



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0123
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: GABRIEL ANTONIO MEZA MANRIQUE
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2008-00396-01
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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

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

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrada Ponente : **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Radicación : **13-001-33-31-013-2008-00396-01**
Clase de proceso : **Nullidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Gabriel Antonio Mesa Manrique**
Demandado : **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**

TEMA: Prima de Actualización

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

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE, a través de apoderado judicial presentó demanda de Nullidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, tendiente a que se declare lo siguiente:

PRETENSIONES

***Primera:** Que se declare la nulidad del Oficio CREMIL 17373 de Mayo 14 de 2007, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al computo de la Prima de Actualización, la Reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitados por el señor Capitán de Corbeta ® GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE.*

***Segundo:** Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene el computo de la Prima de*

Rad: 013-2008-00396-01
Dte. Gabriel Antonio Mesa Manrique
Ddo: CREMIL

Actualización, la Reliquidación y el correspondiente reajuste a la asignación de retiro del señor Capitán de Corbeta ® GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE, incorporando en su asignación básica los valores resultantes del cómputo de los porcentajes la prima de actualización sobre el sueldo básico de conformidad con la ley 4ta de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993 y 133 de 1995 y a partir del 1 de Enero de 1992.

Tercero: Que como resultado de la pretensión anterior (numeral segundo) y, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, se ordene que los REAJUSTES anuales de Ley a partir del 1 de Enero de 1996, se liquiden teniendo en cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta ese año la Prima de Actualización prevista en los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.

Cuarto: Que se haga clara distinción entre el fenómeno de prescripción de mesadas y el derecho imprescriptible (objeto principal de esta demanda) a que se incluyan en la Asignación Básica (Sueldo Básico) del señor Capitán de Corbeta ® GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE, los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico, que constituyen factor salarial de acuerdo con los Decretos Reglamentarios de la Prima de Actualización. Es decir que se ordene la reliquidación y se reajuste el Sueldo Básico, como consecuencia de los efectos permanentes que dejó la mencionada prima durante el tiempo que estuvo vigente.

Quinto: Que se tenga en cuenta el nuevo Sueldo básico reajustado del señor Capitán de Corbeta ® GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE para el cómputo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las otras primas (que conforman la prestación) sobre dicho sueldo básico reajustado.

Sexto: Que se ordene a la demandada cancelar en forma indexada todas las sumas dejadas de pagar y a las que tiene derecho mi poderdante como consecuencia de las peticiones anteriores a partir del 1 de Enero de 1992 y hasta la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta los aumentos legales anuales.

Séptimo: Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Octavo: Que se condene en costas a la demandada..."

HECHOS

A continuación se sintetizan los hechos más relevantes:

1. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció Asignación de Retiro al Señor Capitán de Corbeta ® GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.298.077 de Bogotá.
2. Que durante los años 1992, 1993, 1994 y 1995, período durante el cual tuvo vigencia la Prima de Actualización reglamentada por los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995, el demandante se encontraba en servicio activo.
3. Que el actor, con base en la Ley 4 de 1992 y los Decretos Reglamentarios de la Prima de Actualización, solicitó la Reliquidación de su Asignación de Retiro, para que fueran incorporados en la asignación básica los porcentajes establecidos en la Prima de Actualización.
4. Que la Caja de Retiro, negó el derecho al computo de la Prima de Actualización, la Reliquidación y el correspondiente Reajuste a la Asignación de Retiro, mediante oficio CREMIL 17373 del 14 de mayo de 2007; el cual estipuló *"mientras estuvo en servicio activo gozó de la prima de actualización..."* lo que a juicio de la actora, es un distractor sobre lo realmente solicitado que es que se computen los porcentajes de la prima sobre el sueldo básico y de esta manera variar la base prestacional del actor; así mismo, intenta hacer creer que realizó el cómputo, lo cual es absolutamente falso, los incrementos por prima de actualización nunca han sido incorporados a las asignaciones en actividad ni en las de retiro como lo ordenan los decretos reglamentarios, pues simplemente se cancelaron a los que se encontraban en servicio activo como una simple bonificación sin carácter salarial.
5. Que la prima de actualización tuvo vigencia para el período comprendido entre el 1 de Enero de 1992 y el 31 de Diciembre de 1995, también es que los derechos creados por los decretos que la reglamentaron, son permanentes y no se extinguen por el surgimiento de una nueva norma.
6. Que los incrementos ordenados en la prima de actualización y que sirven como base para el reajuste de la asignación de retiro, son absolutamente independientes de los aumentos legales ordinarios y/o anuales que pretenden compensar efectos de inflación.
7. Que como la Caja no efectuó el computo de la prima en las mesadas correspondientes según lo establecido previamente, tampoco aplicó los aumentos legales anuales que por ley fueron decretados sucesivamente durante los años en los cuales tuvo vigencia la prima de actualización y que inequívocamente deben afectar a toda parte constitutiva de la Asignación de Retiro, como son los porcentajes que sobre el sueldo básico se establecieron como prima de actualización, dicha asignación de retiro debe ser reliquidada.

Rad: 013-2008-00396-01
Dte: Gabriel Antonio Mesa Manrique
Ddo. CREMIL

8. Que al no haberse computado la prima en las mesadas, como parte constitutiva de la Asignación de Retiro, tampoco se realizó el reajuste correspondiente a dicha asignación, reajuste que debió hacerse desde el 1º de Enero de 1992.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 4º, 13º y 53.

Legales: Artículo 15 del Decreto 335 de 1992; Art. 28 del Decreto 025 de 1993; Art. 28 del Decreto 065 de 1994; Art. 29 del Decreto 133 de 1995; Art. 13 de la Ley 4 de 1992.

Aduce que se trasgrede las normas descrita, como quiera que la Caja de Retiro ha interpretado erróneamente los criterios expresados por el Consejo de Estado al negar a reajustar la asignación de retiro del señor Capitán de Corbeta ® GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE, incorporando los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico.

Que no se puede menoscabar los derechos de los trabajadores y la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, así lo hace al negar el reconocimiento de la prima de actualización y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro derechos estos adquiridos por el actor.

DEFENSA

La entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

Aduce que la Caja de Retiro, carece de **legitimación en la causa por pasiva**, toda vez que para esas anualidades, el actor no ostentaba la calidad de militar retirado, ya que no había consolidado el derecho a percibir la asignación de retiro, por el contrario, poseía una mera expectativa, por lo tanto, esta entidad no puede responder por hecho anteriores a la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro, puesto que solo a partir del 10 de agosto de 2001, surgió para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la obligación de reconocer y pagar la asignación de retiro del militar.

Señala que existe una **irretroactividad de la ley**, dado que el actor pretende el reconocimiento de la prima de actualización y el consecuente reajuste con posterioridad a 1995 cuando las normas que le dan vida jurídica eran de carácter transitorio (por el plan quinquenal 1992-1996). Más aún, dichas normas fueron derogadas expresamente, por lo que mal puede el actor pretender revivir la vigencia de estos decretos, hecho que, de prosperar su petición, generaría inseguridad jurídica en un Estado Social de Derecho.

