de decisión, según facultades consignadas en el Acuerdo PSAA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA 9201 de febrero 1º de 2012, y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Febrero 28 de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del circuito de Cartagena, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho instaurada a través de apoderado judicial, por la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., contra la UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por la cual se niegan las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La demanda persigue las siguientes

PRETENSIONES

"1. Que es Nulo el Requerimiento Sancionatorio Aduanero N° 000007 de I-19-2010 y las Resoluciones N° 000615 de IV-06-2010, 001205 VII-08-2010 y 001585 IX-07-2010, por medio de las cuales la División de Liquidación de Aduanas de Cartagena (A), impuso sanción económica a título de multa en cuantía de TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL PESOS (\$ 32.305.000.00) M/CTE, a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A "CCL".

2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Administración Especial de Aduanas de Cartagena (A), desistir de toda acción sancionatoria contra la Sociedad CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A "CCL S.A", como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

LOS HECHOS

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

La Administración Especial de Aduanas con fecha veintiséis (26) de Abril de 2008, aceptó y autorizó a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. "C.C.L. S.A", la continuación de viaje No. 0600408M005764, Destinatario DEPÓSITO ADUANERO ALPOPULAR MEDELLÍN, sobre el contenedor FCIU2640291, que según el B/L N° 4/047838 dice contener cinco mil doscientos noventa y cuatro (5.294) bultos de caramelos de gelatina sabores a fresones, melocotones, chispa cola, strawberries & cream, espagueti fresa, cream kiss, ositos de oro, sopa de letras A-Z, pasta flowpack manzana, besitos, nata fresa, cerezas azúcar super, ...debidamente sellado y precintado, traído al puerto de Cartagena por la naviera SPARBER LÍNEAS MARÍTIMAS S.A.

Concluido el régimen de tránsito aduanero, con fecha 29 de Abril de 2008, la DIAN – DEPÓSITO ALPOPULAR en Medellín (A) – suscribió el acta de inconsistencias N° 01596 con la siguiente observación: "...Cajas abiertas con posible faltante interno, según documentos hay faltante de mercancías (4.069 unidades).

Mediante Oficio N° 048-245-453-0541 del 31 de Marzo de 2009, Insumo N° 0136, el Jefe del GT Control Tránsito y Carga de la División de Gestión de Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, remite a la División de Gestión de Fiscalización de esa misma seccional, documentos preliminares sobre la posible infracción

Aduanera relacionada con la continuación de viaje N° 0600408M005764.

Mediante Auto de Apertura N° 00380 del 19 de Mayo de 2009, la División de Gestión de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Cartagena, ordena el inicio de la investigación, instruyendo el expediente CU080900380 a nombre de CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. NIT 800.183.661-5.

Con Requerimiento Sancionatorio Aduanero No. 000007 del 19 de Enero de 2010, la División de Fiscalización Aduanera de esa administración propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la firma CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A., con la suma de \$32.305.000, por la infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

...Pese a la contundencia y claridad de los Medios de Prueba, al igual que la realidad y evidencia de los hechos, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena – División de Liquidación, optó por sancionar...

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

Arts. 6, 29, 83 y 209 de la Constitución Nacional.

Arts. 364, 369, 509, 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999.

Art. 1° del Decreto 1198 de 2000.

Art. 1027 inciso 2 del Código de Comercio

Art. 21 de la decisión 331 de 1993, Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Arts. 174, 264, 279, 183 y 187 del C.P.C.

Art. 11 de la Ley 446 de 1998.

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

Manifiesta que las consideraciones de orden aduanero, son contrarias a las resoluciones acusadas, afirmándose que la Aduana de Bogotá era la autoridad competente para adelantar cualquier actuación administrativa, por ser este el lugar de domicilio del usuario aduanero.

Que el requerimiento 000007 demandado adolece de una falsa motivación, por cuanto no es cierto que la mercancía efectivamente embalada en

España e ingresada al país hubiesen sido 1272 cajas, toda vez que los documentos que obran en el expediente administrativo demuestran que la única cantidad cierta y real de mercancías objeto del régimen, fueron 1225 cajas.

Que el mismo requerimiento informa, que en la aduana de partida, al tiempo de realizarse la inspección física de la mercancía, se verificó la cantidad de 1272 bultos y peso de 9.130 kilos, colocándose por ello el precinto 014553, pero lo cierto es, que lo que realmente ingresó a la Aduana de Cartagena fueron 1225 cajas, que son las mismas despachadas desde España por HARIBO S.A.

Que esas mismas 1225 cajas embaladas en el contenedor FCIU2640291 debidamente selladas con el nuevo precinto 014553 - objeto del régimen de continuación de viaje -, arrojaron en la aduana de destino 9.160 kilos, esto es, un sobrante en peso de 30 kilos, en relación con el declarado en la aduana de partida.

Es otra la información que se deja consignada en los actos acusados, en cuanto al peso y número de la mercancía transportada, sin que pueda establecerse a ciencia cierta, cual es la cantidad real de cajas de mercancías, sobre las cuales la Aduana de Cartagena aprobó la continuación de viaje, lo que se traduce en una grave falencia en la investigación, que a su vez genera inexistencia y atipicidad de la conducta sancionable en el caso concreto.

Que en una clara violación de normas, y pese a que la carga no venía con menos peso sino con más, la Aduana de Partida de Cartagena decide entrar a inspeccionar, supervisar, pesar y hacer el conteo unitario de la mercancía, reemplazando el precinto con el cual venía siendo transportada la carga, aprobando luego de ello la continuación de viaje.

Que la carga llega con el nuevo precinto intacto a la aduana de destino.

Aduce igualmente lo que la práctica y la interpretación aduanera dan al concepto de *bulto*, asimilándolo al de contenedor, paletas, guacales y en general unidades cerradas, selladas o precintadas, que se consideran como

unidad de carga, y deben ser entregadas en el mismo estado en que se reciben; de manera que tratándose de este tipo de operaciones, debe tratarse al contenedor como un bulto bajo condiciones FCL o consolidado, en la que no se involucra ni interviene el transportador, por carecer de título, facultad legal y contractual para hacerlo.

Refuerza su tesis señalando, que los sobrantes o faltantes en el número de bultos, operan respecto de carga suelta, o de mercancía embalada por unidades, y que si bien el depósito de destino, debe verificar las condiciones del bulto movilizado por el transportador, en cuanto a la cantidad de contenedores, bultos o consolidados, así como la integridad del sello y peso de éste, no se puede desconocer que el contenedor sigue siendo un bulto transportado, como unidad de carga y de volumen.

Concluye su argumento señalando que en modalidad de transporte denominada Continuación de viaje, aparece la figura del FCL ya descrita, la cual genera el hecho y la obligación en cabeza de un embarcador o cargador, de llenar una unidad de transporte o contenedor que le ha entregado el transportador, para que dicho embarcador embale, introduzca o deposite las mercancías en este recipiente de transporte, bajo su propia cuenta, riesgo, habilidad y cantidad, con sus propios medios, sin la participación del transportador o su agente, y el que, una vez sellado o precintado por el embarcador al finalizar esa tarea, configura la consolidación del contenedor.

Afirma que no se aplicó el silencio administrativo positivo, que operó, en atención a la expedición del Requerimiento Especial Aduanero.

DEFENSA – UAE DIAN –

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F.298) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta lo estipulado en Decreto 2685 de 1999, en sus artículos 371, 372, 374, y 497, señalando como oposición de los cargos, que en el presente caso, la intervención de la autoridad aduanera consistió en autorizar

el régimen de tránsito aduanero, bajo la modalidad de continuación de viaje, por haber cumplido la solicitud con los requisitos de ley, por tanto, CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA, se hizo responsable por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen, como lo era entregar la misma cantidad de mercancía consignada en la Continuación de viaje en la aduana de destino.

Que de los antecedentes se puede determinar, que existió una entrega incompleta de la mercancía por parte del transportador multimodal, pues en la planilla de recepción, se dejó constancia de un faltante de 4069 bultos, lo que resulta siendo una cantidad considerable, y en lo que busca encontrar certeza la DIAN, es que la mercancía que sale de una Aduana, y circula por el territorio nacional, llega a la Aduana de destino en las mismas condiciones.

Manifiesta que de conformidad con la circular 188 de 2000, para que el contenedor se considere bulto, éste debe venir para un mismo consignatario, estar amparado en un solo documento de transporte, y que el contenedor salga del puerto sin desconsolidar, y que en el caso que se estudia, la mercancía trae relacionada dos consignatarios, lo que se prueba de la lectura del B/L.

Afirma que desde el momento mismo en que un Operador de Transporte Multimodal solicita a la entidad aduanera autorización para la realización de una continuación de viaje, se sujeta a cumplir con las obligaciones y asume las responsabilidades propias de esta modalidad de importación, de manera que, independientemente del contrato privado que se celebre con el consignatario o con el operador logístico, por ley, el transportador responde por la cantidad de la mercancía que se anuncie en la Declaración de Tránsito Aduanero, y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es la real.

Finalmente se opone a la configuración del silencio administrativo positivo, poniendo de manifiesto, que el legislador aduanero no estableció el silencio administrativo positivo respecto del requerimiento especial aduanero; y que respecto a la afirmación de que operó tal fenómeno por el transcurso de más

de 12 meses sin haberse proferido decisión de fondo, debe atenderse la derogatoria expresa recaída sobre el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999.

SENTENCIA IMPUGNADA

Con providencia calendada el día veintiocho (28) de febrero de 2013, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia en la que decide:

FALLA

Primero: Declarar no probada la excepción de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio, planteada por la entidad demandada.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Para arribar a la anterior decisión, la Juez de primera instancia aborda uno a uno los cargos expuestos por la parte demandante, exponiendo a manera de conclusión:

"Para este Juzgado, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en ésta última.

Frente al artículo 1027 del Código de Comercio, se hace pertinente señalar que es una norma general que a pesar de tener alcance nacional, no es aplicable al presente caso, en razón a que existe normatividad especial que regula el régimen aduanero, como lo es el Estatuto Aduanero contenido en el Decreto 2685 de 1999.

Cabe anotar que la actora en la demanda admitió que en el caso sub examine se produjo un defecto en relación con la cantidad de mercancía, pero no demostró que la referida no le fuese imputable, como tampoco dio una explicación satisfactoria. Lo cierto es que en la DTA no figura registrada la diferencia respecto a la cantidad de la mercancía encontrada ni haberlo advertido como era su deber.

Fuerza es, entonces concluir que la actora incumplió el régimen del tránsito aduanero pues, aunque no se discute que entregó la mercancía precintada y sin inventariar en las mismas condiciones en que la recibió, no demostró que hubiese cumplido con el deber de verificar y enterar a la

autoridad aduanera en la aduana de partida acerca de las faltantes de la mercancía, ni demostró que en la DTA hubiese quedado constancia expresa sobre la inexactitud del dato relativo a la cantidad de la misma."

IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de 28 de febrero de 2013, por cuanto le fue desfavorable.

Disiente de la decisión y centra su argumento partiendo del hecho de no haberse considerado por la *a – quo*, los medios de prueba allegados al expediente y demostrativos de la inexistencia de la supuesta infracción con base en la cual la DIAN sancionó a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A.

Que no puede entrar a descalificarse un medio de prueba, como lo es la certificación expedida por el proveedor en el exterior HARIBO ESPAÑA S.A., en donde se verifica un total de 1225 cajas de la mercancía transportada, lo que demuestra también que no se presentó faltante alguno al tiempo de la conclusión del citado régimen, sino simplemente un mal corte del documento de transporte, dado que las cantidades reportadas no coinciden con el embalaje utilizado.

Que la certificación del proveedor permite demostrar que lo realmente despachado desde España e ingresado a territorio aduanero nacional fueron 1225 cajas, y fueron estas mismas 1225 las que el Operador de la Continuación de Viaje entregó en la Aduana de Destino, y que lo que se produce es un error de interpretación de los documentos de viaje.

Retoma el argumento de que el contrato de transporte respectivo, se pactó en términos FCL/FCL y que el contenedor debe ser considerado como bullo o unidad de carga.

Señala que la Juez *A-quo* guarda silencio sobre la reglamentación contenida en la Resolución 000546 de 1-25-2010, y la decisión 331 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en sus artículos 6 y 11, acerca de la responsabilidad del operador de transporte multimodal, pues en la misma se enfatiza en que la responsabilidad del operador de transporte multimodal

abarca el período comprendido desde el momento en que toma las mercancías bajo su custodia hasta el momento en que las entrega, y que no será responsable de la pérdida, el deterioro o el retraso, si prueba que tal hecho ha sobrevenido durante ese transporte, por acto u omisión del expedidor; señalando en términos generales que el fallo de primera instancia adolece de falsa motivación.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 15 de Agosto de 2013, esta Corporación admitió la apelación interpuesta por la parte demandante (F. 409); y, con providencia adiada en septiembre 2 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 412).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ambas partes descorrieron el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general ratificándose en los argumentos planteados en la contestación de la demanda y recurso de alzada, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 412), se abstuvo de emitir concepto.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley 1285 / 09 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

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

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

Caducidad

Sobre tal presupuesto se tiene que la acción fue ejercida en tiempo, con la sola verificación de la expedición del último de los actos acusados - Resolución No. 001585, que data del 7 de Septiembre de 2010-, de manera que, constatándose la presentación de la solicitud de conciliación en noviembre de 2010 y la presentación de la demanda el 10 de diciembre del mismo año, - tal como consta a folios 2, 278 y 281 del expediente -, ha de tenerse por oportuna, acorde con el término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la apelación interpuesta por la parte demandante, la cual ataca la decisión del Juzgado al no declarar la nulidad de los actos que se acusan con la demanda, y como consecuencia de ello la negativa en reconocer las pretensiones, centrándose tal argumento en la posición de la Juez *a quo* en tener como ajustado a la legalidad el actuar de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, cuando ni siquiera fueron valorados en su integridad los elementos probatorios obrantes en el plenario, en especial el documento adaratorio proveniente del proveedor en el exterior de la mercancía transportada; retomando además algunos de los planteamientos propuestos con la demanda, como los términos del contrato de transporte en cuestión, y la expedición de la Resolución 546 de 2010 que se aporta al expediente.

Por lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer, si en el presente caso, se configuran los supuestos fácticos y legales necesarios para la imposición de la sanción administrativa aduanera a la sociedad demandante en su calidad de Operadora de Transporte Multimodal.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada deberá confirmarse en su totalidad, pues según la interpretación razonada de las normas vigentes aplicadas a la situación concreta que se trae a juicio, la administración aduanera obró conforme a la legalidad, limitándose a la aplicación de las consecuencias objetivas que resultaban de atender los supuestos de la norma aduanera aplicada a los operadores de transporte multimodal.

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

En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por el requerimiento especial aduanero número 00007 del 19 de Enero de 2010, la Resolución N° 000615 de 6 de abril de 2010, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos y Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve sancionar a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A con multa de \$32.305.000.00, y sus confirmatorias en la vía gubernativa, la Resolución No. 001205 del 8 de Julio de 2010 y 001508 de 7 de septiembre de 2010, expedidas por el Jefe de la División Jurídica Aduanera (F. 49 a 141).

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

De la legalidad de la sanción aduanera impuesta.