Rad: 013-2008-00396-01
 Dte: Gabriel Antonio Mesa Manrique
 Ddo. CREMIL

De otra parte arguye, que habiendo culminado el 31 de diciembre de 1995 el proceso de nivelación dispuesto por la Ley 4 de 1992, la prima de actualización no puede extender su aplicación más allá de esta fecha, por lo que nadie podría pretender su pago después de 31 de diciembre de 1995; además ella obedecía a un fin específico, el cual se cumplió, no tiene el carácter de derecho adquirido y por tanto no puede ordenarse la continuación de su pago.

Por consiguiente, concluye que la demanda de referencia, carece de fundamento jurídico como quiera que de una parte la prima de actualización no estaba contemplada como partida computable de la asignación de retiro, y por otro lado, no puede pretenderse que una prestación que devengó 9 años antes del reconocimiento de su asignación de retiro sea tenida en cuenta para tales efectos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, a través de sentencia calendada 23 de noviembre de 2012, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el accionante devengó la prima de actualización la misma no puede ser incluida para hacer parte de su asignación de retiro; porque dicha prima consistió en un factor retributivo temporal tendiente a nivelar la remuneración del personal de las fuerzas militares y de policía, en forma gradual hasta llegar a una escala salarial única, con repercusión en el personal en goce de asignación de retiro durante el lapso de su vigencia; al desaparecer dicha prima no causa una lesión al personal en retiro porque la retribución del personal en actividad se niveló y mejoró. (fl. 166-180)

APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante, estando dentro del término legal, interpone recurso de apelación en el que reitera los argumentos expuestos en la demanda y para ello trae a colación diversas jurisprudencias del Consejo de Estado que desarrollan este tema. (fl. 182-187)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público, no rindió concepto fiscal. (fl. 199)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante.

Se ratifica en los argumentos del recurso. (fl. 195-197)

Parte demandada

Se tiene por no presentados dado que se allegó de manera extemporánea.

Rad: 013-2008-00396-01
Dte. Gabriel Antonio Mesa Manrique
Ddo: CREMIL

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 31 de julio de 2013, se admite el recurso de apelación (fl. 192).

Luego, por auto del 28 de agosto de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 194).

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad del **Oficio No. 17373, Consecutivo No. 16317 del 14 de mayo de 2007**, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se niega al actor, el reconocimiento de la prima de actualización, reliquidación y reajuste a la asignación de retiro.

Caducidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado¹, sobre la presente acción no opera el fenómeno jurídico de caducidad, dado que el acto que niega la reliquidación de la asignación de retiro puede ser demandado en cualquier tiempo.

Problema Jurídico

Determinar si el demandante tiene derecho a que la prima de actualización establecida con fundamento en la Ley 4 de 1992 y desarrollada por los artículos 15 del Decreto 335 de 1992, 28 del Decreto 25 de 1993; 28 del Decreto 65 de 1994; y 29 del Decreto 133 de 1995, sea incluida en la base que se tuvo en cuenta para liquidar la asignación de retiro que viene percibiendo.

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda C.P. Ana Margarita Olaya Forero Bogotá D.C. 13 de Diciembre de 200 Rad. 25000-23-25-000-1998-5644-01(0220-01) "la Sala considera que la petición de reliquidación de la asignación de retiro, por controvertir el monto de la pensión reconocida, es un acto que pende del acto principal de reconocimiento de la prestación, el cual no tiene término de caducidad y en esta medida tampoco lo tiene el que decide la petición de reajuste o de reliquidación"

Rad 013-2008-00396-01
 Dte. Gabriel Antonio Mesa Mannque
 Ddo. CREMIL

Marco Normativo/ Prima de Actualización

El artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 19, literal e), preceptúa que compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para "... fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública."

En ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4 de 1992, norma general que facultó al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos allí trazados, por ello, el artículo 13, dispuso:

"(...) el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo segundo.

Parágrafo: La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996."

En desarrollo de este mandato constitucional y legal el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en sus artículos 15, 28, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización, *prima de actualización*, sobre la asignación básica devengada por oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Empero, los citados Decretos erigieron la prima de actualización sólo para el personal, en servicio activo, situación que posteriormente fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No.11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar, en primer lugar, que se violaba el derecho de igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, en segundo lugar, que se desconocía el mandato previsto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenaba establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Con fundamento en lo anterior, sólo a partir de la expedición de las sentencias precitadas y como consecuencia de los efectos *ex tunc* de las mismas, por una parte, el personal en retiro quedó habilitado para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa la prima de actualización, toda vez que antes de la anulación de tales actos, éstos gozaban de la presunción de legalidad y, por lo tanto, no era posible obtener el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por otra parte, tal derecho para

Rad: 013-2008-00396-01
 Dte: Gabriel Antonio Mesa Marrnque
 Ddo: CREMIL

el personal de activo nació a la vida jurídica el 1° de enero de 1992.²

Aunado a lo anterior, sobre la oportunidad para reclamar el derecho la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia de 3 de septiembre de 2009³, acogió el criterio expuesto en sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 2008, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, según la cual:

"Como puede observarse, la conclusión a la que llegó la Sala es que la prima de actualización tiene un carácter transitorio y temporal y no de tracto sucesivo, por haberse agotado entre los años 1993-1995.

Y si tenemos que dicha prestación se causa en forma inmediata o concluyente, no podemos aplicarle válidamente lo preceptuado en el art. 113 del decreto 1213 de 1990 en cuanto a que la reclamación escrita interrumpe el término de prescripción pero por un lapso igual, pues tal hipótesis está claramente dirigida a las prestaciones que son periódicas, como por ejemplo, la pensión de jubilación o de vejez, cuyas mesadas corren el riesgo de extinguirse paulatinamente por el transcurrir del tiempo, y con ocasión de la inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

Así, la sanción prevista en el citado decreto 1213 para la prima de actualización, entre otros derechos y prestaciones, se agota al dejar pasar el primer periodo cuatrienal, porque al finalizar el mismo, el interesado pierde la totalidad de las sumas correspondientes a los años 1993-1995; y al contrario, si presenta una solicitud en tal sentido antes de la expiración del término, como ocurrió en este caso, es evidente que no puede volver a transcurrir en su contra un nuevo término sancionatorio de 4 años, cuando dichos valores ya fueron reclamados en tiempo, y no existe el riesgo de perder nuevas sumas que se causen hacia futuro, como si ocurre con las prestaciones periódicas."⁴

En consecuencia, interpreta que la prescripción del derecho a la prima de actualización por parte del personal de las fuerzas militares y de policía en retiro, únicamente opera cuando se da el primer supuesto, es decir, cuando solicita tal derecho en sede gubernativa después de transcurridos (4) años contados a partir de la ejecutoria de las sentencias que declararon la nulidad de las expresiones "que lo devengue en servicio activo" y "reconocimiento de" de los decretos antes mencionados.

² El Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 8 de noviembre del mismo año, expediente No 11423, Magistrada Ponente Clara Forrero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública

³ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, M P Carmen Amparo Ponce Delgado

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008) Radicación número 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07)

Rad: 013-2008-00396-01
 Dte. Gabriel Antonio Mesa Manrique
 Ddo. CREMIL

En conclusión, con fundamento en el anterior criterio, este Tribunal ha venido reconociendo a los miembros en situación de retiro de la Fuerza Pública la prima de actualización prestación objeto del presente proceso; sin embargo, tal reconocimiento sólo se ha hecho a partir del 1 de enero de 1993 a 1995⁵; siempre y cuando se haya pedido en sede gubernativa antes de la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado que permitiera su reconocimiento al personal de retiro.

- De la incorporación de la prima de actualización en la asignación de retiro.

Es importante aclarar que una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización lo cual no ofrece duda alguna, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se presente respecto de la asignación de retiro.

Como se anotó, la prima de actualización es un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, no es procedente ordenar al tiempo que se pague la prima de actualización al personal en retiro que no la percibió durante los años 1993 a 1995, y que por otra lado, se reajuste la asignación de retiro por los mismos períodos con dicho factor. Sobre este último punto es oportuno precisar que la Sala mayoritaria de esta Corporación⁶ venía sosteniendo que la prima de actualización modifica la base pensional de la asignación de retiro, sin que pueda ser considerada tal decisión como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

En efecto, este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización incide en el valor de la base de la asignación de retiro y, por ende, debe constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que estuvo vigente dicha prestación), ordenando así realizar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello había lugar.

Sin embargo, en relación a este tema el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁷ ha venido señalando:

"En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de

⁵ Ver Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Sentencia de 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12) CP Gerardo Arenas Molsaive

⁶ La Ponente sostenía la posición contraria.

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12)

Rad: 013-2008-00396-01
 Dte Gabriel Antonio Mesa Manrique
 Ddo. CREMIL

actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1° de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado.

En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico.⁶ (Subraya la Sala)

En sentencia de 5 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996. Consideró el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

"(...)"

En este aspecto³, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del periodo de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C.P. Luis Vergara Quintero, Rad 13001233100020100088201(1197-2012)

³ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009, Rad 0084-2008 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 8 de mayo de 2008, Rad 0932-2007 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006 Rad 8958-2005 M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado

Rad 013-2008-00396-01
Dte Gabriel Antonio Mesa Manrique
Ddo. CREMIL

por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

"(...)" (Resalta la Sala)

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

Resulta importante precisar que si bien la Sección Segunda no ha proferido una sentencia de unificación en tal sentido, lo cierto es que éste ha sido criterio reiterado de todas las Subsecciones , por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la postura única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección Segunda del Consejo de Estado y en esa medida se constituye en referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste tanto de salario básico como de asignación de retiro con base en la prima de actualización.

Por lo expuesto, este Tribunal acogiendo el precedente jurisprudencial ya estudiado rectifica el criterio que venía adoptando respecto al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización y a partir de la fecha dirá que no es procedente acceder a dicha pretensión, dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación en aplicación del principio de oscilación de la escala gradual porcentual.

Caso Concreto.

El señor GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE interpone demanda de nulidad y restablecimiento de carácter laboral contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que le sea reconocido el reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización de conformidad con los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.

El demandante agotó vía gubernativa mediante petición radicada ante la entidad demandada el 21 de marzo de 2007, consecutivo No. 17373.

De otra parte, al señor GABRIEL ANTONIO MESA MANRIQUE le fue reconocida Asignación de Retiro a través de Resolución No. 2241, efectiva a partir del 01 de

Rad: 013-2008-00396-01
Dte. Gabriel Antonio Mesa Manrique
Ddo. CREMIL

septiembre de 2001 (folio 11-12), según el acto administrativo acompañado con la demanda.

Al respecto, se observa que el demandante solicitó en vía administrativa y judicial la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del porcentaje que percibía por concepto de la prima de actualización.

Ahora bien, de conformidad con el precedente jurisprudencial adoptado por este Tribunal, se reitera que no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

Así las cosas, la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de la liquidación de la asignación básica o de retiro, tal y como lo ha venido reconociendo la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, atendiendo al hecho de que este valor quedó incorporado cuando se implementó la escala gradual porcentual, la cual se aplica tanto activos como retirados, en virtud del principio de oscilación.

En esa medida, a juicio de la Sala al no tener derecho el actor a dicho reajuste, resulta pertinente confirmar la sentencia adijada 23 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

Por otro lado, la Sala no condenará en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandado.

DECISIÓN

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

FALLA

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

SEGUNDO: Sin condena en costas.

Rad. 013-2008-00396-01
Dte Gabriel Antonio Mesa Manrique
Ddo CREMIL

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

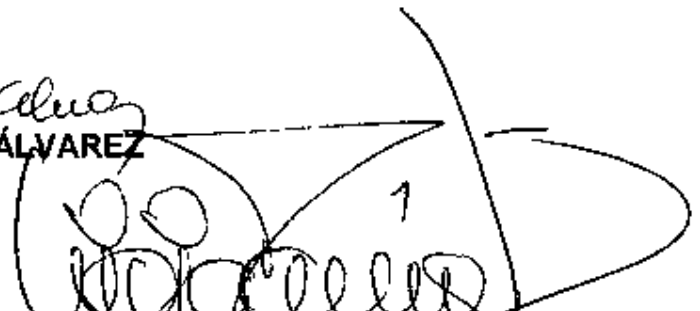
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

Nota: la presente hoja de firmas corresponde al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Dte: Gabriel Antonio Mesa Manrique. Ddo: Cremil. Rad: 013-2008-00396-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0124
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ALVARO PEREZ MUÑOZ
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2009-00354-01
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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SALA DE DECISIÓN No. 2

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

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Clase de Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicación : 13-001-33-31-011-2009-00354-01
Demandante : ÁLVARO PÉREZ MUÑOZ
Demandado : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema : PRIMA DE ACTUALIZACIÓN

Procede la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante Acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado, contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Decimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

(...)

La acción se dirige a que se declare:

- 1. La nulidad de la decisión tomada mediante oficio CREMIL 14642, consecutivo 12189 de abril 14 de 2008, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se niega el derecho al computo de la prima de actualización, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitados por el señor Capitán de Corbeta Álvaro Pérez Muñoz.*