La sociedad actora – además de las apreciaciones que en materia probatoria reprocha contra la Juez de primera instancia, como a su modo de ver resulta ser la desestimación del documento aclaratorio de la cantidad de la carga declarada, (proveniente del expedidor de la mercancía en el exterior) –; sostiene, que los actos acusados violan abiertamente el principio de legalidad de la sanción, pues tal y como lo afirmó en su demanda, la sanción a ella impuesta no se ajusta a los preceptos que sobre el concepto de “bulto” se han dejado sentados, y de los que se concluye que el contenedor debe tratarse como tal, en materia de operaciones multimodales, bajo condiciones de FCL o consolidado.

Que no se tuvo en cuenta el tratamiento legal que la misma DIAN impone a través de la Resolución 546 de 2010 y el que acoge, de conformidad con la decisión 331 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en sus artículos 6 y 11, acerca de la responsabilidad del operador de transporte multimodal.

Con respecto a todo lo anterior cabe precisar, que la sanción aduanera impuesta a la sociedad actora a través de la Resolución No. 000615 y confirmada por las Resoluciones No. 001205 y 001585 de 2010, tuvo como unos de sus fundamentos legales, los artículos 372, 373, 374, 389 y 497 numeral 3.1.1. del Decreto 2685 de 1999 y 531 de la Resolución No. 4240 de 2000¹, que rezan:

ARTÍCULO 372º. Responsabilidad del Operador de transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el operador de transporte multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de Ingreso.

ARTÍCULO 373º. Garantía. Para responder por el pago de los tributos aduaneros suspendidos y por las sanciones, el operador de transporte multimodal deberá constituir una garantía global por un valor equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La garantía se hará efectiva total o proporcionalmente por el monto de los tributos aduaneros suspendidos y las sanciones generadas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión de las operaciones de transporte multimodal, en caso de pérdida de la mercancía, o no finalización de la operación de transporte multimodal.

ARTÍCULO 374º. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la continuación de viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los operadores de transporte multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. **La subcontratación que realice el operador de transporte multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el**

¹ "Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999".

término autorizado por la aduana de partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía.

(...)

ARTICULO 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.

ARTÍCULO 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. <Artículo modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

(...)

3. En el Régimen de Tránsito Aduanero:

3.1 Gravísimas:

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero".

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

Si dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de que trata el inciso anterior, el usuario, el Banco o la Compañía de Seguros no acredita, con la presentación de la copia del Recibo Oficial de Pago en Bancos, la cancelación del monto correspondiente, remitirá a la División de Cobranzas el original de la garantía y copia del acto administrativo donde se ordena su efectividad, para que se adelante el correspondiente proceso de cobro. (Negritas y subrayas de la Sala).

El anterior marco normativo determina que los Operadores de Transporte Multimodal -Sociedad demandante-, bien pueden responder por las sanciones aplicables a los transportadores en el régimen de Tránsito Aduanero, toda vez que, conforme a los artículos 372 a 374 del Estatuto

Aduanero, el Operador de transporte multimodal es responsable de la carga autorizada en la Continuación de Viaje respectiva, y con la cual se autoriza el traslado de mercancías extranjeras por dos o más modos de transporte diferentes, en virtud de un único documento de Transporte Multimodal, debiendo cumplir dicho operador de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, esto es, con la entrega física de la mercancía transportada "conforme" y la presentación de los documentos respectivos, en la Aduana de destino, sin que pueda eximirse de tal responsabilidad por la subcontratación que haga para realizar adecuadamente la operación, de allí que en virtud de la remisión normativa del artículo 389 del Decreto 2685 de 1999, le sean aplicables las sanciones aduaneras de los transportadores a los Operadores de Transporte Multimodal, y en consecuencia la prevista en Artículo 497 numeral 3.1.1 del Estatuto Aduanero, aplicada por la demandada en el presente asunto, existiendo un claro fundamento legal para la sanción impuesta en los actos acusados, contrario a lo manifestado por la parte actora.

Así las cosas, la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A. en su calidad de operador de transporte multimodal, y como responsable del transporte de la carga autorizada con la continuación de viaje respectiva, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, entregando la mercancía en las mismas condiciones según se autorizó, so pena de incurrir entre otras sanciones, en la tipificada el artículo 479 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999, que establece entre las faltas gravísimas en que pueden incurrir los transportadores la de *"...Entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la declaración de tránsito aduanero."*

En ese orden de ideas, existiendo un soporte normativo o legal para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará ahora la Sala a determinar, de conformidad con lo probado en autos, si se dieron o no los supuestos fácticos para que la administración aduanera aplicara a la sociedad demandante, la sanción contemplada en la norma antes citada.

Acorde con lo anterior, encuentra esta Sala, que tal como lo determinó la Administración al proferir los actos acusados, al culminar la operación de tránsito aduanero en la cual intervino el actor en calidad de transportador multimodal autorizado, se detectó un faltante de mercancía, en relación al peso que se consigna previamente.

En efecto, según consta en el formato de Continuación de Viaje con número de aceptación 06080068889 del 22 de abril de 2008 (F. 38), al autorizar el régimen de tránsito quedó consignado que la mercancía sometida al mismo consistía en un contenedores (20 pies) con 5294 piezas.

No obstante que en el anterior documento se consignó la mencionada cantidad de mercancía a transportar; según consta en el acta de inconsistencias y en la planilla de recepción, al efectuarse la verificación de la mercancía arribada, se constató que la misma presentó inconsistencia consistente en faltantes en el número de piezas y en kilos, consignándose en los respectivos ítems, las siguientes cantidades e información "SE RECIBEN 1.225 CAJAS QUE VENÍAN EN 1 CONTENEDOR DE 20 PIES, LLEGAN 6 CAJAS EN MAL ESTADO ABIERTAS Y CON POSIBLE FALTANTE INTERNO, DEL TOTAL DE LA MERCANCÍA NO SE VERIFICA ESTADO INTERNO NI CONTENIDO, EL BL Y LA CONTINUACIÓN DE VIAJE DICEN CANTIDAD DE BULTOS 5294 LLEGAN 1225 PRESENTA FALTANTE DE 4069 UNIDADES SEGÚN DOCUMENTO, ACTA DE INCONSISTENCIA ALPOPULAR N° 01596 DEL 29 DE ABRIL DE 2008 POR FALTANTE, PESO VERIFICADO EN PUERTO 9130 KILOS ." (F. 44). En el formato de inconsistencias N° 01596 del depósito ALPOPULAR, se deja consignado, que el faltante se produce en el número de bultos registrados por CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A; además de encontrarse irregularidades en los empaques, ratificándose la cantidad recibida de 1225 cajas, y 9160 kilos.

Según lo hasta aquí expuesto, es posible establecer que se configura la conducta sancionable atribuida a la sociedad actora, como quiera que se encuentra probado que la cantidad de piezas (cajas) recibidas al finalizar el tránsito aduanero fue menor de la autorizada en la Continuación de Viaje, al iniciar dicha operación, además, se evidenció una diferencia positiva de peso en kilos en la mercancía arribada a la aduana de destino, lo que da cuenta

que efectivamente se da una inconsistencia múltiple, pues las piezas disminuyen con el arribo de la carga a su destino, sucediendo lo opuesto con el peso de la carga.

Así las cosas, se concluye que las pruebas arrojadas en vía gubernativa y reiteradas en esta instancia, demuestran la configuración de la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del decreto 2685 de 1999, lo cual conduce a afirmar que la Administración efectuó una adecuada valoración de las mismas, y a descartar, el argumento de la sociedad actora según el cual no existió el soporte fáctico necesario para dar aplicación a tal disposición y por ende para imponer la sanción consagrada en la misma.

Ahora, en atención a lo descrito en la demanda, y que se retoma en el escrito de apelación, en torno a que de conformidad con la disparidad de datos consignados en los actos acusados, en cuanto al peso y número de la mercancía transportada, no puede establecerse a ciencia cierta, cual es la cantidad real de cajas de mercancías sobre las cuales la Aduana de Cartagena aprobó la continuación de viaje, lo que se traduce en una grave falencia en la investigación, y por ende en inexistencia y atipicidad de la conducta sancionable en el caso concreto; debe señalar la Sala, que en efecto, con el Requerimiento Especial Aduanero 000007 demandado, se da cuenta de una inspección física aduanera realizada en la aduana de partida, que arrojó cantidades distintas a las que se enuncian, tanto en los documentos de recepción de la mercancía, y en los restantes actos acusados.

Al respecto encontramos el artículo 364 del Decreto 2685 de 1999, el cual establece:

ARTICULO 364. AUTORIZACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRÁNSITO E INSPECCIÓN ADUANERA DE LAS MERCANCÍAS SOMETIDAS A LA MODALIDAD DE TRÁNSITO Y COLOCACIÓN DE PRECINTOS ADUANEROS.

La Aduana podrá autorizar el tránsito solicitado, si las unidades de carga se encuentran debidamente selladas y precintadas desde el

país de procedencia, de forma tal que garanticen que la mercancía no pueda ser extraída de ellas, ni puedan introducirse otras, sin romperse los precintos colocados en el puerto de embarque.

Para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero, no habrá inspección aduanera en la Aduana de Partida, salvo cuando la autoridad aduanera observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, presenten diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad, en cuyo caso, deberá efectuarse la inspección física correspondiente y se dejará constancia del resultado de la diligencia.

Cuando las unidades de carga o los medios de transporte no se encuentran precintados, y siempre que sea posible, la Aduana procederá a colocar precintos dejando constancia de sus números en la Declaración de Tránsito Aduanero. (Negritillas de la Sala).

En el presente caso, el documento correspondiente al conocimiento de embarque o *Bill of lading* de la carga en cuestión, consigna expresamente que la mercancía transportada consistía en **5294** bultos que pesaban en total **8868** kilos. (F. 39 y 40).

El funcionario aduanero de la aduana de partida al verificar una diferencia en el peso de la carga, procede a inspeccionarla, dejando constancia de la verificación efectuada, corrigiendo el respectivo formato de continuación de viaje, pues en la casilla 20 PESO KILOGRAMOS: anotó 9130, manteniéndose la cifra: 5294, como cantidad que debía arribar al depósito de destino, pues en la correspondiente casilla (17) no se visualiza corrección alguna.

No desconoce la Sala que figura en la casilla: OBSERVACIONES DE LA ADUANA DE PARTIDA, nota ilegible en manuscrito, en la que se alcanza a identificar el número 1272, cantidad esta que queda consignada en el Requerimiento Especial Aduanero para identificar un faltante de **47 cajas**, en relación con la mercancía que se recibe en el depósito de destino.

En las Resoluciones 000615, 001205 y 001585 demandadas, la sanción se estructura y se confirma a partir de un faltante consistente en **4069 unidades**, es decir, que el faltante se verificó en piezas individuales, lo cual no desvirtúa la cantidad, - igualmente faltante -, que quedó determinada en el

mencionado REA, pues en esa oportunidad se habló de cajas y no de unidades, coincidiendo los distintos actos demandados en la inconsistencia traducida en una diferencia negativa entre lo que se señaló en las facturas, en el documento de embarque (B/L), y en la continuación de viaje sometida a inspección y verificación, y lo que finalmente arribó a la aduana de partida, además de quedar evidenciado embalajes de la carga en mal estado (6 cajas abiertas); de tal suerte que no puede hablarse de una falsa motivación, como erradamente lo afirma la parte demandante.

De otra parte, y con relación al documento obrante a folio 48 del expediente, consistente en certificación expedida por la señora Eva María Moya, quien se identifica como parte del Departamento de Exportación de HARIBO ESPAÑA S.A., donde se lee:

"Lamentamos profundamente el error de interpretación que hayan podido ocasionar los documentos enviados junto al contenedor número FCIU 2640291 con precinto CHL 016867

A continuación le detallamos la cantidad de cajas enviadas, tanto de productos como de displays:

- *Total Cajas productos 1214*
- *Total Cajas Bases displays 8*
- *Total Cajas Tapas displays 3*
- *TOTAL 1225*

Debemos informarle que cada caja de Displays Bases consta de 240 unidades. Por lo tanto son 1920 unidades, cantidad que figura en la factura y en el documento B/L. De igual manera ocurre con los Displays de Tapas, los cuales constan de 720 unidades por caja. Con un resultado de 2160 unidades, cantidad que también figura en la factura y documento B/L.

Esperamos que con esta carta aclaratoria sea suficiente para solventar cualquier contratiempo o duda existente ante las Autoridades Colombianas"

Considera la Sala, que se trata de un documento ausente de soportes en cuanto a la calidad con la que se afirma que se actúa, y en cuanto a las cantidades que se indican a manera de aclaración, pues se habla de un total de 1225 cajas, y, cuando se pasa al plano de unidades se identifican 240, luego 1920, y finalmente 720, señalando un resultado total de 2160 unidades, señalando que tal cantidad figura tanto en la factura como en el documento B/L, lo cual no es como quedó establecido al hacerse referencia a los folios 39 y 40 del expediente.

La mala interpretación en las cantidades que afirma el recurrente queda desvirtuada, pues el ejercicio matemático de sumar (para el caso de las unidades) y restar (para el caso de las cajas) no arroja ni un solo resultado que guarde identidad con las cantidades que quedaron consignadas en los documentos que conformaron la actuación administrativa y que finalmente derivaron en la sanción que aquí se discute; lo que impide que el documento privado en cita le reste confidencia a las probanzas integrantes del expediente administrativos que indican que efecto existió el faltante, y que en últimas avala la sanción impuesta por la DIAN.

Entonces, de conformidad con los términos en que fue concebida la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del decreto 2685 de 1999 se establece como único supuesto para la tipificación de la conducta, la existencia de un faltante, sin consideración alguna al valor o a la cantidad de la mercancía; en otras palabras, establecida la diferencia entre la cantidad de mercancía declarada u autorizada y la recibida en la aduana de destino, se configura la falta cualquiera que sea el valor o cantidad de la mercancía faltante.

En este orden de ideas, en el presente caso, se encontró probado que fueron 47 cajas y 4069 unidades el faltante en la mercancía, en virtud de lo cual la Administración no estaba habilitada para valorar tal circunstancia a efectos de determinar la sanción a imponer, pues tal como se señaló, el precepto legal no lo facultaba para ello.

Así las cosas, se concluye que las pruebas arimadas en vía gubernativa y reiteradas en esta instancia, demuestran la configuración de la conducta

sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, lo cual conduce a afirmar que la Administración efectuó una adecuada valoración de las mismas.

Ahora bien, no puede obviar la Sala que en el asunto bajo estudio – teniendo en cuenta la fecha en que se decide de fondo - cabe realizar un análisis del caso a la luz de la Res. 546/10 junto con el principio de favorabilidad, y que no quedó resuelto de manera expresa en fallo de primera instancia, pese a tener en cuenta unas de las condiciones que la norma en cita señala, para declarar la nulidad que hoy se apela.

Debe entonces la Sala hacer claridad, que en los términos en que fue concebida la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del decreto 2685 de 1999 vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, se establece como único supuesto para la tipificación de la conducta, la existencia de un faltante, en otras palabras, establecida la diferencia entre la cantidad de mercancía declarada u autorizada y la recibida en la aduana de destino, se configura la falta cualquiera que sea el valor o cantidad de la mercancía faltante.