2. *Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene el computo de la Prima de Actualización, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro del señor Capitán de Corbeta Álvaro Pérez Muñoz, incorporando en su asignación básica los valores resultantes del computo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico de conformidad con la ley 4ta de 1992 y los decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995 y a partir del 1 de enero de 1992 derecho que fue reconocido por sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar de fecha 04 de diciembre de 2001, que aquí se anexa.*
3. *Que como resultado de la pretensión anterior (numeral segundo) y, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, se ordene que los reajustes anuales de ley a partir del 1º de enero de 1996, se liquiden teniendo en cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta ese año la prima de actualización prevista en los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.*
4. *Que se haga clara distinción entre el fenómeno de prescripción de mesadas y el derecho imprescriptible (objeto principal de esta demanda) a que se incluyan en la asignación básica (sueldo básico) del señor Capitán de Corbeta Álvaro Pérez Muñoz, los valores resultantes del computo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico, que constituyen factor salarial de acuerdo con los Decretos Reglamentarios de la Prima de Actualización. Es decir que se ordene la reliquidación y se reajuste el sueldo básico, como consecuencia de los efectos permanentes que dejo la mencionada prima durante el tiempo que estuvo vigente y tal como ordenó la sentencia condenatoria.
El derecho a la reliquidación del Sueldo Básico nunca caduca, así opere el fenómeno de la prescripción de mesadas.*
5. *Que se tenga en cuenta el nuevo sueldo básico reajustado del señor Capitán de Corbeta Álvaro Pérez Muñoz para el computo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las otras primas (que conforman la prestación) sobre dicho sueldo básico reajustado.*
6. *Que se ordene a la demandada cancelar de forma indexada todas las todas las sumas dejadas de pagar y a las que tiene derecho mi poderdante como*

consecuencia de las peticiones anteriores a partir del 1 de enero de 1992 y hasta la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta los aumentos legales anuales.

7. *Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

8. *Que se condene en costas a la demandada.*

(...)

1.1. HECHOS

La parte demandante, funda su demanda en los hechos que se relacionan a continuación:

El accionante se retiró del servicio activo de la Armada Nacional con el grado de Capitán de Corbeta en el año 1977, y en tal calidad le fue reconocida asignación de retiro.

Mediante sentencia del 4 de diciembre de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, se ordenó el reajuste de la asignación de retiro con la prima de actualización a partir del año 1992.

El demandante invocando la Ley 4 de 1992 y sus decretos reglamentarios, así como la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, solicitó la reliquidación de su asignación de retiro para que fueran incorporados en su asignación básica los valores resultantes del cómputo de los porcentajes establecidos con la prima de actualización. Esta petición fue denegada mediante el acto cuya nulidad actualmente se demanda.

En dicho acto se indica que a partir de la expedición del Decreto 107 de 1996, los aumentos anuales de ley para las liquidaciones de las asignaciones de retiro ya tienen incorporado el sueldo básico del personal en actividad, todos los incrementos que por prima de actualización se hicieron entre 1992 y 1995 en virtud del principio de oscilación.

Esta información resulta falsa, pues los incrementos por prima de actualización nunca fueron incorporados a las asignaciones de retiro como lo ordenan los decretos reglamentarios, pues simplemente se cancelaron al personal en servicio activo como una simple bonificación sin carácter salarial, más claramente, nunca fueron incorporados en las asignaciones básicas del personal que se encontraba en actividad.

Respecto al reajuste que supuestamente quedó incorporado en el Decreto 107 de 1996, el Tribunal Administrativo de Bolívar en decisión tomada en Sala Plena No 30 del 19 de septiembre de 2007, adoptó la siguiente posición: “ *Sea esta oportunidad, para dejar*

sentada la posición asumida por la Sala Plena de esta Corporación, en el sentido de que el reajuste debe ser ordenado, a pesar de la existencia del Decreto 107 de 1996, con el que supuestamente se nivelaron los salarios de los miembros de la Fuerza Pública. Toda vez que considera esta corporación que es una carga procesal de la entidad accionada demostrar que realmente con la existencia del Decreto 107 se nivelaron los salarios y las asignaciones de retiro; es la Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares, la que en respectiva instancia procesal debe probar que con el decreto en mención, se ha cumplido con el objetivo para el que fue creada la Prima de Actualización, situación que ha sido ni debatida, ni probada dentro del presente proceso.”

Si bien es cierto que la prima de actualización tuvo vigencia para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, también lo es que los derechos creados por los decretos que la reglamentaron son permanentes y no se extinguen como por el surgimiento de una nueva norma.

En un hecho que los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico en los años correspondientes deben computarse al sueldo básico para lograrse el reajuste de la asignación retiro, lo cual no ha sido cumplido por la demandada.

También es un hecho que la prima de actualización introdujo variaciones en la base prestacional del accionante, creando un derecho que nunca caduca así exista el fenómeno de la prescripción de mesadas. El reconocimiento de este derecho es el objetivo principal de esta demanda.

No es cierto que al personal en servicio activo durante los años 1992 a 1995 se le hayan incorporado los porcentajes de la prima debidamente computados en la escala porcentual que rige a partir de 1996.

1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante considera como violadas las siguientes disposiciones normativas

- Constitución Nacional: en sus artículos 4,13,53
- Decreto 335 de 1992: en su artículo 15
- Decreto 025 de 1993: en su artículo 28
- Decreto 065 de 1994: en su artículo 28
- Decreto 133 de 1995: en su artículo 29
- Ley 4 de 1992: en su artículo 13

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante formuló los siguientes cargos de infracción:

La entidad demandada se ha negado a dar cumplimiento a la constitución y la ley, en la medida en que ha desconocido el contenido de la ley 4ª de 1992 y sus correspondientes decretos reglamentarios.

Se ha vulnerado el derecho a igualdad, pues existe una discriminación con el personal que no ha demandado su derecho a la nivelación salarial, ya sea por encontrarse en servicio activo o por no tener conocimiento de la conculcación de su derecho.

El art. 53 la Constitución Política también ha sido violado en la medida en que han sido desconocidos los derechos y garantías que amparan a las relaciones de carácter laboral, al negarse la demandada al reconocimiento de la prima de actualización y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro, derechos estos que han sido adquiridos por el demandante con posterioridad a las sentencias del Consejo de Estado que no tienen discusión.

Los decretos que prevén la prima de actualización fueron declarados nulos en cuanto solamente permitían su aplicación al personal en servicio activo, surgiendo de esta forma el acceso de los retirados a esta prestación. La parte demandante destaca que incluso a los miembros activos de la fuerza pública no se les ha nivelado, pues jamás se incorporaron a la asignación básica los valores resultantes de cómputo de la prima de actualización.

No obstante lo anterior, la demandada interpretando en forma errónea los criterios expuestos por el Consejo de Estado, se ha negado a reajustar la asignación de retiro del accionante, incorporando los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico de conformidad con la ley 4ª de 1992 y los decretos que reglamentan dicha prima.

2. LA DEFENSA

El apoderado judicial de la entidad demandada contestó la demanda dentro manifestando las siguientes razones:

Sobre el acto demandado:

En referencia a este aspecto la entidad demandada manifiesta que el acto demandado carece de la expresión de voluntad de la administración y que por lo tanto no reúne el requisito formal para ser considerado un acto administrativo puesto que solo constituye una simple información que la demandada entrega al demandante.

Lealtad procesal y buena fe:

Manifiesta que lo que se pretende a través de la presente acción es un tema sobre el cual ya existe pronunciamiento judicial y que la respectiva asignación de retiro ya fue reajustada de conformidad con el marco legal establecido.

Taxatividad de la norma:

En los términos del Art. 158 del Decreto 1211 de 1990 la prima de actualización no puede ser computada para efectos de la asignación de retiro. Además tampoco tiene un carácter permanente debido a que los decretos que reglamentaron esta prestación tuvieron un carácter temporal. En los mismos términos se pronuncia el art. 13 del Decreto 4433 de 2004.

En consecuencia, es evidente que la prima de actualización no constituye una de las partidas computables para efectos de la asignación de retiro, por expresa prohibición legal; aunando al hecho de que dicha prima fue creada con una finalidad temporal y específica consistente en nivelar los salarios y de forma subsiguiente, las asignaciones de retiro, hasta cuando fuera consolidada la escala gradual porcentual, lograda con la expedición de Decreto 107 de 1996.

Inexistencia de norma jurídica que sustente la reliquidación de la asignación de retiro con base en la prima de actualización:

“La prima de actualización, tuvo una vigencia temporal llevando consigo una condición resolutoria al manifestar que su vigencia sería hasta el momento de alcanzar la escala gradual porcentual única para los miembros de las Fuerzas Militares, lo cual se logro con el Decreto 107 de 1996, por lo tanto a partir de 1996 desapareció del ordenamiento la prima de Actualización.

Por lo tanto a partir de 1996 no existe norma que establezca la prima de actualización, no existe norma para liquidar prima de actualización, y mucho menos existe norma que establezca porcentaje alguno de liquidación.

No se puede pasar por alto, que constitucionalmente los sueldos básicos de los miembros de las Fuerzas Militares, son fijados por el Gobierno Nacional a través de Decreto Ejecutivo; Mismos sueldos que sirven de base para liquidar las asignaciones de retiro en virtud del principio de oscilación establecido en la Ley 923 de 2004 y su reglamentario el Decreto 4433 de 2004.”

Seguidamente la demandada a folios 51 a 53 propone las excepciones de pago, de violación al principio de cosa juzgada, de inepta demanda por indebida individualización del acto y excepción de pago frente al reajuste de la asignación de retiro a partir del 1º de enero de 1996.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Decimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena dictó sentencia el 1 de diciembre de 2011, denegando las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión adoptada el A Quo adujo:

(...)

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el derecho restablecido por el Tribunal Administrativo de Bolívar se limitó al reconocimiento y pago de la prima de actualización, de conformidad con la norma jurídica que dio origen a esta prestación para cada uno de los periodos en los cuales estuvo vigente.

Este restablecimiento se hizo en virtud del principio de oscilación, en desarrollo del cual todo reajuste que se haga al personal en actividad, debe oscilar al personal retirado. En esta medida la prima de actualización, que por definición no tuvo un carácter salarial, fue reconocida también al personal en servicio activo.

A juicio de este despacho, la prima de actualización no puede ser incorporada en la asignación básica, pues la misma es fijada anualmente mediante los decretos que con ese propósito expide el Gobierno Nacional, y el ingreso del personal en servicio activo para los años de 1992 a 1995 estuvo constituido por la asignación básica mas las prima de actualización, razón por la cual necesariamente debió convertirse en factor para el computo de la asignación de retiro para quienes se retiraron durante su vigencia. Esta prestación vino a acrecer la asignación de retiro de quienes se retiraron con anterioridad en virtud de los fallos del Consejo de Estado que protegieron el derecho a la igualdad que encuentra su desarrollo en el principio de oscilación.

(...)

Seguidamente él a quo manifiesta lo siguiente:

(...)

Se destaca que ninguna de las disposiciones que el actor estima como violadas dispone la incorporación de la prima de actualización a la asignación de básica, de forma que este derecho no puede ser restablecido.

Dicho de otra forma, entre las normas que invoca el accionante como vulneradas, no existe alguna que ordene lo que pretende a título de restablecimiento del derecho, de forma que no puede producirse una declaración en este sentido.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el reajuste de la asignación de retiro se dispuso a título de restablecimiento del derecho en la sentencia del 4 de diciembre

de 2001 incluyendo solamente la prima de actualización, sin que en ningún momento se entendiera que se incorpora a la asignación básica.

Esto no podría ser de otra manera, pues lo que en aquel entonces se protegió fue el principio de oscilación, de forma que si no se incorpora la prima de actualización a la asignación básica para efectos prestacionales, no puede entenderse que oscila esto a los retirados.

Si el derecho que se restableció fue el de oscilación, no puede entenderse que surja uno nuevo amparado por una norma jurídica distinta que el accionante no invoca, o que implique la inaplicación de los decretos que establecieron la prima de actualización.

(...)

Finalmente el a quo plantea:

(...)

En consecuencia, si a los miembros activos de la fuerza pública no les fue incorporada la prima de actualización a la asignación básica, esta posibilidad no podía oscilar a los retirados, de forma que la demandada no tiene fuente legal para ordenar un reajuste semejante a la asignación básica a efecto de reliquidar la asignación de retiro. Lo anterior es de suma importancia, dado que lo que se protegió en los fallos del Consejo de Estado que declararon la nulidad de las expresiones en servicio activo, fue justamente el principio de oscilación en desarrollo del derecho a la igualdad.

El planteamiento que propone la parte demandante en si mismo implicaría desconocer este derecho a la igualdad y además implicaría que se escindiera un régimen especial, pues para efecto de reconocimiento de la prima de actualización si operaría la oscilación, tal como lo fue declarado por el Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia del 4 de diciembre de 2001 a favor del accionante, pero para la incorporación a la asignación básica sería necesario acudir a un régimen normativo distinto al Decreto 1211 de 1990 o cualquiera de los anteriores que establecieron la oscilación, y al previsto en los Decretos anuales de reajuste que se invocan en esta demanda para las vigencias de 1992 a 1995.

Una interpretación en este sentido implicaría una dualidad de regímenes que no está establecida por la ley, y además la posibilidad de un rompimiento del derecho a la igualdad entre activos y retirados que se desarrolla mediante el principio de oscilación, lo cual fue protegido por los fallos del Consejo de Estado de 1997.

Ajuicio de este despacho, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no puede en forma autónoma reajustar las asignaciones de retiro más allá del principio de oscilación, sin que exista una norma que así lo ordene.

La posibilidad de reajustar la asignación básica con la prima de actualización no ha sido prevista por la legislación, de forma que al no estar consagrada por una norma jurídica, no procede restablecer derechos en este sentido.

(...)

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando lo siguiente:

“Lo que se pide es que se compute es decir, que se ordene que se varié la base prestacional (el sueldo básico) de mi poderdante y de esta manera se nivela su asignación de retiro.”

Más adelante el demandante manifiesta lo siguiente:

(...)

De este concepto transcrito se evidencia que todos los jueces en Colombia creen erróneamente que los dineros resultantes del computo de la prima de actualización fueron incorporados dentro de la asignación básica de los miembros de la Fuerza Pública de acuerdo a su grado, por el solo hecho de haber sido promulgado el Decreto 107 de 1996, que no ha sido más que una cruel burla para violentar los derechos de los más fieles servidores de la patria.