En esa línea de pensamiento, acude esta colegiatura al análisis del artículo 3º de la Resolución 546 de 25 de enero de 2010 por la cual se adiciona y modifica la Resolución 4240 de 2000², dentro del - CAPÍTULO III Trámite en la aduana de destino – Entrega de la carga y la declaración de tránsito aduanero al depósito habilitado o al usuario operador de la zona franca, así:

Artículo 3º. Modificase el literal d) y adicionase un párrafo al artículo 328 de la Resolución 4240 de 2000, los cuales quedaran así:

*... "Parágrafo. Para efectos de lo previsto en el literal b) del presente artículo, y con ocasión de la finalización de las operaciones de transporte multimodal en la aduana de destino, **no se consideran inconsistencias a cargo del transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro del contenedor, siempre y cuando se presenten las siguientes condiciones:***

a) El contrato de transporte se haya pactado en términos FCL/FCL.

² Por la Cual se reglamenta el D. 2685 de 1999

b) Se acredite certificación del proveedor o de quien haya suscrito el contrato de transporte con el operador de transporte multimodal, asumiendo errores de envío o inconsistencias de orden logístico, y

c) No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga". (Negritas de la Sala).

En el artículo 9º de la misma normativa quedó consignada su vigencia, dejándose constancia de que regiría a partir de la fecha de su publicación, esto es, el 26 de enero de 2010.

En efecto constituye el precepto en cita una novedad que favorece al transportador multimodal en la modalidad de continuación de viaje, pues, sin desaparecer la responsabilidad que al mismo le atañe, - en torno a la entrega conforme de la mercancía previamente declarada -, establece de manera taxativa unas condiciones que en todo caso deben coexistir, a efectos de que no sean consideradas inconsistencias a cargo de transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro de un contenedor.

En el caso bajo estudio quedó demostrado que el transporte de la mercancía entre el expedidor y la sociedad demandante se contrató en términos FCL/FCL³, destacándose que en el *bill of lading* se indicó el tipo o modo de servicio contratado (F. 40).

En cuanto a la certificación que también consagra el precepto legal, debe indicarse que si bien a folio 48 figura documento en el cual la sociedad HARIBO ESPAÑA S.A.⁴ lamenta errores de interpretación que hayan podido ocasionar documentos por ella expedidos.

Aún de aceptarse que tal certificación es suscrita por quien despachó la mercancía en el exterior (expedidor), el mencionado documento se encuentra desprovisto de soportes que respalden la nota aclaratoria que en él se consigna, como lo sería un inventario detallado de la mercancía cargada y despachada, remitiendo finalmente tal certificación al documento del embarque B/L – que ratifica la diferencia negativa encontrada -.

³ Full container load – Contenedor en su total capacidad

⁴ Shipper - expedidor.

igualmente se destaca, que contrario a lo afirmado por la actora en su demanda, la DIAN dejó consignadas una serie de observaciones, que si bien no hacen alusión propiamente al precinto homologado N° 014553, sí denotan señales de saqueo a las unidades de carga, como resulta ser cuando se consignó - *LLEGAN 6 CAJAS EN MAL ESTADO ABIERTAS Y CON POSIBLE FALTANTE INTERNO* -, observaciones éstas que no fueron desvirtuadas por la parte demandante; lo que igualmente descarta el cumplimiento de la tercera condición que estipula la norma que se viene estudiando: *No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga*..

Lo anterior se hace como ejercicio de verificación, ubicándonos en el escenario de favorabilidad en que la sociedad actora insistió con su demanda, pues lo cierto es que teniéndose en cuenta la vigencia de la aludida Resolución, junto a los términos en que quedó consagrado el principio de favorabilidad en materia aduanera (artículo 520 del E.A.); lo cierto es que le asistía a la DIAN la obligación de considerar tal normativa, pues en el momento en que define con acto que resuelve el recurso interpuesto - septiembre de 2010 -, ya había entrado en vigencia la Resolución 546 de 2010.

El artículo 520, de Decreto 2685 de 1999, dispone:

"Art. 520.- Disposición más favorable. Si antes de que la autoridad aduanera emita el acto administrativo que decide de fondo, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no se hayan mencionado en la respuesta del Requerimiento Especial Aduanero"

Si se procede a la revisión del capítulo matriz de la anterior disposición, - *CAPÍTULO XIV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES ADUANERAS, LA DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MERCANCÍA Y LA EXPEDICIÓN DE LIQUIDACIONES OFICIALES* - inmediatamente nos ubicamos en el contexto de una sanción, aprehensión de mercancía o una liquidación oficial, lo cual resulta ser de la situación que corresponde dirimir.

En torno a ello se tiene que el artículo segundo contenido en la parte resolutive de la primera Resolución acusada, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO SEGUNDO: Sancionar a la empresa CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. NIT. 830.060.136-0, con una multa de \$32.305.000 (TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL PESOS), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia..."

El sentido literal del citado proveído da cuenta de la existencia de orden alusiva a sanción, lo que en principio haría viable la aplicación al caso concreto del artículo 520 del E.A, desde la óptica de la Resolución 546 de 25 de enero de 2010 por la cual se adiciona y modifica la Resolución 4240 de 2000, en el aparte pertinente tal y como arriba se transcribió, si se tiene en cuenta la fecha del acto administrativo que decidió de fondo la situación jurídica de la parte demandante, esto es, la Resolución 001585 de 7 de septiembre de 2010 a la que se ha hecho referencia, entonces, resultaría procedente estudiar la favorabilidad del artículo 520 del E.A., pues como ya quedó reseñado, la vigencia de la Resolución 546, data desde su publicación en el diario oficial, - 26 de enero de 2010 -.

Sin embargo, de acuerdo a todo lo arriba expuesto, queda claro, que no aparece probado de manera integral el supuesto fáctico de la norma (Res. 546 de 2010), pues no habiéndose demostrado de manera conjunta las condiciones que prevé la misma, no puede accederse al pedido de la Sociedad actora.

Así las cosas, la única conclusión a la que puede llegarse, es que la Sociedad CCL, en su calidad de operador de transporte multimodal, y como responsable del transporte de la carga autorizada con la continuación de viaje respectiva, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito dentro del término autorizado, entregando la mercancía en las mismas condiciones según se autorizó; lo cual no sucedió, al incurrir en la conducta tipificada el artículo 497 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999 que arriba se citó, pues estaba llamado a asumir una conducta de diligencia y cuidado, conociéndose responsable por la carga que traslada dentro del territorio nacional, desde el momento mismo en que le dio inicio a la operación.

Al respecto se destaca lo considerado por el Consejo de Estado⁵, en lo que tiene que ver con las obligaciones que le asisten al transportador responsable de la finalización de la operación aduanera:

*Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto. Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. **El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida. (Subrayado y negrillas de la Sala)***

Se hace hincapié en los anteriores argumentos, pues lo cierto es, que si al momento de la ocurrencia de los hechos, y aún cuando la administración emite decisión de fondo, existía toda una normatividad clara y armonizada con el régimen de tránsito aduanero frente a la situación de los operadores de transporte multimodal, no puede el interesado afectado con la decisión pretender exonerarse de responsabilidad alegando una norma ajena a su

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO Bogotá, abril cuatro (4) de dos mil dos Radicación número: 05001-23-26-000-1997-1067-01(7377) Actor: SERCARGA S.A. Demandado: DIAN DE MEDELLÍN Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

situación, pues la vigencia de la misma, junto con la fecha en que se decide la situación de fondo, lo impedía.

Se destaca además, que en el presente caso la parte demandante, teniendo posibilidad de realizar aclaración acerca de la cantidad transportada - en la casilla del documento de continuación de viaje denominada: *OBSERVACIONES DEL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL O DEL TRANSPORTADOR SUBCONTRATADO* -, no lo hace, sino que utiliza tal espacio para hacer referencia al documento de embarque, sin que de su parte quedase evidencia de un ejercicio de constatación o verificación de la carga a ella encomendada.

De manera que no resulta adecuado ni consecuente el actuar del demandante, primero como recurrente en sede administrativa, y luego como demandante en sede judicial, pues - insiste la Sala -, conociendo éste la norma aduanera especial antes de verificarse la ya conocida infracción, la deja de lado, y en vez de intentar desvirtuar el faltante hallado, se enfoca en el hecho de que el contenedor debe considerarse como una unidad de carga, procediendo a invocar términos FCL/FCL que a lo sumo tienen un sustrato en el ámbito comercial; y luego, cuando conoce de la Resolución 546 que adiciona la 4240 de 2000, pretende que le sea aplicada a su situación.

Es necesario tener en cuenta además, que en el caso en estudio nos encontramos frente a una operación de transporte multimodal, régimen mediante el cual se permite la circulación por el territorio nacional de mercancías que no han sido nacionalizadas y por ende respecto de las cuales no se han cancelado los tributos aduaneros correspondientes, circunstancia que amerita que el control de este tipo de operaciones sea riguroso y estricto.

Consecuencialmente, también se impone la rigurosidad en la aplicación e interpretación de las normas a través de las cuales se pretende ejercer el control sobre este tipo de operaciones y entre las que se cuentan disposiciones como las ya aludidas, a través de la cual se establecen las sanciones cuando se producen faltantes en la mercancía transportada y previamente autorizada en la continuación de viaje.

Al respecto, la configuración de faltantes en la mercancía objeto de tránsito aduanero de suyo comporta un detrimento para la Administración, toda vez que implica la posibilidad de que entre a circular en el territorio nacional mercancía de procedencia extranjera, sin el pago de los tributos aduaneros, lo cual nos permite afirmar que la conducta que originó la sanción, genera perjuicios para la Administración.

Es por todo lo expuesto que esta Sala considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados por ilegales, injustos o desproporcionados, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto, las consecuencias previstas en la disposición que consagró la conducta sancionable (Art. 497 3.1.1. D. 2685/99) y por consiguiente, debió sancionar.

En resumen, se concluye que no se configura vicio de ilegalidad sobre los actos acusados, pues se configuró el supuesto objetivo de la normatividad aduanera vigente, y que en el presente asunto, la infracción devino de la verificación de una inconsistencia en la mercancía embalada, tal y como se describió en la Continuación de Viaje, siendo esta una conducta sancionable derivada de la configuración de un faltante en el número de bultos, piezas, cajas o cartones recibidos en el depósito autorizado.

Así, la Aduana de Cartagena conserva competencia para adelantar el proceso administrativo para imponer las sanciones correspondientes por la configuración de una infracción aduanera. Es decir la competencia la tiene la Administración de Aduanas de Cartagena, ya que el procedimiento aplicado se presentó con ocasión del control simultáneo que ejerce sobre la Operación de Transporte Multimodal, y en aplicación al principio de justicia, de que trata el artículo 2º del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), el cual preceptúa que los funcionarios aduaneros con atribuciones y deberes que cumplir en relación con las facultades de fiscalización y control deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades, que son servidores públicos, que la aplicación de las disposiciones aduaneras deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia y que el Estado no aspira a que al usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma Ley pretende, sino que en casos como el presente, se busca salvaguardar el orden económico nacional. Además deberán tener presente que el ejercicio de la labor de investigación

y control tiene como objetivo detectar la introducción y salida de mercancías sin el cumplimiento de las normas aduaneras.

La Sala entonces declarará la ineptitud de la demanda, frente al Requerimiento Especial Aduanero – REA - cuya nulidad se pretende, teniéndose en cuenta que mediante éste tan sólo se da a conocer al declarante (administrado), la existencia de unos cargos que podrían generar la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la expedición de una Liquidación Oficial, proponiéndole el debate sobre los hechos que se le imputan.

Acorde con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha indicado, con respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, lo siguiente⁶:

*"Dicho requerimiento **es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera.** ...".*

Frente a los demás actos acusados, se confirmará la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, acogiendo razones adicionales a las expuestas por la Jueza - quo.

COSTAS

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

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍQUESE el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión

⁶ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION CUARTA-Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ-Bogotá D. C., veintiocho (28) de junio del dos mil diez (2010)-Radicación número: 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326)-Actor, F. M. LOGISTICA LTDA SIA -Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

del Circuito de Cartagena, de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), por la cual se negaron las pretensiones de la demanda; el cual quedará adicionado con lo siguiente:

PRIMERO: Declarar inepta la demanda frente al Requerimiento Especial Aduanero No. 00007 del 19 de enero de 2010, emitido por la División de Gestión de Fiscalización Aduanera - de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena.

SEGUNDO: CONFIRMAR, en todo lo demás la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), acogiendo la Sala razones adicionales a las consideradas por la Juez a – quo.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

AUSENTE CON PERMISO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Aclaro voto



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

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

ACLARACIÓN DE VOTO

Acción : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación : **13-001-33-31-011-2010-00227-01**
Demandante : **Corporación Colombiana de Logística S.A.**
Demandado : **DIAN**

A continuación me permito exponer las razones por las que aclaro la decisión adoptada por la Sala de Descongestión 004, plasmada en sentencia de la misma fecha, en los siguientes términos:

Para denegar las pretensiones formuladas en la demanda, consideró la Sala entre otros argumentos, que dentro del presente asunto no había duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Corporación Colombiana de Logística S.A., puesto que la mercancía objeto de esta modalidad fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada.

Pues bien ; en esencia la suscrita comparte lo decidido en la sentencia, sin embargo cabe precisar que la sociedad actora en su introductorio señaló entre otros argumentos que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora, toda vez que la mercancía de referencia ingresó al territorio nacional mediante contenedor que tiene un tratamiento de bulto o consolidado, dado que la modalidad del transporte se dio en términos FCL (Full Container Load) por lo que, dicho transporte se dio bajo su propia cuenta, riesgo y cantidad, sin la participación del agente o del transportador.

Respecto de este tópico se debe precisar que en autos quedó demostrado que en la aduana de partida, al advertirse una diferencia en el peso, el funcionario de aduana procedió a inspeccionar la mercancía, es decir, no realizó un reconocimiento externo, sino que abrió el contenedor para verificar su contenido, en presencia de un representante del transportador multimodal, como consta en la Continuación de Viaje con número de aceptación 0608006889 del 22 de abril de 2008 que reposa a folio 38 del expediente, y en esa medida al ser desprecintado el contenedor y comprobado su contenido, ya no puede alegarse por el transportador, la condición de carga consolidada, para descartar su responsabilidad por faltantes detectados en la aduana de destino.

Aclaración de voto

Dte: Corporación Colombiana de Logística S. A.

Ddo: DIAN

Rad: 13-001-33-31-011-2010-00277-01

Página 2 de 2

Ahora bien; en gracia de discusión, se tiene que el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, dispone que **BULTO** *“Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”.*

Para la suscrita es claro de acuerdo con el Decreto 2685 de 1999 y la Circular 188 de 2000, el contenedor puede ser considerado como bulto siempre y cuando éste se encuentre amparado en un solo documento de transporte; dirigido a un solo consignatario, se trate de carga consolidada y el contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

De las pruebas obrantes en el expediente se aprecia sin mayor duda que la mercancía en cita no cumple con los presupuestos para ser considerado como bulto el contenedor; como quiera que al revisar el Bill of Lading o Conocimiento de embarque visible a folio 40 del expediente, se observa que la mercancía fue remitida a nombre de tres consignatarios y no a uno sólo, como lo exigen las disposiciones citadas, haciendo inoperante el argumento respecto de la improcedencia del informe de inconsistencias frente al contenedor como bulto.