“ La prima de actualización si se creó con el fin de ir nivelando los sueldos básicos de la Fuerza Pública en los diferentes grados, mediante la incorporación de unos dineros al sueldo básico durante los años 1992 a 1995, es decir, durante esos años se debió variar la base prestacional con algo más que los aumentos legales anuales. Si no ¿de que otra forma se logra una nivelación salarial?

¿Cómo es posible que se afirme sin el menor sonrojo que con el decreto 107 de 1996 quedaron incluidos en el sueldo básico los dineros resultantes del computo de la prima de actualización? ¿Acaso el Despacho realizo, aunque sea por curiosidad las sencillas operaciones aritméticas para salir de la duda de quién está diciendo la verdad? No entiendo cómo se pueden hacer afirmaciones de esa índole cuando la demandada jamás ha demostrado, ni podrá demostrar, cuando y como incorporo los dineros resultantes del computo de la prima de actualización en los años de 1992 a 1995.

Es de aclarar que no se está solicitando que se siga pagando la prima de actualización después de 1995 pues todos sabemos que dicha prima tuvo vigencia durante 1992-1993-1994 y 1995. Lo que se solicita es la reliquidación por la no inclusión de este factor salarial que tuvo efectos permanentes en la prestación en razón a que los derechos reglamentarios ordenan computarla para asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales. Jamás se ha solicitado “que se le reconozca y pague la

prima de actualización como una prima mas dentro de las que concede el artículo 158 del decreto 1211 de 1990.”

Siendo la prima de actualización una prestación periódica que modifica la asignación básica y por ende la asignación de retiro, es claro que constituye factor salarial no tiene termino de caducidad.

Es de tener en cuenta que no se está solicitando el pago de una prima que tuvo vigencia durante los años 1992, 1993, 1994 y 1995. Lo que si se está solicitando es una reliquidación de una prestación periódica con base en la prima de actualización, que constituye factor salarial, cuyos efectos son de carácter permanente por la variación causada sobre la base prestacional y por lo tanto según la jurisprudencia actualizada del Consejo de Estado no tiene termino de caducidad.

(...)

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos de la parte demandante: la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión haciendo referencia básicamente a lo manifestado en el recurso de apelación.

Alegatos de la parte demandada: el apoderado judicial de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión haciendo referencia a la Ley 1211 de 1990 en su artículo 169, el cual remite expresamente al artículo 158 ibidem, el cual establece las partidas base de liquidación de la asignación de retiro de oficiales y suboficiales.

Manifiesta que “no es posible admitir que la prima de actualización pueda ser parte de la asignación de retiro, por cuanto no está contemplada en el artículo 158 ya mencionado, y en razón a que decreto ejecutivo no puede derogar un Decreto Ley, los Decretos Ejecutivos 25 de 1993 (art.28), 65 de 1994 (art.28) y 133 de 1995 (art.29) no contaban con la jerarquía jurídica suficiente para derogar o modificar al Decreto Ley 1211 de 1990 (art.158).

La única norma que tenía la jerarquía normativa para modificar tales partidas computables era el Decreto Legislativo 335 de 1992, norma que no ha sido ni puede ser objeto de declaración de nulidad por cuanto es un decreto con Fuerza de Ley, dictado por el presidente de la republica en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en Desarrollo del Decreto Legislativo 333 de 1992 por el cual se declaro el Estado de Emergencia Social.

La prima de actualización se consagro como factor adicional al sueldo básico por las vigencias de 1992 a 1995, siendo incorporado su porcentaje en el sueldo básico de la vigencia inmediatamente siguiente; se tiene entonces, que si la norma contempló un porcentaje de prima de actualización del 25% en la vigencia de 1992, a esa persona se le pagaría su sueldo mas ese porcentaje de prima, situación que de manera alguna

implica la modificación del sueldo básico de actividad; pensar lo contrario, sería tanto como decir que el reconocimiento de una prima técnica implica la modificación de mi sueldo básico.”

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público emitió concepto haciendo referencia a todo el marco legal del presente tema y analizado el mismo concluye que mediante la sentencia del 4 de diciembre de 2001, proferida por este Tribunal, se ordeno el reajuste de la asignación de retiro con la prima de Actualización a partir de 1992, tal y como lo dispuso el Consejo de Estado en distintas jurisprudencias, no pudiendo el actor solicitar que se ordene otra vez su reconocimiento, máxime cuando se trató de un beneficio prestacional eminentemente temporal, en consecuencia, es por tanto, procedente que la sentencia impugnada sea confirmada.

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 30 de abril de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante (fl 143).

Por auto del 26 de noviembre de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl.264).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1 de diciembre de 2011 proferida por el Juzgado Undécimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. ACTO ACUSADO

Oficio CREMIL 14642, consecutivo 12189 de abril 14 de 2008, mediante el cual, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó el derecho al computo de la prima de actualización, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitados por el señor Capitán de Corbeta Álvaro Pérez Muñoz. (Fls.36).

3. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por resolver, se circunscribe a determinar si resulta viable o no ordenar la reliquidación de la asignación de retiro del demandante computando como factor salarial la prima de actualización.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN

El artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 19, literal e), preceptúa que compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para “... *fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.*”.

En ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4 de 1992, norma general que facultó al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos allí trazados, por ello, el artículo 13, dispuso:

“(...) el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo segundo.

Parágrafo: La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.”.

En desarrollo de este mandato constitucional y legal el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en sus artículos 15, 28, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización, *prima de actualización*, sobre la asignación básica devengada por oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Empero, los citados Decretos erigieron la prima de actualización sólo para el personal, en servicio activo, situación que posteriormente fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No.11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar, en primer lugar, que se violaba el derecho de igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, en segundo lugar, que se desconocía el mandato previsto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenaba establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Con fundamento en lo anterior, sólo a partir de la expedición de las sentencias

precitadas y como consecuencia de los efectos *ex tunc* de las mismas, por una parte, el personal en retiro quedó habilitado para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa la prima de actualización, toda vez que antes de la anulación de tales actos, éstos gozaban de la presunción de legalidad y, por lo tanto, no era posible obtener el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por otra parte, tal derecho para el personal de activo nació a la vida jurídica el 1° de enero de 1992.²

Aunado a lo anterior, sobre la oportunidad para reclamar el derecho la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia de 3 de septiembre de 2009³, acogió el criterio expuesto en sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 2008, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, según la cual:

"Como puede observarse, la conclusión a la que llegó la Sala es que la prima de actualización tiene un carácter transitorio y temporal y no de tracto sucesivo, por haberse agotado entre los años 1993-1995.