En este orden de ideas, aclaro mi decisión en el sentido de que, indistintamente que la mercancía haya llegado con menos cantidad a la aduana de destino, por un lado el transportador se hizo responsable de la integridad de la carga, al ser desprecintado y verificado el contenido de la unidad embalada, en la aduana de partida, y por otro lado, el documento de embarque no cumplió con los lineamientos expuestos en el Dto. 2685 de 1999 y la Circular 0188 de 2000, para ser considerado el contenedor como bulto y en consecuencia aplicarle el beneficio que ésta contiene frente al transportador de la mercancía, cuando la misma llega a su destino con inconsistencias, todo lo cual imponía a la Sala confirmar la decisión proferida en primera instancia, denegatoria de las pretensiones de la demanda.


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ
Magistrada



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0098
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: ANABELLA RODRIGUEZ HERRERA Y OTROS
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE MARIA LABAJA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-008-2004-00559-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) 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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) 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 001-

Cartagena de Indias, dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Anabella Rodríguez Herrera y otros.
Demandado: Municipio de María La Baja
Expediente: 13-001-33-31-008-2004-00559-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2013 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la ponencia presentada en Sala por la Doctora Ligia Ramírez Castaño fue derrotada, correspondiéndole al magistrado que sigue en turno rehacer la ponencia¹.

I. ANTECEDENTES.

I. LA ACCIÓN.

Los señores Anabella Rodríguez Herrera –quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos Yonatan José, Iliana Raquel, y Josué Daniel Morales Rodríguez-, David Rodríguez Herrera, Cielo Isabel Bolívar Marimón – quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos Carlos David y Carlos Daniel Rodríguez Bolívar- y Ana Raquel Herrera de Rodríguez.

¹ Ello, de conformidad con el Acuerdo 209 de 1997 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”, cuyo artículo 9º establece que “En el evento de ser mayoritaria la posición contraria a la del ponente, la decisión será proyectada por el magistrado que siga en turno y aquél salvará el voto”.

por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de reparación directa contra el Municipio de María La Baja, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES².

Se declare administrativamente responsable al Municipio de María La Baja de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de la muerte de José Morales Gamboa y de las graves lesiones cráneo encefálicas sufridas por David Rodríguez Herrera, ambas producidas en accidente de tránsito acaecido en ese ente territorial el 25 de enero de 2002.

Se condene al distrito a pagar las siguientes sumas a los libelistas:

- A título de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes.

-A título de lucro cesante:

- Sesenta millones de pesos (\$60'000.000,00) a favor de Anabella Rodríguez Herrera, por concepto de las ayudas económicas dejadas de percibir a raíz del deceso de su cónyuge, José Morales Gamboa.
- Un total de cincuenta y tres millones de pesos (\$53'000.000) a favor de Yonatan José, Iliana Raquel y Josué Daniel Morales Rodríguez, correspondientes a las sumas dejadas de percibir por el fallecimiento de su padre, José Morales Gamboa.

² Folios 4 y 5 del cuaderno 1 del expediente.

- Sesenta millones de pesos (\$60'000.000) a favor de David Rodríguez Herrera, por concepto de los ingresos que dejará de percibir con motivo de la alegada pérdida del cuarenta por ciento (40%) de su capacidad laboral derivada de las lesiones que sufrió en el accidente objeto de la litis.

- A título de daño emergente, dos millones cuatrocientos mil pesos (\$2'400.000) a Anabella Rodríguez Herrera, correspondientes a los gastos funerarios que habría asumido para el sepelio de José Morales Gamboa, y para el arreglo del vehículo accidentado.

- A título de daño a la salud, trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales a favor de David Rodríguez Herrera, en razón a la afectación fisiológica y las lesiones que sufrió el día de los hechos.

Se dé cumplimiento al fallo conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

3. HECHOS.

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls. 1-4, cdno.1):

José Morales Gamboa era cónyuge de Anabella Rodríguez Herrera y padre de Iliana Raquel, Yonatán José y Josué Daniel Rodríguez Morales.

David Rodríguez Herrera es cónyuge de Cielo Isabel Bolívar Marimón; padre de Carlos David y Carlos Daniel Rodríguez Bolívar; hijo de Ana Raquel Herrera de Rodríguez.

Refieren los libelistas que el 25 de enero de 2002, aproximadamente a las 10:00 p.m., José Morales y David Rodríguez se desplazaban en una motocicleta de

propiedad del primero, desde el Corregimiento San Pablo del Municipio de María La Baja y hacia la cabecera municipal, tras un día de labores en una campaña de higiene oral que adelantaba la empresa prestadora de salud Mutual Ser, en la que laboraban.

Continúan señalando que durante su recorrido entraron al área urbana de María La Baja, específicamente a la calle central de esa población, y que tal sitio presentaba poca visibilidad debido a que el alumbrado público era prácticamente nulo.

Refieren que cuando transitaban por dicho sector una vaca salió corriendo de la orilla de la carretera y chocó con la motocicleta en la que se desplazaban, y que producto de esa colisión, José Morales Gamboa murió prácticamente en el acto, y David Rodríguez sufrió lesiones de extrema gravedad en el cráneo.

Aducen igualmente que las lesiones causadas a David Rodríguez le dejaron graves secuelas permanentes.

Finalmente señalan que el fallecido José Morales era quien mantenía el hogar conformado con su cónyuge e hijos, y que en tal medida su deceso los ha privado de la única fuente de ingresos con la que contaban.

4. DEFENSA

El Municipio de María La Baja no contestó la demanda, pese a habersele notificado personalmente el auto admisorio a su entonces mandatario el día 17 de noviembre de 2005 (fl. 135, rvso. cdno. 1).

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 28 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Sexto

Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 284-298, cdno. 3), se denegaron las pretensiones de la demanda, tras considerarse que los accionantes incumplieron con su carga probatoria, en primer lugar, porque no se demostró que el Municipio de María La Baja hubiera omitido su deber de adoptar medidas tendientes a evitar que semovientes transitaran por las vías de la población y, en segundo lugar, como quiera que no se acreditó cual fue la causa de la colisión en la perdió la vida José Morales y resultó herido David Rodríguez, ni las circunstancias precisas en que ocurrió.

En ese sentido destacó la *a quo* que no se verificó que el semoviente que chocó con el vehículo en el que se movilizaban dichos señores hubiera aparecido sorpresivamente impidiéndoles maniobrar la motocicleta, ni mucho menos que debido a ello se hubiera producido el resultado dañoso.

Dentro del análisis probatorio, la jueza de primer grado se abstuvo de valorar los documentos emanados de terceros arrojados en copia simple.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 300-329, cdno. 3), con sustento en los siguientes argumentos básicos:

- Manifiesta el apelante que la Juez de primera instancia desconoció el valor probatorio de varios elementos de juicio obrantes en el expediente que debieron ser justipreciadas, tales como los documentos emanados de la Inspección de Policía de María La Baja relacionados con el accidente materia de la litis. Así mismo, alega que no se valoraron debidamente las pruebas testimoniales recepcionadas, especialmente la rendida por el declarante Efraín José Padilla, quien –en opinión del recurrente– expuso clara y fundamentadamente las condiciones de modo, tiempo y lugar del accidente, pese a lo cual no se tuvo en cuenta bajo

el razonamiento de que no hallaba respaldo en otro medio de prueba, inobservándose de esa forma el principio de libertad probatoria.

- Se señala igualmente en la alzada que lo relevante en el proceso no son las circunstancias que antecedieron el accidente, sino el hecho de que se acreditó su ocurrencia en el Municipio de María La Baja y que en él estuvo involucrado el vehículo en el que se transportaban las víctimas directas y un semoviente que estaba en plena vía pública.
- Aduce el recurrente que el supuesto fáctico relativo a que el Municipio de María La Baja carecía de un coso municipal debe tenerse por acreditado en razón a que constituye una afirmación indefinida que no exigía ser probada por la parte demandante que la adujo, pues la carga de la prueba de rebatirla le correspondía al extremo pasivo. Agrega que, en todo caso, los testigos coincidieron en que era común ver semovientes deambulando por las vías públicas del ente territorial accionado, sin que las autoridades municipales adoptaran las medidas pertinentes para enfrentar y evitar esa problemática.
- Destaca igualmente el apelante que contrario a lo señalado por la *a quo*, en el curso del proceso sí se aportaron pruebas que demuestran plenamente el recorrido del señor David Rodríguez Herrera en los diferentes centros asistenciales del Municipio de María La Baja en orden a ser atendido de las lesiones que sufrió en el accidente.
- Finaliza la parte demandante afirmando que si la jueza de primera instancia tenía dudas sobre la veracidad de los hechos, bien podía acudir a las herramientas que le otorga la ley para decretar pruebas de oficio y que, en general, no se efectuó una valoración probatoria según las directrices de la sana crítica.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sólo la parte demandante alegó de conclusión ante esta sede (fls. 379-408, cdno. 3), ratificándose en los razonamientos planteados en su escrito de apelación y aportando copia auténtica del informe que el Comandante de la Estación de Policía de María La Baja realizó con ocasión del accidente de tránsito en cuestión, el cual había sido allegado en primera instancia en copia simple.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La Agencia del Ministerio Público delegada para este asunto, se abstuvo de emitir concepto en el *sub judice*.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Está llamado el Municipio de María La Baja a responder administrativa y patrimonialmente bajo el título de falla del servicio, de los daños que se le imputan con ocasión del accidente de tránsito acaecido en una vía pública de esa población el 25 de enero de 2002, en el que estuvo involucrada la motocicleta en la que se transportaban las víctimas directas y un semoviente?

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

Cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de los daños antijurídicos causados con motivo de la inobservancia del contenido obligacional en materia de control y guarda de animales semovientes para evitar que transiten en la vía pública –situación en la que, de acuerdo con el sustento

fáctico de la demanda, se enmarca la presente controversia- se aplica el título de imputación de falla del servicio probada, en el marco del cual el demandante estará obligado a demostrar (i) el daño, (ii) la falla del servicio y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos, mientras que la entidad pública demandada se verá forzada, para eximirse de responsabilidad, a probar que su actuación no constituyó una vulneración de ese contenido obligacional que le era exigible, o la configuración de una causa extraña.

3. LO PROBADO

Al plenario fueron allegados los siguientes medios probatorios relevantes con miras a la resolución de la alzada:

- a) Copia auténtica de los registros civiles y certificados de registro civil de nacimiento de los accionantes, y del certificado del registro civil de defunción de José Morales Gamboa (fls. 71-81, cdno. 1).
- b) Copia simple del informe de accidente de tránsito de fecha 28 de enero de 2002 suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de María La Baja, donde se indicó:

*“Por medio del presente me permito dejar a disposición de ese Despacho, el caso de accidente de tránsito ocurrido en este municipio en la carretera central diagonal al canal, el día 25-01-02 a las 11... PM. donde la motocicleta... de propiedad del señor JOSE MORALES GAMBOA... colisionó con un semoviente (vacuno hembra), color blanco, marcada con los siguientes hierros: MD 20 CE AR * Desconociéndose el propietario de la misma, de igual manera iba como parrillero el señor DAVID RODRÍGUEZ HERRERA... los mencionados señores fueron socorridos y llevados inmediatamente al Hospital de María La Baja, donde el primero en mención, según dictamen médico falleció en forma inmediata, presentando contusión cerebral cráneo encefálica en la región frontal. el señor DAVID RODRÍGUEZ, fue remitido a la ciudad de Cartagena ya que presentaba hemorragia interna, golpes y contusiones en diferentes partes del cuerpo.*

Levantamiento del cadáver lo realizó el señor inspector central a eso de las 11:30 P.M en el hospital de María La Baja, no se pudo realizar croquis del

accidente ya que la moto fue movida del lugar de los hechos por las personas que se encontraban cerca del lugar, cuando llegamos al lugar del accidente el semoviente también se había levantado y orillado en la carretera donde debido al impacto falleció posteriormente.” (fls. 82-83, cdno. 1 y 377-378, cdno. 3).

- c) Testimonio de Efraín José Padilla Pérez, quien declaró “...*En ese momento que ocurrió el accidente yo estaba donde un primo hermano que vive cerca al lugar donde ocurrió este hecho, cuando se presentó el accidente del ya fallecido José Morales y David Rodríguez, yo acudí a observar el accidente y me encuentro que son mis grandes amigos David Rodríguez y José Morales, quienes chocaron en la moto con una vaca muy cerca de una iglesia, en la calle central de este municipio, la primera impresión que tuve de mi amigo David Rodríguez, era de que estaba muerto porque botaba sangre por la boca y nariz y me parece por la ceja derecha y el señor José Morales, casi encima de la vaca al lado derecho en la carretera...yo presumo que eran más o menos de 9 y media a diez y media de la noche, lugar este que generalmente permanecía con poca iluminación....desde que nací aquí en María La Baja, andan animales, tales como vacas, burros, etc., por la calle principal y por todas las calles del municipio, sin que las autoridades tomen medidas sobre este hecho. Vale anotar que si en el momento antes mencionado los señores David Rodríguez y José Morales quien conducía la moto con mucha prudencia no se hubiese atravesado la vaca, no hubiesen sido víctimas de este accidente que terminó con la vida de quien conducía y dejó en mal estado al parrillero” (fls. 203-204, cdno. 2; negrillas fuera de texto).*

- d) Testimonios de los señores Concepción Ospino Cueto y Pedro Claver Tapia (fls. 203-209, cdno. 2), quienes además de ser coincidentes en cuanto al padecimiento moral que se produjo en los familiares de las víctimas directas del accidente, manifestaron que: (i) habían llegado al lugar del accidente momentos después de ocurrido; (ii) el sector era oscuro debido a falencias en el alumbrado público; (iii) observaron que los accidentados quedaron

tendidos en la vía y que el fallecido José Morales, prácticamente quedó encima de la res que se atravesó y produjo el accidente y, (iv) que la vía estaba en mal estado, que presentaba muchos huecos. Puntualmente, el señor Concepción Ospino Cueto señaló que las personas presentes en el lugar le informaron que las víctimas directas se habían chocado con la vaca y proporcionó como dato adicional, que la moto conducida por el occiso sí tenía luces.

- e) Testimonio de Ruth Castellar Cohen (fls. 210-211, cdno. 2), quien manifestó que en el sector específico donde se produjo la colisión acostumbran transitar animales durante el día y hasta altas horas de la noche, que eso es usual en el municipio accionado.
- f) Copia simple de los formularios de reclamo ante el SOAT y del certificado de atención médica expedido por el Hospital Universitario para el recobro de los servicios prestados a David Rodríguez desde el 26 de enero hasta el 6 de febrero de 2002, donde se hizo constar que ingresó con politraumatismo, trauma cráneo encefálico severo, otorragia derecha y fractura de cráneo, tras sufrir accidente de tránsito (fls. 48 y 49, cdno. 1).
- g) Copia auténtica de la historia clínica del señor David Rodríguez, expedida por el Hospital Universitario de Cartagena (fls. 228-243, cdno. 3).
- h) Copia simple de formato de incapacidad donde consta que al señor Rodríguez le fue otorgada una incapacidad por treinta (30) días contados desde el 25 de enero de 2002, en razón del politraumatismo, trauma cráneo encefálico severo y fractura de cráneo que sufrió (fl. 57, cdno. 1).
- i) Resultado de tono audiograma practicado a David Rodríguez el 26 de septiembre de 2002, mediante el cual se determinó que sufrió la pérdida del cincuenta y siete punto cinco de la audición en el oído derecho (fl. 55, cdno. 1).

- j) Certificados laborales expedidos por Mutual Ser E.S.S. (fls. 69-70, ib.) donde aparece que David Rodríguez y José Morales Gamboa laboraban en dicha entidad para la época de los hechos, el primero, en el cargo de Auxiliar de Atención al Usuario, devengando un salario de trescientos cincuenta y seis mil novecientos treinta y dos pesos (\$356.932), y el segundo, en el empleo de Agente Educativo en Salud, con una asignación mensual de cuatrocientos tres mil novecientos noventa y dos pesos (\$403.992).
- k) Factura de venta expedida el 25 de febrero de 2002 por la casa de velación Lida Flor (fl. 73, cdno. 1), donde consta que le vendieron un ataúd a Anabella Rodríguez y le prestaron los servicios de velación y transporte del cadáver de José Morales por un precio total de un millón doscientos mil pesos (\$1'200.000,00).

Los documentos aportados en copia simple previamente aludidos, incluso los emanados de terceros, serán apreciadas por haber obrado a lo largo del proceso sin que hubieran sido controvertidos o tachados por los extremos en contienda, ello, acogiendo las directrices trazadas en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que constituye precedente vertical obligatorio y cuyos principales apartes se transcriben seguidamente:

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los decretos-leyes 1400 y 2019 de 1970.

“Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios —como los procesos ejecutivos— en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v. gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v. gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas...

“De modo que, si la ley establece un requisito —bien sea formal o sustancial - para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo: cosa distinta es si el respectivo documento (v. gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso.

“La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.”³ (Negritas fuera de texto).

Ahora bien, en lo que respecta a las fotografías que reposan a folios 104 – 109 del cuaderno uno (1), en las cuales se observa la imagen de vías públicas de una población y animales transitando por las mismas o apostados en ellas, no podrán ser apreciadas pues sólo son prueba del registro de una imagen, pero no demuestran su origen y tampoco ofrecen certeza de la fecha cuando fueron tomadas ni de que las calles y carreteras retratadas estén localizadas en el Municipio de María La Baja, en la medida en que no fueron reconocidas, ratificadas o cotejadas con otras pruebas.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, radicación 05001233100019960065901 (25.022), C.P. Enrique Gil Botero

De otra arista, es menester señalar que el extremo accionante aseveró que el ente territorial demandado no tenía un coso o depósito de animales, aserto que constituye una afirmación indefinida por la dificultad de probar el hecho negado. En tal medida, la prueba de la negación no le es exigible a los libelistas pues en estos casos opera la inversión de la carga probatoria, en virtud de la cual es al extremo pasivo a quien le corresponde demostrar lo contrario, es decir, que sí contaba con un coso municipal para la época de los hechos, por ser dicho ente quien podía válidamente certificar o dar cuenta sobre la existencia de tal instalación.

Precisado lo anterior, es menester señalar que con sustento en los medios probatorios pasibles de ser valorados, se acreditó:

- (i) la ocurrencia del accidente automovilístico mencionado en la demanda;
- (ii) que la motocicleta en la que se transportaban las víctimas colisionó con una vaca en una calle del área urbana del Municipio de María La Baja;
- (iii) que el vehículo de los perjudicados directos tenía sus luces encendidas al momento del choque;
- (iv) que para la época del accidente, el Municipio de María La Baja no contaba con un coso o depósito para animales, y era frecuente la presencia de animales en las vías públicas a cualquier hora del día;
- (v) que las autoridades del ente accionado no adelantaron gestión alguna para retirar de las vías públicas los animales que usualmente transitaban o se apostaban en las mismas.

(v) que el sector donde se produjo el accidente no estaba bien iluminado por deficiencias en el alumbrado público.

(vi) que a raíz del choque murió José Morales, quien conducía la motocicleta, y David Rodríguez sufrió un politraumatismo, trauma craneo encefálico severo, otorragia derecha y fractura de cráneo.

4. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Como quedó dicho, la parte demandante formuló recurso de apelación contra la sentencia denegatoria de primer grado, manifestando que sí se encontraban verificados los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual alegada, motivo por el cual para resolver la alzada deberán analizarse cada uno de dichos ítems.

Al respecto, se memora que de conformidad con el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, correspondía a la parte actora demostrar el daño antijurídico alegado, la falla del servicio y, además, el nexo de causalidad entre esos elementos.

5.1. EL DAÑO ANTIJURÍDICO.

El daño antijurídico ha sido definido como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, y en cualquiera de sus manifestaciones, debe ser cierto y determinado (presente o futuro); particular (es decir, causado a las personas que solicitan reparación); anormal (por haber excedido los inconvenientes inherentes al servicio) y estar protegido jurídicamente por el derecho.

En el caso concreto, según se desprende del texto de la demanda, el daño antijurídico que se intenta sea reparado por las entidades accionadas consistió en

la muerte del señor José Morales Gamboa y las heridas sufridas por David Rodríguez Herrera, producidas, según se aduce, en accidente de tránsito ocurrido en la Calle Central del Municipio de María La Baja.

Para efectos de demostrar el daño antijurídico, el extremo accionante allegó: (i) copia del certificado de registro civil de defunción de José Morales donde consta que falleció el 25 de enero de 2002 (fl. 74, cdno. 1); (ii) copia de la historia clínica de David Rodríguez Herrera expedida por el Hospital Universitario de Cartagena, donde aparece que fue ingresado el 26 de enero de 2002 tras sufrir un accidente de tránsito, con un cuadro de politraumatismo, trauma craneo encefálico severo, otorragia derecha y fractura de cráneo (fls. 228-243, cdno. 3) y, (iii) los testimonios de Efraín Padilla, Concepción Ospino, Pedro Tapia y Ruth Castellar, quienes dieron cuenta que las víctimas directas sufrieron un accidente el 25 de enero de 2002 a altas horas de la noche tras chocarse con una vaca, y que a raíz de esa colisión murió en el acto José Morales y resultó gravemente herido David Rodríguez.

Con sustento en los anteriores elementos de juicio, se encuentra plenamente acreditado el daño alegado por los demandantes, y que el mismo se produjo como producto del accidente de tránsito materia de la litis.

5.2. FALLA DEL SERVICIO

Por mandato del artículo 2º de la Carta Política, las autoridades públicas están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Puntualmente en orden a prevenir accidentes causados por la presencia de semovientes en las vías, los artículos 158, 159 y 160 del Decreto Nacional 1344 de 1970, Código de Tránsito vigente para la época de los hechos, consagraban la prohibición de dejar animales sueltos en las vías públicas o con libre acceso a

éstas y establecía en cabeza de las autoridades municipales la obligación de adoptar las medidas necesarias para despejar las vías de animales que circulen sin cuidador, para lo cual deben construirse en cada municipio un coso o depósito municipal, y conducirse a dichos sitios los semovientes que se encuentre deambulando sin control alguno. Rezan esos preceptos:

“Artículo 158°.- Está prohibido dejar animales sueltos en las vías públicas, inclusive en las zonas verdes.

Artículo 159°.- La movilización de ganado vacuno y de animales de carga y silla por vías públicas, se hará bajo reglamentación de las autoridades de policía.

Los animales transitarán por la izquierda de la vía lo más cerca posible al límite de la zona de carretera, salvo disposición expresa en contrario del Ministerio de Obras Públicas.

Artículo 160°.- Las autoridades de policía tomarán las medidas necesarias para despejar las vías de animales abandonados, que conducirán al coso municipal.”

Posteriormente, mediante el Decreto Nacional 2257 de 1986 se dispuso:

“Artículo 56. PROHIBICION DE TRANSITAR ANIMALES LIBREMENTE EN VIAS PÚBLICAS Y SITIOS DE RECREO. Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de policía de carácter departamental, en las vías públicas o similares, así como los sitios de recreo, queda prohibido el tránsito libre de animales y la movilización de aquellos que puedan causar perturbación o peligro para las personas o los bienes. La violación de la anterior prohibición dará lugar a que los animales sean considerados como vagos para efectos de control sanitario.

Parágrafo 1. Los semovientes vagos de las especies bovinas, porcinas, ovinas, equinas, asnal, mular, caprina y canina, serán capturados y confinados durante tres días hábiles, en los centros de zoonosis o en los sitios asignados para tal fin. Pasado este lapso, las autoridades sanitarias podrán disponer de ellos entregándolos a instituciones de investigación o docencia o a entidades sin ánimo de lucro.

Parágrafo 2. Los dueños de los animales a que se refiere el presente artículo podrán reclamarlos dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su captura, previo el pago del costo de servicios oficiales tales como vacunas, drogas, manutención y otros que se hubieren causado, sin perjuicio del pago de las multas que con fundamento en este Decreto impongan las autoridades sanitarias y de las demás responsabilidades a que haya lugar.”

De acuerdo con los lineamientos normativos transcritos, los alcaldes como máxima autoridad policiva municipal, tienen el deber de mantener las vías públicas libres de obstáculos y en especial de animales que deambulen, y para tal fin están obligados a contar con un coso o depósito de animales y a conducir y resguardar en dichos lugares los semovientes que circulen o deambulen en las calles sin un cuidador, ello, con el fin de evitar la ocurrencia de accidentes por su presencia en las vías públicas.

El anterior marco obligacional fue inobservado por el Municipio de María La Baja pues según quedó demostrado con sustento en el acervo probatorio recaudado y practicado dentro del asunto *sub examine*, para la época de los hechos ese ente territorial no tenía un coso municipal y tampoco adelantaba ninguna medida tendiente a mantener las vías públicas sin obstáculos y a recoger los semovientes vacunos, caprinos y equinos que deambularan en ellas.

En ese sentido se pronunciaron los testigos Efraín Padilla, Pedro Tapia y Ruth Castellar, cuyos asertos merecen plena credibilidad a la luz de la sana crítica, por haber sido expuestos en forma clara, coherente, coincidente y con exposición del motivo de su dicho. Así se expresaron frente a éste tópico los mencionados declarantes: *“desde que nací aquí en María La Baja, andan animales, tales como vacas, burros, etc., por la calle principal y por todas las calles del municipio, sin que las autoridades tomen medidas sobre este hecho”*(Efraín Padilla; fls.203-204, cdno. 2); *“la vía [refiriéndose a la calle de María La Baja donde ocurrió el accidente] se encontraba con huecos... animales por doquier, burros caballos vacas, tienen la costumbre que sueltan los animales en las cuentas”* (Pedro Tapia; fls. 207-209, ib.) y, *“En ese sector acostumbraban a transitar animales hasta altas horas de la noche y de día, eso es costumbre en María La Baja”* (Ruth Castellar; fls. 210-211, ib.).

En ese orden de ideas se advierte al rompe que la presencia de semovientes en las vías públicas del municipio demandado no constituyen hechos aislados o de

rara ocurrencia, sino que es común y reiterada, circunstancia que redobla en el caso de marras la exigibilidad del contenido obligatorio referido y la trascendencia y reprochabilidad de la conducta omisiva del extremo accionado en materia del cumplimiento de las directrices normativas previstas para la prevención de riesgos derivados de la presencia de semovientes en las calles y vías de uso público.

No desconoce la Sala que como lo ha sostenido en diversas oportunidades el Consejo de Estado, *“dentro de la filosofía del Estado social de derecho no es posible responsabilizar al Estado Colombiano por todo tipo de falencias que las circunstancias de pobreza del país evidencian en multitud de casos pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o conceptos políticos o jurídicos”*⁴, pero ello, desde ningún punto de vista, significa que los daños que padecen los ciudadanos por vivir expuestos a situaciones de peligro permanente hayan de quedar siempre librados a su suerte, máxime si se tiene en cuenta que, se insiste, el artículo 160 del Decreto 1344 de 1970, aplicable para la época de los hechos, expresamente señalaba que *“Las autoridades de policía tomarán las medidas necesarias para despejar las vías de animales abandonados, que conducirán al coso municipal.”*

Ciertamente, si bien en virtud del principio general del derecho de que nadie está obligado a lo imposible, no puede exigirse a un municipio garantizar que en sus vías públicas **nunca** transiten o se aposten semovientes (pues ello sería tanto como exigirles que tengan apostados policías o funcionarios en cada esquina las veinticuatro horas del día para verificar tal situación y conducir cualquier animal que deambule sin cuidador por el espacio público), sí es exigible a dichos entes territoriales la adopción de medidas eficientes y pertinentes tendientes a evitar tal problemática, puntualmente la construcción del coso municipal, la conducción a ese sitio de los animales que deambulen sin supervisión humana y

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de mayo de 1998, radicación interna número 12175, C.P. Daniel Suárez Hernández.

el adelantamiento de procedimientos educativos y sancionatorios frente a los propietarios de los animales que incumplan sus deberes de guarda, máxime en casos como el presente en que era habitual la presencia de animales en las vías de María La Baja.

No sobra señalar que contrario a lo indicado por la *a quo*, la prueba testimonial referida posee envergadura probatoria suficiente para servir de respaldo demostrativo al supuestos fácticos de la demanda relacionado con la configuración de la falla del servicio pues, se insiste, los testigos se pronunciaron en forma clara, coherente, fundamentada y coincidente sobre la constante presencia de semovientes en las vías del municipio accionado y respecto de la falta de adopción de medidas de éste para conjurar ese problema.

Además, según se indicó *ut supra*, la parte demandada no desvirtuó la afirmación indefinida planteada en el libelo respecto a la inexistencia de un coso municipal para la fecha del accidente.

Desde esta perspectiva, resulta incontestable concluir con sustento en el acervo probatorio, que el Municipio de María La Baja incurrió en una falla del servicio de atención y prevención de riesgos por el incumplimiento de sus responsabilidades en materia de conducción y resguardo de animales que transiten sin cuidador en las vías públicas de esa población, pues injustificadamente omitieron construir o implementar un coso o depósito de animales y adoptar las medidas preventivas aludidas, pese a que constituía hecho previsible y habitual la presencia de los mismos en las calles del ente accionado y al evidente riesgo que ello representaba para la seguridad vial. Esa conducta omisiva del extremo pasivo incidió en que se constituyera en un hecho común y corriente la presencia de animales en las vías municipales, y a que el proceder irregular de los dueños de los semovientes que no los mantenían acorralados se perpetuara sin que ello les representara ninguna consecuencia desfavorable.

5.3. LA IMPUTACIÓN

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido, acreditada la cual estaría llamada a responder por los perjuicios derivados del hecho dañoso.

Con miras a determinar la estructuración de ese elemento de la responsabilidad debe dilucidarse si la omisión del Municipio de María La Baja en el cumplimiento del deber de mantener las vías públicas libres de obstáculos y en especial de animales que deambulen sin cuidador humano, tuvo relación directa con el accidente de tránsito en el marco del cual se produjo el daño antijurídico cuyo resarcimiento se depreca.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se encuentra acreditado con los testimonios recepcionados (fls. 203-211, cdno. 2) y el informe policial del accidente de tránsito (fls. 82-83, cdno. 1 y 377-378, cdno. 3) que los perjudicados directos sufrieron un accidente mientras se movilizaban en motocicleta por la Calle Central del municipio demandado el 25 de enero de 2002 a altas horas de la noche, al colisionar con una res que deambulaba sin cuidador en esa vía pública.

Ahora bien, las reglas de la experiencia indican a las claras que la colisión entre una motocicleta que lleve una velocidad promedio y una res, desestabiliza el vehículo y ocasiona que sus ocupantes salgan disparados por efectos del fenómeno físico de la inercia, que fue lo que en el caso de marras aconteció con las graves consecuencias antes señaladas.