Y si tenemos que dicha prestación se causa en forma inmediata o concluyente, no podemos aplicarle válidamente lo preceptuado en el art. 113 del decreto 1213 de 1990 en cuanto a que la reclamación escrita interrumpe el término de prescripción pero por un lapso igual, pues tal hipótesis está claramente dirigida a las prestaciones que son periódicas, como por ejemplo, la pensión de jubilación o de vejez, cuyas mesadas corren el riesgo de extinguirse paulatinamente por el transcurrir del tiempo, y con ocasión de la inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

Así, la sanción prevista en el citado decreto 1213 para la prima de actualización, entre otros derechos y prestaciones, se agota al dejar pasar el primer periodo cuatrienal, porque al finalizar el mismo, el interesado pierde la totalidad de las sumas correspondientes a los años 1993-1995; y al contrario, si presenta una solicitud en tal sentido antes de la expiración del término, como ocurrió en este caso, es evidente que no puede volver a transcurrir en su contra un nuevo término sancionatorio de 4 años, cuando dichos valores ya fueron reclamados en tiempo, y no existe el riesgo de perder nuevas sumas que se causen hacia futuro, como si ocurre con las prestaciones periódicas."⁴

² El Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No.11423, Magistrada Ponente Clara Forrero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

³ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, M.P Carmen Amparo Ponce Delgado

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A MP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008). Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07)

En consecuencia, interpreta que la prescripción del derecho a la prima de actualización por parte del personal de las fuerzas militares y de policía en retiro, únicamente opera cuando se da el primer supuesto, es decir, cuando solicita tal derecho en sede gubernativa después de transcurridos (4) años contados a partir de la ejecutoria de las sentencias que declararon la nulidad de las expresiones "*que lo devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*" de los decretos antes mencionados.

En conclusión, con fundamento en el anterior criterio, este Tribunal ha venido reconociendo a los miembros en situación de retiro de la Fuerza Pública la prima de actualización prestación objeto del presente proceso; sin embargo, tal reconocimiento sólo se ha hecho a partir del 1 de enero de 1993 a 1995⁵; siempre y cuando se haya pedido en sede gubernativa antes de la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado que permitiera su reconocimiento al personal de retiro.

4.2. DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Es importante aclarar que una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización lo cual no ofrece duda alguna, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se presente respecto de la asignación de retiro.

Como se anotó, la prima de actualización es un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, no es procedente ordenar al tiempo que se pague la prima de actualización al personal en retiro que no la percibió durante los años 1993 a 1995, y que por otra lado, se reajuste la asignación de retiro por los mismos períodos con dicho factor. Sobre este último punto es oportuno precisar que la Sala mayoritaria de esta Corporación⁶ venía sosteniendo que la prima de actualización modifica la base pensional de la asignación de retiro, sin que pueda ser considerada tal decisión como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

En efecto, este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización incide en el valor de la base de la asignación de retiro y, por ende, debe constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que estuvo vigente dicha prestación), ordenando así realizar la respectiva

⁵ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B Sentencia de 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12) CP Gerardo Arenas Molsalve

⁶ La Ponente sostenía la posición contraria.

reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello había lugar.

Sin embargo, en relación a este tema el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁷ ha venido señalando:

"En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1° de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado.

En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico."⁸ (Subraya la Sala)

En sentencia de 5 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996. Consideró el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

"(...)"

En este aspecto³, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1885-12)

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C.P. Luis Vergara Quintero, Rad 13001233100020100088201(1197-2012)

³ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009; Rad.0084-2008 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

“(…)” (Resalta la Sala)

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

Resulta importante precisar que si bien la Sección Segunda no ha proferido una sentencia de unificación en tal sentido, lo cierto es que éste ha sido criterio reiterado de todas las subsecciones, por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la postura única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección Segunda del Consejo de Estado y en esa medida se constituye en referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste tanto de salario básico como de asignación de retiro con base en la prima de actualización.

Por lo expuesto, este Tribunal acogiendo el precedente jurisprudencial ya estudiado rectifica el criterio que venía adoptando respecto al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización y a partir de la fecha dirá que no es procedente acceder a dicha pretensión, dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación en aplicación del principio de oscilación de la escala

gradual porcentual.

5. MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Observa la Sala de decisión que en el presente caso se encuentran en el expediente las siguientes pruebas, que permitirán resolver de fondo la cuestión litigiosa:

1. Copia de la cedula de ciudadanía del señor Álvaro Pérez Muñoz. (fl. 11).
2. Certificación del último lugar geográfico donde prestó los servicios el señor Capitán de Corbeta Álvaro Pérez Muñoz (fl. 12).
3. Copia autentica de la Resolución 0123 del 21 de febrero de 1977, que concedió la asignación de retiro al demandante (fl. 13 y 14).
4. Copia de la sentencia de fecha 04 de diciembre de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se reconoce al demandante el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización. (fl. 15 al 28).
5. Copia de la Resolución 3750 de agosto 12 de 2002 que da cumplimiento a la sentencia de fecha 04 de diciembre de 2001 (fl. 29 al 32).
6. Reclamación administrativa presentada a la entidad demandada con constancia de radicación de fecha 14 de marzo de 2008 (fl. 33 al 35).
7. Oficio CREMIL 14642, consecutivo 12189, del 14 de abril del 2008 donde se niega la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro. (fl 36).
8. Solicitud de conciliación extrajudicial con fecha de radicación 10 de agosto de 2009 (fl. 37 a 38).
9. Acta de solicitud extrajudicial de conciliación #0725-2009, adelantada ante la Procuraduría 22 ante los Juzgados Administrativos de Bolívar, de fecha 09 de septiembre de 2009 (fl. 39 a 40).

6. ANÁLISIS DEL CASO

En el caso presente teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario y el marco jurídico y jurisprudencial antes estudiado, esta Sala debe precisar que la prima de actualización tuvo un carácter temporal, y en consecuencia esta no puede tomarse como base para variar la asignación de retiro por los años subsiguientes como se pretende en el presente asunto; toda vez que se estaría variando la forma que previó la

ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, que se rigen por las reglas establecidas en el Decreto 107 de 1996 y por el principio de oscilación.

La pluricitada prima, fue creada como un beneficio de carácter temporal, como se dijo anteriormente y cuyo fin primordial era nivelar periódicamente los sueldos de los miembros de las Fuerzas Militares hasta que se expidiera, por parte del Gobierno Nacional, la escala gradual porcentual, mediante la cual, se hiciera de manera definitiva dicha nivelación.

En el caso particular cabe resaltar que al actor le fue reconocida la prima de actualización mediante sentencia del 4 de diciembre de 2001, proferida por este Tribunal, en la cual le fueron concedidos los derechos que por ley le correspondían en lo referente a la mencionada prima.

Todo esto teniendo en cuenta que al actor le fue reconocida la asignación de retiro en el año de 1977 mediante Resolución 0123 del 21 de febrero de ese mismo año y que posteriormente teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado le fue reconocida y reajustada la mencionada prima.

En ese orden de ideas, de conformidad con el precedente jurisprudencial adoptado por este Tribunal, se reitera que no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

Así las cosas, la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de la liquidación de la asignación básica o de retiro, tal y como lo ha venido reconociendo la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, atendiendo al hecho de que este valor quedó incorporado cuando se implementó la escala gradual porcentual, la cual se aplica tanto activos como retirados, en virtud del principio de oscilación.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

6. DE LA CONDENA EN COSTAS.

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A "el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil". En el sub lite no se evidencia en la actitud de las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

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

IV. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha primero (01) de diciembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Decimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Álvaro Pérez Muñoz contra la Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares por la razones expuestas en esta providencia.