Bajo esos supuestos, emerge claro que la presencia del semoviente en la calle y el fuerte impacto que se produjo al estrellarse la motocicleta contra el cuerpo del

animal⁵, se erigió en una causa eficiente directa del choque. Además, ese motivo de la colisión constituía un riesgo absolutamente previsible para el Municipio de María La Baja -por ser un hecho evidente y reiterado la presencia de animales en sus calles- cuya atención y prevención correspondía a ese ente territorial como entidad responsable de mantener las vías públicas municipales libres de animales.

En tal medida, la acreditada falla del servicio en que incurrió la parte demandada al omitir dar cumplimiento a sus deberes en materia de retiro y custodia de semovientes que circulen por las calles de esa población, constituye la causa principal indirecta de la muerte de José Morales y las lesiones de David Rodríguez, pues fue dicha falla la que condujo a que el 25 de enero de 2002 se concretara, con el accidente que cegó la vida del primero y le produjo graves heridas al segundo, el riesgo al que habían estado sometidos no sólo ellos sino todos los conductores que recorren las vías públicas de María La Baja por la ausencia de coso municipal y la falta de adopción de medidas dirigidas a retirar de sus calles cualquier semoviente que deambulara sin cuidador.

Con otras palabras, el daño antijurídico invocado es atribuible a la entidad demandada, toda vez que entre aquél y la falla del servicio de ésta existe un nexo inescindible de causa – efecto pues, sin lugar a dudas, si el Municipio de María La Baja hubiera cumplido el contenido obligacional de evitar que deambularan animales en las vías, se habría evitado el luctuoso suceso que motivó el ejercicio de la presente acción.

A lo anterior se agrega que si bien no se verificó plenamente que la vaca haya aparecido o cruzado la vía en forma intempestiva, ello no desdibuja el nexo causal alegado, pues la sola presencia del semoviente en la vía, aunada a las demostradas circunstancias de la casi nula iluminación de la calle y a su mal

⁵ Impacto cuya severidad le causó la muerte también a la res, según lo referido por los testigos.

estado -también endilgables a la parte demandada, por cierto⁶-, conducen a afirmar que aún en el evento de que la vaca simplemente haya estado apostada y quieta sobre la vía, le hubiera sido en extremo difícil al conductor de la moto ora verla claramente con la suficiente antelación, ora esquivarla limpiamente, lo primero, por la hora en que acaeció el insuceso (10:30 p.m. aproximadamente) y la insuficiencia del alumbrado público, y lo segundo, debido a que los huecos de la vía habrían dificultado en grado sumo maniobrar en forma segura la motocicleta y mantener el control del vehículo para salvar ese obstáculo.

Adicionalmente debe reiterarse que bajo el régimen de falla del servicio el extremo activo debe probar el daño antijurídico, el incumplimiento del marco obligacional legal y constitucional exigible al demandado en el caso concreto y el nexo causal entre esos dos elementos. Mientras que a la parte accionada le corresponde demostrar para eximirse de responsabilidad, el cabal cumplimiento de las directrices normativas que debía aplicar, o la configuración de una causal eximente que rompa el nexo causal invocado por los libelistas.

Puntualmente, en aras a desvirtuar el elemento de causalidad, el accionado debe probar que el hecho dañoso acaeció por el hecho de un tercero, por caso fortuito o fuerza mayor, o por la culpa exclusiva de la víctima.

⁶ Estas circunstancias aparecen acreditadas con las pruebas testimoniales practicadas (fls. 203-211, cdno. 2) En relación con este ítem se recuerda que la vía en la acaeció el choque está ubicada en la zona urbana del ente demandado, más exactamente en la Calle Central del mismo, sector donde estaba obligado el municipio a prestar en forma eficiente el servicio de alumbrado público. Así mismo, se destaca que le competía a esa entidad la reparación y mantenimiento de esa vía, por tratarse de una calle interna de la cabecera municipal. Así lo disponen los siguientes preceptos normativos:

Artículo 2º de la Resolución 043 de 1995 expedida por la CREG: *“Es competencia del municipio prestar el servicio de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendidos en su jurisdicción”.*

Artículo 4º del Decreto Nacional 2424 de 2006: *“Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público. /Parágrafo Los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación”*

Artículo 76.4.1. de la Ley 715 de 2001 *“Es responsabilidad de los municipios y distritos: “Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente.”*

En efecto, la carga de la prueba de las causales eximentes les corresponde, como es apenas lógico, a la entidad demandada que la alegue, ello en aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁷, según el cual: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen*”.

En el presente asunto resulta palmario que la parte demandada no cumplió con dicha carga probatoria como quiera que ni siquiera alegó la configuración de una cualquiera de las anteriores causales eximentes.

En todo caso, como quiera que el municipio no es propietario de la res con la cual colisionó la moto donde viajaban los señores Morales y Rodríguez, es forzoso dilucidar *ex officio* si se configura la vía exonerativa por el hecho de un tercero, teniendo en cuenta que el primer inciso del artículo 2353 del Código Civil prevé que “*El dueño de un animal es responsable por los daños causados por el mismo animal, aún después de que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal*”.

Así mismo, en razón a que uno de los perjudicados directos al momento del hecho dañoso ejercía la actividad de conducción de un automotor, la cual ha sido catalogada como peligrosa, debe determinarse si existen elementos de juicio que estructuren la culpa exclusiva de las víctimas o la concurrencia de la misma.

En cuanto a lo primero, se precisa que el hecho del tercero sólo exonera de responsabilidad patrimonial a la entidad estatal accionada, cuando es exclusivo, determinante y ajeno al extremo pasivo. Por el contrario, si a la producción del daño concurre tanto el hecho de un tercero como la actuación del Estado, ambos

⁷ Aplicable por remisión expresa contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo.

serán solidariamente responsables de la totalidad de los perjuicios y, en la hipótesis en que sólo se demande a la entidad pública, ésta deberá indemnizar a los damnificados con el hecho, aunque quedará habilitada para pretender de ese tercero el reintegro de las sumas, en forma proporcional a su participación en el daño. Ello, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1568, 1571 y 2344 del Código Civil, que rezan:

“Artículo 1568: En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”

“Artículo 2344: Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.”

“Artículo 1571: El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”

En ese orden de ideas emerge diáfano que si bien el hecho del tercero no identificado propietario de la res con la cual se produjo la colisión referida en el libelo colaboró en la estructuración del resultado lesivo, por no resguardar debidamente su semoviente dentro de un corral como correspondía, ello no libera a la administración municipal de María La Baja de la responsabilidad que le cabe por los hechos objeto de la litis, puesto que su conducta omisiva incidió en la producción del daño.

Ya en lo tocante a la culpa exclusiva de la víctima, se destaca que no se arrimó ningún elemento de juicio que permita inferir que el accidente se produjo por un

hecho atribuible a las víctimas directas, que los frenos de la moto estuvieran dañados, o que el conductor de la motocicleta excedía los límites de velocidad, ni que condujera bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicoactivas, y tampoco que hayan incurrido en cualquier otra infracción de las normas de tránsito, ni mucho menos que ello hubiera sido la causa única y eficiente del daño, o haya concurrido para su configuración.

Por tal motivo se descarta la operancia de la causal de la culpa exclusiva de las víctimas y, así mismo, la concurrencia de sus culpas.

Igualmente debe acotarse que está más que decantado que no se configuró tampoco un caso fortuito o fuerza mayor pues según fue definido previamente, en el *sub lite* la presencia de la vaca sobre la calle no constituía un hecho imprevisible, en la medida en que era habitual que semovientes deambularan sin guardador por las calles del ente territorial accionado.

Hechas las anteriores precisiones, se impone concluir que fue debidamente probado el nexo causal entre el daño ocasionado a los demandantes con la muerte de José Morales y las lesiones sufridas por David Rodríguez en el accidente ocurrido el 25 de enero de 2002 y la omisión administrativa en que incurrió la demandada en el caso de marras.

Por tal razón, ante la falta de acreditación de un causal que exima total o parcialmente de responsabilidad patrimonial a la parte demandada, se revocará la sentencia denegatoria de primera instancia y se declarará responsable al Municipio de María La Baja, bajo el título de imputación de falla del servicio, de los perjuicios causados a los demandantes con el deceso de José Morales Gamboa y las lesiones de David Rodríguez causadas en accidente de tránsito acaecido el 25 de enero de 2002.

En ese sentido se pronunció el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en un asunto de muy parecidos rasgos al *sub judice*, en sentencia de 4 de octubre de 2011 que se transcribe *in extenso*:

“16.2 La presencia de un semoviente en la vía pública es irresistible e imprevisible y por tanto constituye una causa extraña en la producción del accidente, cuando, por ejemplo, no se tiene conocimiento previo del tránsito y circulación habitual de semovientes por el sitio del accidente o no existen señales de tránsito que hagan alusión a dicha situación, pues en dichos eventos no es factible exigir al alcalde el manejo de dicha situación.

“18.2 De los testimonios transcritos se infiere que para la administración, la presencia repentina de animales en la vía en donde ocurrió el accidente era un hecho conocido.... Advierte la Sala que la administración podía cumplir con su deber, por cuanto conocía la presencia de animales que deambulaban por aquella vía y con ello se satisfacía el supuesto de hecho necesario para la aplicación de la referida norma.

19. Advierte la Sala además que la entidad demandada, como respuesta a un derecho de petición, dijo que desde el 15 de mayo de 1995 comenzó a funcionar el coso municipal para el depósito de semovientes que se encuentren deambulando en las vías públicas... De lo que se infiere que al momento de los hechos (17 de marzo de 1995), no existía a cargo de la administración, un lugar en donde mantener los animales que deambulaban en lugares públicos.

20. Conforme con lo anterior, considera la Sala que, en este caso, el deber de recoger los animales que deambularan por la vía fue incumplido por la administración. Es un hecho cierto que el animal contra el que colisionó Samuel Bohórquez se encontraba en la vía pública, sin un cuidador que guiara su camino, esto es, se encontraba deambulando, supuesto frente al cual debía operar el deber de recoger dicho animal y llevarlo al coso municipal. Para la entidad demandada era previsible la presencia de animales en la vía en la que ocurrió el accidente, por cuanto de los testimonios se desprende que, de manera habitual hacían presencia en esa zona animales en esas condiciones. Situación diferente sería que se tratase de un lugar en donde fuera extraña su presencia.

21. Considera la Sala que el cumplimiento del deber por parte de la administración, hubiera impedido el acaecimiento del hecho causante del daño. En este contexto es pertinente señalar que en el expediente no está acreditado que fuera la presencia de un tercero o de una causa extraña la que hubiera provocado la reacción del animal de saltar de manera intempestiva a la vía. Al parecer todo fue por su propio accionar. Es necesario aclarar dicha circunstancia por cuanto, de estar la misma acreditada se podría analizar el hecho de un tercero o el acaecimiento de una causa extraña como factor que permitiera exonerar de responsabilidad de la administración.

22. Ahora bien, resulta pertinente analizar el hecho del tercero propietario o guardador del semoviente en la producción del daño. Recuerda esta Sala que el artículo 2353 del Código Civil dispone que "el dueño del animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después de que se haya soltado o extraviado, salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente, encargado de la guarda o servicio del animal...".

"22.1 De este modo, sobre el dueño del animal opera la presunción de culpabilidad respecto de los daños ocasionado por éste. En este caso, obra prueba de que contra el animal marcado US 02 y con el número 500, chocó el vehículo conducido por Samuel Bohórquez, de allí que por los daños ocasionados por éste también es responsable su dueño, a no ser que se logre demostrar una causal que le permita exonerarse de responsabilidad. Así, como la actuación del tercero y el hecho de la administración concurren como causas en la producción del daño aquí alegado, se genera entre éstos, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, la obligación solidaria de resarcir todo perjuicio en virtud del artículo 2344 del Código Civil. En este caso, advierte la Sala la participación de la administración en la responsabilidad del daño: sin embargo esta Sala en virtud de la solidaridad aludida y en razón a que en este trámite no era dado vincular al tercero, condenará a resarcir los daños exclusivamente a la administración de acuerdo con lo previsto en los artículos 1568 y 1579 del código mencionado, quedando ésta con la facultad de repetir contra el tercero vinculado en el accidente.

23. Finalmente, resalta la Sala que la víctima desarrollaba una actividad peligrosa como lo era la conducción de un vehículo automotor y que antes de la colisión que le causó los daños mencionados (párrafo 12.4) habían pasado tres semovientes (testimonio de Iván Cardozo Castro), lo que permite inferir a la Sala que en su actuación no hubo suficiente prudencia para prever la presencia de más animales en la vía y evitar el choque que finalmente ocurrió. Así, conforme con el artículo 2357 del C.C, considera la Sala que el daño será reducido en un porcentaje del 20% en virtud de la exposición imprudente de la víctima."⁸

5. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

5.1. PERJUICIOS MORALES

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en los eventos en los que una persona fallece o resulta lesionada

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de octubre de 2011, radicación 50001 23 31 000 1995 4881 01, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

por causa imputable al Estado, ello desencadena a cargo de éste la indemnización de perjuicios morales que corresponden al dolor, la angustia, la aflicción, la zozobra, el temor y el estrés que se presume que tal insuceso genera a la persona lesionada, y los padres, hijos, cónyuge o compañero permanente, hermanos, abuelos y nietos de las víctima directa, en razón a que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar debido a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

En relación con la estimación del perjuicio moral, se ha determinado jurisprudencialmente en la mayoría de los casos y en el evento que se presente en su mayor intensidad, la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁹, salvo cuando obre prueba idónea que demuestre que el daño antijurídico fue desencadenado por una conducta punible¹⁰, hipótesis que no se da en el *sub judice*.

En el asunto de marras los demandantes Anabella Rodríguez Herrera, Yonatan José Morales Rodríguez, Iliana Raquel Morales Rodríguez, y Josué Daniel Morales Rodríguez, deprecian el resarcimiento de esta categoría de perjuicios con motivo del deceso de José Morales, quien aducen era su cónyuge y padre. A su turno, David Rodríguez Herrera, Cielo Isabel Bolívar Marimón, Carlos David Rodríguez Bolívar, Carlos Daniel Rodríguez Bolívar y Ana Raquel Herrera de Rodríguez, José Morales, pretenden que se les indemnice los perjuicios morales derivados de las lesiones sufridas por el primero. Para mayor claridad se analizarán por separado estas súplicas.

⁹ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, expediente 29.273. C. P. Enrique Gil Botero; sentencia del 13 de febrero de 2003, expediente 12.654, C.P. Alier Eduardo Enríquez, y sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16.058, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 25 de septiembre de 2013, radicado 050001-23-31-000-2001-00799-01(36460). C.P. Enrique Gil Botero.

mínimos mensuales legales vigentes, teniendo en cuenta la magnitud de las lesiones que sufrió en el accidente en cuestión.

Fue probado igualmente, con el correspondiente certificado de registro civil de nacimiento, que el lesionado es hijo de Ana Raquel Herrera De La Cruz (fl. 81, cdno. 1), por lo que se les reconocerá a dicha libelista por éste rubro el cincuenta por ciento (50%) de lo correspondiente a la víctima directa, es decir, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo, se acreditó con el certificado de registro civil de matrimonio que obra a folio 79 *ibidem*, que el señor David Rodríguez es cónyuge de Cielo Isabel Bolívar Marimón, razón por la cual se reconocerá a favor de ésta última por perjuicios morales, el cincuenta por ciento (50%) de lo correspondiente al lesionado, o sea, veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

También se verificó que Carlos Daniel Rodríguez Bolívar y Carlos David Rodríguez Bolívar son hijos del perjudicado directo (fls. 77 y 78, *ib.*), motivo por el cual a cada uno de ellos se les reconocerá por ésta categoría de perjuicio veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Adicionalmente se demostró que Anabella Rodríguez Herrera es hermana del lesionado, con su certificado de registro civil de nacimiento (fl. 80, cdno. 1), por lo que se le reconocerán diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, en su condición de hermana del lesionada.

5.2. LUCRO CESANTE

5.2.1. Lucro cesante por la muerte de José Morales

A título del lucro cesante presuntamente causados con motivo de la muerte José Morales, se solicitó que se reconocieran los siguientes montos resarcitorios a su cónyuge e hijos:

5.1.1. Perjuicios Morales derivados de la muerte de José Morales

En el curso del proceso fueron allegados: (i) el certificado de registro civil de defunción de José Morales (fl. 74, cdno. 1); (ii) los certificados del registro civil de nacimiento de Josué Daniel Morales Rodríguez, Yonatán José Morales Rodríguez e Iliana Raquel Morales Rodríguez (fls. 71-73, ib.), donde consta que son hijos del señor José Morales y, (iii) copia del registro civil de matrimonio celebrado el 20 de marzo de 1991 entre Anabella Rodríguez y José Morales Gamboa (fl. 75, ib.).

En vista de lo anterior, se reconocerá a favor de Josué Daniel Morales Rodríguez, Yonatán José Morales Rodríguez, Iliana Raquel Morales Rodríguez y Anabella Rodríguez, a título de perjuicios morales, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

5.1.2. Perjuicios Morales derivados de las lesiones sufridas por David Rodríguez

Durante el trámite de la litis se demostró que en el accidente ocurrido el 25 de enero de 2002, el señor David Rodríguez Herrera sufrió serias lesiones, específicamente politraumatismo, trauma craneo encefálico severo y fractura de cráneo, y que por tal motivo estuvo hospitalizado once (11) días en la ESE Hospital Universitario de Cartagena, y que a raíz de tales heridas sufrió la pérdida del cincuenta y siete punto cinco de la audición en el oído derecho. Así consta en las copias de su historia clínica y del formato de incapacidad expedidos por la ESE Hospital Universitario de Cartagena (fls. 55 y 57, cdno. 1).

Así las cosas, dadas las condiciones de este caso, se tasará como perjuicio moral para David Rodríguez Herrera, la suma equivalente a cuarenta (40) salarios

- Sesenta millones de pesos (\$60'000.000,00) a favor de su cónyuge, Anabella Rodríguez Herrera.
- Quince millones de pesos (\$15'000.000,00) a favor de su hijo, Yonatan José Morales.
- Dieciocho millones de pesos (\$18'000.000,00) a favor de su hija, Iliana Raquel Morales.
- Veinte millones de pesos (\$20'000.000,00) a favor de su hijo, Josué Daniel Morales.

Es asunto averiguado que esta categoría de perjuicio se reconoce a las personas que dependan económicamente de la víctima, para resarcir las sumas que por motivos de su deceso dejan de percibir.

En el *sub judice* se acreditó por vía testimonial que la cónyuge del conductor fallecido dependía económicamente de él, por lo que se le concederá este resarcimiento. También se les otorgará la indemnización por éste rubro a los hijos de José Morales, desde el día de su deceso y hasta la fecha en que cumplan veinticinco (25) años, pues hasta esa edad se presume que los hijos son mantenidos por sus progenitores. Así lo decantó el Consejo de Estado en providencia de 2007, en los siguientes términos:

“De igual forma, se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de mantención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio”¹¹.

En el proceso se demostró, con base en certificado laboral expedido por su entonces empleador, Mutual Ser ESS (fl. 70, cdno. 1), que para la época de los

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, expedientes acumulados 16.058 y 21.112, C.P. Enrique Gil Botero.

hechos el señor José Morales Gamboa laboraba como agente educativo en salud y que devengaba un salario de cuatrocientos tres mil novecientos noventa y dos pesos (\$403.992,00), valor éste que actualizado a la fecha de esta sentencia con base en el índice de precios al consumidor equivale a seiscientos ochenta y dos mil ochocientos veintisiete (\$682.827,00), cifra que constituye la base de la liquidación, pues si bien debía incrementarse en un veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones sociales, de igual forma debía deducirse el veinticinco por ciento (25%) correspondiente al valor aproximado que se presume el occiso habría destinado para su propio sostenimiento.

La liquidación del lucro cesante que habrá de reconocerse a cada uno de los tres (3) hijos del señor Torres debe hacerse por separado, tomando como renta mensual el cincuenta por ciento (50%) del ingreso base dividida entre tres (3), lo que equivale a ciento trece mil setecientos catorce pesos con cinco centavos (\$113.714,5).

A su turno, la renta mensual que se le reconocerá a Anabella Rodríguez Herrera será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del ingreso base de la liquidación, es decir, de trescientos cuarenta y un mil ciento cuarenta y tres pesos con cinco centavos (\$341.143,5), cifra que se incrementará cada vez que uno de los hijos del occiso cumpla veinticinco años de edad, pues a partir de tales fechas el porcentaje de renta que corresponda a cada uno de ellos se le adicionará a su madre.

5.2.1.1 Lucro cesante de Yonatan José Morales:

Según consta en su registro civil de nacimiento (fl. 72, cdno. 1), el demandante Yonatan Morales Rodríguez nació el 4 de diciembre de 1991, lo que significa que cumplirá veinticinco (25) años el 4 de diciembre de 2016. En consecuencia, a esta accionante se le reconocerá el lucro cesante debido desde la ocurrencia

del hecho dañoso, hasta la fecha de esta sentencia, y el lucro cesante futuro a partir de ésta última fecha y hasta el día en que cumpla veinticinco (25) años.

Lucro cesante debido a favor de Yonatán Morales Rodríguez:

El periodo indemnizable por concepto de lucro cesante debido respecto de esta accionante se extiende desde el 25 de enero de 2002 (fecha de la muerte de su padre) y hasta el 16 de diciembre de 2013, y equivale a ciento cuarenta y dos punto siete (142.7) meses.

$$\Rightarrow S = \$113.714,5 \frac{(1,004867)^{142,7} - 1}{0,004867} = \$23.349.865$$

Monto de la indemnización de lucro cesante debido a favor de Yonatán José Morales Rodríguez: veintitrés millones trescientos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y cinco pesos (**\$23.349.865**)

Lucro cesante futuro a favor de Yonatán Morales:

El periodo indemnizable por concepto de lucro cesante futuro respecto de éste accionante se extiende desde el 16 de diciembre de 2013 (fecha de este fallo) y hasta el 12 de abril de 2014 (fecha en que cumplirá 25 años), y equivale a treinta y cinco punto seis (35.6) meses.

$$\Rightarrow S = \$113.714,5 \frac{(1+0,004867)^{35,6} - 1}{0,004867 (1+0,004867)^{35,6}} = \$ 3.708.675$$

Monto de la indemnización de lucro cesante futuro a favor de Yonatán Morales Rodríguez: tres millones setecientos ocho mil seiscientos setenta y cinco pesos (**\$3.708.675**)

=> Total indemnización por concepto de lucro cesante debido y futuro a favor de Yonatán Morales Rodríguez: veintisiete millones cincuenta y ocho mil quinientos cuarenta pesos (\$27.058.540).

5.2.1.2 Lucro cesante de Iliana Raquel Morales Rodríguez:

Lucro cesante debido a favor de Iliana Morales Rodríguez:

$$\Rightarrow S = \$113.714,5 \frac{(1,004867)^{142,7} - 1}{0,004867} = \$23.349.865$$

Monto de la indemnización de lucro cesante debido a favor de Iliana Morales Rodríguez: veintitrés millones trescientos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y cinco pesos (**\$23.349.865**)

Lucro cesante futuro a favor de Iliana Morales Rodríguez:

Iliana Morales nació el 29 de agosto de 1993 (fl. 73, cdno. 1), por lo que cumplirá veinticinco (25) años el 29 de agosto de 2018. En tal medida, el período indemnizable por concepto de lucro cesante futuro respecto de ella se extiende desde el 16 de diciembre de 2013 (fecha de este fallo) y hasta el 29 de agosto de 2018, y equivale a cincuenta y seis punto cuarenta y tres (56,43) meses.

$$\Rightarrow S = \$113.714,5 \frac{(1+0.004867)^{56,43} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{56,43}} = \$5.599.315$$

Monto de la indemnización de lucro cesante futuro a favor de Iliana Morales Rodríguez: cinco millones quinientos noventa y nueve mil trescientos quince pesos (**\$5.599.315**)

=> **Total indemnización por concepto de lucro cesante debido y futuro a favor de Iliana Morales Rodríguez: veintiocho millones novecientos cuarenta y nueve mil ciento ochenta pesos (\$28.949.180).**

5.2.1.3 Lucro cesante de Josué Daniel Morales Rodríguez:

Lucro cesante debido a favor de Josué Morales Rodríguez:

$$\Rightarrow S = \$113.714,5 \frac{(1,004867)^{142,7} - 1}{0,004867} = \$23.349.865$$

Monto de la indemnización de lucro cesante debido a favor de Josué Morales Rodríguez: veintitrés millones trescientos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y cinco pesos (**\$23.349.865**)

Lucro cesante futuro a favor de Josué Morales Rodríguez:

Josué Morales Rodríguez nació el 31 de julio de 1995 (fl. 71, cdno. 1), por lo que cumplirá veinticinco (25) años el 31 de julio de 2020. En tal medida, el periodo indemnizable por concepto de lucro cesante futuro respecto de él se extiende desde el 16 de diciembre de 2013 (fecha de este fallo) y hasta el 31 de julio de 2020, y equivale a setenta y nueve punto cinco (79.5) meses.

$$\Rightarrow S = \$113.714,5 \frac{(1 + 0,004867)^{79,5} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{79,5}} = \$7.481.775$$

Monto de la indemnización de lucro cesante futuro a favor de Josué Morales Rodríguez: siete millones cuatrocientos ochenta y un mil setecientos setenta y cinco pesos (**\$7.481.775**)

=> Total indemnización por concepto de lucro cesante debido y futuro a favor de Josué Morales Rodríguez: treinta millones ochocientos treinta y un mil seiscientos cuarenta pesos (\$30.831.640).

5.2.1.4. Lucro cesante de Anabella Rodríguez Herrera

Lucro cesante consolidado a favor de Anabella Rodríguez

Para determinar el lucro cesante consolidado a reconocer a Anabella Rodríguez, se utilizará la siguiente fórmula:

$$S = \frac{Ra (1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual, equivalente a \$341.143,5

i = Interés puro o técnico: 0.004867.

n = Número de meses transcurridos desde el momento del daño (25 de enero de 2002) hasta el momento de la sentencia (16 de diciembre de 2013), esto es, 142.7 meses.

$$\Rightarrow S = \frac{341.143,5 (1,004867)^{142,7} - 1}{0,004867} = \mathbf{\$70.049.596}$$

Total: \$70.049.596

Conforme a la tasación anterior, se reconocerá a Anabella Rodríguez por concepto de lucro cesante causado o debido, la suma de setenta millones cuarenta y nueve mil quinientos noventa y seis pesos (70'049.596).

Lucro cesante futuro a favor de Anabella Rodríguez:

El señor José Morales nació el día 28 de enero de 1961 (fl. 86, cdno. 1), de manera que para la fecha de la concreción del daño (25 de enero de 2002) contaba con cuarenta y un (41) años, once (11) meses, veintisiete (27) días, por ende tenía un periodo de vida probable o esperanza de vida igual a treinta y seis punto noventa y cuatro (36.94) años, equivalentes a cuatrocientos cuarenta y tres punto veintiocho (443,28) meses, ello, de conformidad con la tabla de mortalidad establecida en la Resolución 1112 de 2007 expedida por la Superintendencia Financiera.

Descontados de esos cuatrocientos cuarenta y tres punto veintiocho (443,28) meses los ciento cuarenta y dos punto siete (142.7) meses que fueron liquidados en el período consolidado, se tiene un total de trescientos unto cincuenta y ocho (300.58) meses a indemnizar como lucro cesante futuro.

Éste periodo indemnizable global debe dividirse en cuatro etapas en cada una de las cuales se aplicará una renta o ingreso mensual diferente, habida consideración el aumento de la base que tendrá lugar cada vez que uno de los hijos del occiso y la libelista lleguen a la edad de veinticinco años.

Primera Etapa

Periodo de tres punto ochenta y tres (3.83) meses que va desde la fecha de ésta sentencia (16 de diciembre de 2013) y hasta el día 11 de abril de 2014, durante el cual se aplicará como renta mensual el equivalente al cincuenta por ciento (50%) del ingreso base, es decir, trescientos cuarenta y un mil ciento cuarenta y tres pesos con cinco centavos (\$341.143,5).

$$\Rightarrow S = \$341.143,5 \frac{(1 + 0.004867)^{3,83} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{3,83}} = \$1.291.366$$

Segunda Etapa

Periodo de cincuenta y dos punto cincuenta y tres (52.53) meses que va desde el 12 de abril de 2014 (fecha del cumpleaños número 25 de Yonatan Morales Rodríguez) y hasta el 28 de agosto de 2018, durante el cual se aplicará como renta mensual el equivalente al sesenta y seis punto sesenta y seis por ciento (66.66%) del ingreso base, es decir, cuatrocientos cincuenta y cuatro mil ochocientos doce pesos con cinco centavos (\$454.812,5). Ello, debido a que la renta de la accionante se ve adicionada con el porcentaje de dieciséis por ciento (16.66) que deja de reconocérsele a Yonatan Rodriguez por alcanzar la edad aludida.

$$\Rightarrow S = \$454.812,5 \frac{(1 + 0.004867)^{52.53} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{52.53}} = \$21.036.793$$

Tercera Etapa

Periodo de veintitrés punto cero tres (23.03) meses que va desde el 29 de agosto de 2018 (fecha del cumpleaños número 25 de Iliana Morales Rodríguez) y hasta el 30 de julio de 2020, durante el cual se aplicará como renta mensual el equivalente al ochenta y tres punto treinta y tres por ciento (83.33%) del ingreso base, es decir, quinientos sesenta y ocho mil quinientos cuarenta y nueve pesos (\$568.549). Ello, debido a que la renta de la accionante se ve adicionada con el porcentaje de dieciséis por ciento (16.66) que deja de reconocérsele a Iliana Rodríguez por alcanzar la edad aludida.

$$\Rightarrow S = \$568.549 \frac{(1 + 0.004867)^{23.03} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{23.03}} = \$12.358.136$$

Cuarta Etapa

Periodo de doscientos veintiuno punto cero tres (221.03) meses que va desde el 31 de julio de 2020 (fecha del cumpleaños número 25 de Josué Morales

Rodríguez) y hasta el 1º de enero de 2039 (fecha en que se cumple la vida probable de José Morales), durante el cual se aplicará como renta mensual el equivalente al cien por ciento (100%) del ingreso base, es decir, seiscientos ochenta y dos mil doscientos ochenta y siete pesos (\$682.287). Ello, debido a que la renta de la accionante se ve adicionada con el porcentaje de dieciséis por ciento (16.66) que deja de reconocérsele a Josué Rodríguez por alcanzar la edad aludida.

$$\Rightarrow S = \$682.287 \frac{(1 + 0.004867)^{221.03} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{221.03}} = \$92.252.166$$

Así pues, sumadas los rubros correspondientes a las cuatro (4) etapas reseñadas, se tiene que la indemnización de lucro cesante futuro a favor de Anabella Rodríguez asciende a ciento veintiséis millones novecientos treinta y ocho mil cuatrocientos sesenta y un pesos (\$126.938.461).

⇒ Total indemnización por concepto de lucro cesante debido y futuro a favor de Anabella Rodríguez: ciento noventa y seis millones novecientos ochenta y ocho mil cincuenta y siete pesos (\$196.988.057).

5.2.2. Lucro cesante por las lesiones de David Rodríguez Herrera

David Rodríguez pretende el resarcimiento del lucro cesante que aduce le fue causado con motivo de la supuesta pérdida del cuarenta por ciento (40%) de su capacidad laboral a raíz de las lesiones que sufrió en el accidente objeto de la litis.

Para desestimar esta pretensión baste señalar que dentro del curso del proceso el extremo accionante, en franco incumplimiento de su carga probatoria, no demostró que las heridas sufridas por el señor Rodríguez en el choque en cuestión, le hayan generado la disminución de su capacidad laboral.

En efecto, pese a que los demandantes solicitaron la práctica de un dictamen pericial con la intervención de la Junta Regional de Calificación de Invalidez y/o por peritos neurocirujanos y otorrinolaringólogo, para determinar la naturaleza y secuelas del alegado daño fisiológico que habría sufrido David Rodríguez Herrera con ocasión del accidente (fl. 11, cdno. 1), y a que tales pruebas fueron decretadas en primera instancia mediante auto de 27 de noviembre de 2007 (fls. 144-149, ib.), dichas experticias no se practicaron.

En ese sentido se advierte que la Junta Regional de Invalidez manifestó mediante oficio de (fls. 170-171, cdno. 2) que para la realización del dictamen ordenado debían remitirse la copia de la historia clínica del lesionado y otros documentos, así como consignarse un salario mínimo legal mensual vigente, requerimientos cuyo cumplimiento nunca acreditó la parte interesada, lo que conllevó que a la postre no se hubiera llevado a cabo el dictamen deprecado.

Así mismo, tanto el Instituto Nacional de Medicina Legal (fl. 167, cdno. 2) como la Universidad de Cartagena (fl. 226, ib.), entidades a las que se les ofició para la experticia médica en neurocirugía y otorrinolaringología, indicaron que no contaban en su planta con personal médico especializado en dichas áreas.

Posteriormente, el 18 de septiembre de 2012 (fl. 246), la *a quo* dispuso el cierre del periodo probatorio, mediante providencia que no fue recurrida por el extremo libelista.

5.3. DAÑO EMERGENTE

Por concepto de daño emergente, la demandante Anabella Rodríguez solicitó - A título de daño emergente, dos millones cuatrocientos mil pesos (\$2'400.000) a Anabella Rodríguez Herrera, correspondientes a los gastos funerarios que asumió para el sepelio de José Morales Gamboa, y para el arreglo del vehículo accidentado.

Por haberse acreditado, con las facturas respectiva, que esa accionante incurrió en tales erogaciones por causa del deceso de su cónyuge, se accederá a tal pcdimento.

5.4. DAÑO A LA SALUD

Ésta categoría autónoma de daño se estructura cuando la víctima sufre lesiones que producen pérdida o alteración anatómica o funcional de su derecho a la salud y a su integridad corporal.

Así lo decantó el Consejo de Estado en providencia unificadora de 14 de septiembre de 2011, que constituye precedente vertical obligatorio, como pasa a verse:

“De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave

a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

"... el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada."¹²

Para la estimación de ésta clase de perjuicio, el Consejo de Estado ha determinado como tope máximo indemnizatorio el equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales vigentes, en los casos en que las lesiones sean de tal gravedad que generen la pérdida del cien por ciento (100%) de la capacidad laboral¹³.

Ahora bien, como se indicó *ut supra*, en el caso concreto no se allegó o practicó un dictamen médico legal que demuestre que a raíz de las lesiones sufridas por David Rodríguez en el accidente acaecido el 25 de enero de 2002, se le haya ocasionado secuelas que impliquen la afectación permanente de su integridad psicofísica y mucho menos que haya sufrido una disminución de su capacidad laboral.

Bajo estos supuestos, se despachará desfavorablemente el resarcimiento solicitado a título de daño a la salud o fisiológico.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011. Radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), C.P. Enrique Gil Botero.

¹³ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 17 de agosto de 2007, exp. 30114, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 4 de diciembre de 2007, de 1º de octubre de 2008, exp. 27268 y del 4 de mayo de 2011, exp. 17396, M.P. Danilo Rojas Betancourth; de 19 de octubre de 2007, exp. 30871, de 28 de marzo de 2012, exp. 22163 y de 5 de julio de 2012, exp. 21.928, C.P. Enrique Gil Botero.

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, pues no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para ello, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia de 28 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declarar que el Municipio de María La Baja es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de José Morales Gamboa y de las lesiones sufridas por David Rodríguez Herrera, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al Municipio de María La Baja a pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

- a.) A Anabella Rodríguez Herrera, en calidad de cónyuge de José Morales Gamboa, cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.
- b.) A Josué Daniel Morales Rodríguez, Iliana Raquel Morales Rodríguez y Yonatan José Morales Rodríguez, hijos de José Morales Gamboa, cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo para cada uno.

- c.) A David Rodríguez Herrera, en su condición de lesionado, la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.
- d.) A Ana Raquel Herrera De La Cruz, madre de David Rodríguez Herrera, veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.
- e.) A Cielo Isabel Bolívar Marimón, cónyuge de David Rodríguez Herrera, veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.
- f.) A Carlos Daniel Rodríguez Bolívar y Carlos David Rodríguez Bolívar, hijos de David Rodríguez Herrera, veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo para cada uno.
- g.) A Anabella Rodríguez Herrera, en su calidad de hermana de David Rodríguez, diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.

TERCERO: Condenar al Municipio de María La Baja a reconocer y pagar dos millones cuatrocientos mil pesos (\$2'400.000) a Anabella Rodríguez Herrera, a título de daño emergente.

CUARTO: Condenar al Municipio de María La Baja a pagar por concepto de lucro cesante a Anabella Rodríguez Herrera, Josué Daniel Morales Rodríguez, Iliana Raquel Morales Rodríguez y Yonatan José Morales Rodríguez, las siguientes sumas:

- a.) A Anabella Rodríguez Herrera, ciento noventa y seis millones novecientos ochenta y ocho mil cincuenta y siete pesos (\$196.988.057).
- b.) A Josué Daniel Morales Rodríguez, treinta millones ochocientos treinta y un mil seiscientos cuarenta pesos (\$30.831.640).

- c.) A Iliana Raquel Morales Rodríguez, veintiocho millones novecientos cuarenta y nueve mil ciento ochenta pesos (\$28.949.180)
- d.) A Yonatan José Morales Rodríguez, veintisiete millones cincuenta y ocho mil quinientos cuarenta pesos (\$27.058.540).

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por los motivos expuestos en el acápite de consideraciones.

SEXTO: La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

OCTAVO: En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIECER VANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO
(Salva voto)

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-008-2004-00559-00)

SALVAMENTO DE VOTO

Cartagena de Indias, D.T. y C., Diciembre diez seis (16) de dos mil trece (2013).

RAD: 13-001-23-31-008-2004-00559-01

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: ANABELLA RODRÍGUEZ HERRERA y Otros.

DEMANDADO: MUNICIPIO DE MARIALABAJA.

La suscrita Magistrada de Descongestión, en el caso de la referencia, no se acoge a la decisión mayoritaria contenida en la sentencia de 16 de diciembre de 2013 proferida por la Sala de decisión N° 001 en cuanto decidió REVOCAR lo decidido por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

Comparto lo manifestado por la Juez A-que al negar las pretensiones de la demanda, discrepando de los considerandos que llevaron al resto de la Sala de no acoger tal resolutive, por cuanto estos debieron concretarse esencialmente a la verificación de las condiciones en que se produce el daño que le es atribuido a la administración municipal.

Al respecto consideró, que el verdadero sustento para tomar la decisión a la que se llegó con el fallo de cierre, debió ser el análisis del caso a la luz del material probatorio obrante en el plenario que, valorado, NO conduce a la inequívoca conclusión de que el daño referenciado, fuese producto del actuar positivo o negativo de la parte demandada y mucho menos, que estén dados los supuestos de una falla del servicio.

Se advierte entonces como en la decisión mayoritaria se realiza todo un despliegue argumentativo acerca de la ausencia de caso municipal en el municipio de MARÍA LA BAJA, y que es precisamente tal circunstancia la que permitió el paso del semoviente que produjo el accidente que ocasiona la muerte y las lesiones por la cuales se entra a demandar por vía de reparación directa.

Acerca de lo anterior debe señalarse, que no se allegó prueba demostrativa de tal supuesto fáctico, resaltándose, que tampoco se elevó solicitud probatoria a fin de determinar la existencia o no de un caso municipal, si estaba a cargo del Municipio demandado o no otra entidad; o cuales eran

para la época de los hechos, las medidas de manejo y control que se tomaban frente al tránsito de animales en el área urbana de la municipalidad.

Ahora, de irnos a lo afirmado en los hechos de la demanda, así como a lo relatado por los testigos, pareciera encontrarse una respuesta obvia, y es que en efecto no existía en el municipio ninguna medida tendiente a regular lo concerniente al tráfico de semovientes en el casco urbano de María La Baja; no obstante, considero que no puede afirmarse tal hecho de manera categórica, pues frente a ello se abre la posibilidad de la existencia de un tercero obligado a responder por tal problemática, la existencia defectuosa de un caso existente en el municipio, - caso en el cual debía ser otro el enfoque de la demanda -, así como una eventual vinculación de otro demandado.

De otro lado debo decir, que aparece plenamente demostrado la ocurrencia del accidente descrito en la demanda, y que en el mismo estuvo involucrado un semoviente y la motocicleta conducida por el señor JOSE MORALES GAMBOA, sin embargo, no puede arribarse a la tesis, de que por el simple hecho de que en la vía transitada por el mencionado en compañía de su parrillero apareciera una res, y que entre estos se produjera una fatal colisión, deba endilgársele responsabilidad al ente municipal, máxime si se tiene en cuenta, que en lo atinente a las condiciones en que se desenvolvía el tránsito en el lugar puntual de los hechos para el momento en que acaece el trágico suceso, son tres los testigos que afirman que la vía no se encontraban en buen estado, y que la iluminación era escasa, surgiendo así nuevas tesis acerca de la causa del accidente, frente a lo cual, debió el demandante previo a demandar, verificar quien era la persona jurídica llamada a responder por el fluido eléctrico de la vía en donde ocurre el accidente, así como por la infraestructura vial.

Se destaca que los distintos testimonios traídos a autos, si bien en términos generales pueden catalogarse como coincidentes, no son demostrativos de que la muerte y lesiones que se prueban sean imputables al municipio demandado, ello teniendo en cuenta que a efectos de demostrar el tránsito permanente de semovientes en el área urbana municipal, así como la

ausencia de caso municipal sólo existe el dicho de tales testigo, quienes narran un suceso o accidente que tuvo como escenario el Municipio de María La Baja.

Debe anotarse, que si se atiende el relato contenido en la demanda, donde se manifiesta que el accidente se produce por la aparición intempestiva del semoviente (vaca) cuando los señores JOSE MORALES GAMBOA y DAVID RODRÍGUEZ HERRERA se transportaban en una motocicleta, necesariamente tenían que probarse las condiciones de la vía, estado de visibilidad en la misma, condiciones psicofísicas del conductor, velocidad en la que se conducía, existencia o no de señalización, condiciones mecánicas del automotor, en fin, elementos probatorios que llevaran a concluir, que en una vía con aceptables condiciones de tránsito, la aparición de un semoviente constituía el único elemento externo que posibilitaría que un motociclista prudente, con condiciones de visibilidad adecuadas perdiera el control sobre su vehículo.

Insisto en que de acogerse el dicho de los testigos en torno a las precarias condiciones de la vía donde se produce el accidente, no podía entonces la parte actora entrar a entablar una relación causal de la falta de caso municipal con la ocurrencia de los hechos; y que ubicados sobre la tesis de la parte demandante – y ahora de la Sala –, alrededor del caso municipal en María La Baja, la lógica común indica, que aun existiendo éste a cargo del municipio, la labor de albergar animales que se encuentren vagando en sitios públicos, no es algo que pueda producirse de manera automática o inmediata, además de no poder esperarse que las autoridades se encuentren en todo lugar donde se produzca un descarrío de animales, sugiriendo en todo caso el sello que llevaba el animal en su cuerpo, que fue su propietario quien actuó negligentemente, sin que tenga por tanto ningún tipo de injerencia el municipio demandado, más aún frente a circunstancias donde no puede exigírsele omnipresencia, ante la máxima que reza que al Estado no puede obligársele a lo imposible.

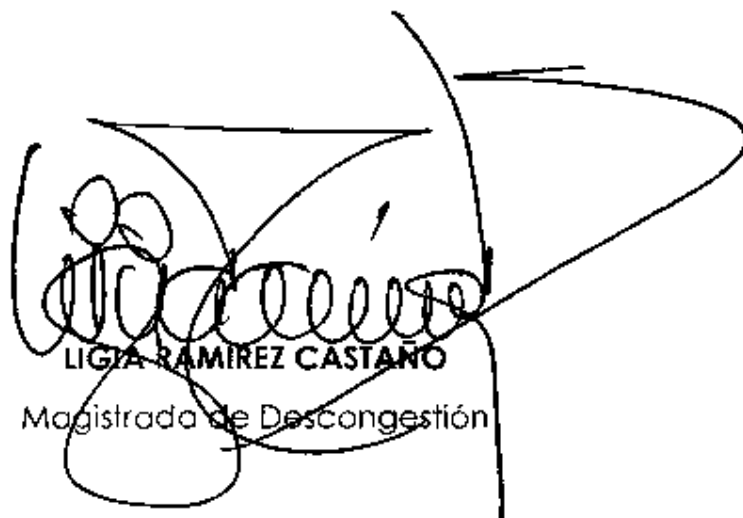
En ese marco, la llamada falla del servicio que se determinó como título de imputación no quedó probada, puesto que no se demostró en autos que

acción u omisión de la administración hubiere generado el daño en las víctimas, desconociéndose cuáles fueron las circunstancias de modo y tiempo que vincularían la situación de estas con el actuar de la administración, cuya responsabilidad se imprecisa, no existiendo elementos de prueba que permitan establecer una relación directa entre la muerte y la lesión, con el actuar por omisión del ente demandado, evidencias sin las cuales el hecho dañino no puede ser atribuido al ente municipal, y mucho menos el nexo causal.

En ese orden considero que a la luz de las normas vigentes, el mencionado daño no es susceptible de ser imputado al Estado, en tanto que las pruebas que obran en el expediente no son siquiera indicadoras en grado de probabilidad, de que la muerte y lesión probadas le fuera atribuible, teniéndose por no acreditado el supuesto de imputación, sin el cual no es viable declarar la responsabilidad estatal.

En los párrafos que preceden quedan consignadas las razones que determinan que la suscrita se aparte de los considerandos que tuvo en cuenta la Sala de decisión N° 001 de esta Corporación para revocar el fallo emitido en primera instancia,

Atentamente,



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO
Magistrada de Descongestión