SEGUNDO: Sin costas.


TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0125
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: KETTY MILEDYS LAPEIRA DOMINGUEZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2012-00004-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISIETE (17) DE ENERO DE 2014

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

1898
SC



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C. diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014)

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-004-2012-00004-01
Clase de proceso : Reparación Directa
Demandante : Ketty Miledys Lapeira Domínguez
Demandado : Nación – Ministerio del Interior y de Justicia y Otros.

TEMA: Desplazamiento Forzado – Ayudas Humanitarias- Reparación

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 30 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora KETTY MILADYS LAPEIRA DOMÍNGUEZ, por conducto de apoderado judicial presentó demanda de reparación directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR y JUSTICIA- AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL – ACCIÓN SOCIAL – HOY DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare que LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR y DE JUSTICIA, ACCIÓN SOCIAL Y/O UNIDAD TERRITORIAL DE BOLÍVAR y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL y LA

COOPERACIÓN INTERNACIONAL; son responsables administrativamente de los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo a los hechos o desplazamiento del actor donde perdió todos sus bienes materiales.

Segunda: Que se condene a las demandadas como reparación del Daño ocasionado por la pérdida de todos sus bienes, a pagar a la actora los perjuicios del orden material y moral, subjetivados y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de \$252.664.944,00, conforme a lo probado dentro del proceso, la suma anterior la demandada se obligó a pagar y restituir los daños a mi mandante conforme a la Ley 387/1997 y demás decretos reglamentarios, haciéndose acreedor de las siguientes ayudas humanitarias, así:

- A. - Que se condene a las demandadas a pagar a favor de la actora, por concepto de la pérdida de sus bienes materiales, un negocio de aguacate, animales como gallinas, cerdos y patos; le destruyeron cuatro viviendas y todos los enseres, para un promedio en pérdida de \$119.500.000.00.
- B. Que se condene a las demandadas a pagar a la demandante por concepto de asistencia alimentaria y elementos de aseo personal la suma de \$62.629.344.00, equivalente a los daños materiales.
- C. Que se condene a las accionadas por concepto de utensilios de cocina y elementos de alojamiento, la suma de \$257.500.00
- D. Que se condene por concepto transporte, la suma de \$257.000; por concepto de estabilización socioeconómica o proyecto productivo la suma de \$40.000.000.00; por concepto de vivienda la suma de \$30.000.000.00.

Tercera: Que se actualice la condena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos que sustentan la demanda en el siguiente orden:

- 1) Narra la demanda, que la actora es oriunda del corregimiento del Municipio de San Pablo – Bolívar, lugar donde ocurrieron los hechos de violencia, que la llevaron a desplazarse con toda la familia desde el año de 1999; toda vez que sufrió daños y perjuicios en todos sus bienes materiales, debido que ésta dependía económicamente de la agricultura y/o comerciante: así mismo señala, que en la actualidad se encuentra sin empleo y madre cabeza de hogar.
- 2) Que por razones de la violencia fue forzada a desplazarse a esta ciudad, siendo inscrita en el "Sistema Único de Registro – SUR", para obtener la ayuda humanitaria prevista en la Ley 387 de 1997, la cual sin embargo no le ha sido

otorgada, por lo que considera que se le han vulnerado sus derechos adquiridos por ley.

- 3) Afirma, que con ocasión del desplazamiento, la actora tiene derecho a recibir ayuda humanitaria y una indemnización correspondiente a perjuicios materiales, representada en el \$119.500.000.00 más el perjuicio moral en la suma de \$40.000.000.00

DEFENSA

- **Por parte del Ministerio del Interior y de Justicia**

Presentó de manera extemporánea su escrito de contestación de demanda.

- **Por parte de Acción Social- hoy Departamento para la Prosperidad Social**

Guardó silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia adiada 30 de mayo de 2012, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes términos:

Consideró la Juez *a quo*, que en el presente proceso se encontró demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por las dos entidades accionadas, toda vez que quedó establecido en el plenario que conforme a sus funciones, no dieron lugar a la producción del daño consistente en el desplazamiento forzado aducido por el accionante, pues no se encuentra dentro de estas la obligación de brindar seguridad y protección a los ciudadanos, y por ende impedir el desplazamiento forzoso de estos debido a los ataques de los grupos armados del país.

Señaló, que al Ministerio del Interior le corresponde la formulación de la política pública del sector administrativo del interior, dirigir y promover las políticas tendientes a la prevención de factores que atenten contra el orden público interno y también promover, y apoyar la generación de infraestructura para la seguridad, pero no su ejecución.

En cuanto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, adujo la Juez que tampoco se encuentra legitimada por la pasiva conforme a los hechos que se le imputan en la demanda, por las mismas razones anotadas para el Ministerio, en cuanto a su responsabilidad de brindar seguridad al demandante o la omisión de poner en movimiento todos los medios puestos a su disposición para evitar el hecho dañoso, esto es el desplazamiento, ya que su intervención se produce con posterioridad, a fin

de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia y apoyar el retorno y la consolidación y estabilización socioeconómica de quien ha sido víctima de la violencia.

Finalmente aduce que dentro del proceso no obra prueba que evidencia que el demandante haya puesto en conocimiento la situación de amenaza del desplazamiento a estas u otras autoridades, a fin de evitarlo y en consecuencia imputar responsabilidad omisión.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Adjunto Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, y expresó su inconformidad con el fallo manifestando que no está solicitando, en forma alguna, responsabilidad de las entidades demandadas por el desplazamiento de que fue objeto la actora, sino que la responsabilidad se deriva del actuar omiso de las mismas, con relación a la pérdida de bienes y la entrega de la ayudas humanitarias que se vienen reclamando con la demanda.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 26 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 172).

El 25 de enero de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl. 174). En este caso ninguna de las partes presentó escrito de alegaciones.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Adjunto Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Caducidad

Advierte la Sala que dos son los hechos dañosos invocados por la parte demandante, por un lado, lo que tiene que ver con el desplazamiento forzado del que fue víctima en el año 1999, que determinó para ella la pérdida de sus bienes materiales y; un segundo hecho, que se concreta en la omisión de las autoridades demandadas en la entrega de las ayudas humanitarias previstas en la Ley 387 de 1997.

En ese orden de ideas, debe la Sala definir si el fenómeno jurídico de la caducidad se ha configurado, o no, en este caso, en relación con los dos hechos dañosos que se han referenciado.

2.1. De la caducidad de la acción por el desplazamiento forzado.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta la orden que viene impartida por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, en cuanto dispone en su parte resolutive:

“VIGÉSIMO CUARTO.- DETERMINAR que para efectos de la caducidad de futuros procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.”

Pues bien, para lograr la comprensión de la orden impartida por la corte Constitucional, es necesario acudir a la sentencia T-299/09, a la que se refiere dicha Corporación mediante sentencia de unificación que se cita, en torno al derecho de la población desplazada a ser beneficiaria de una reparación integral, donde se lee:

“3.5. Los derechos de los desplazados y el derecho a la verdad la justicia y la reparación.

3.5.1. La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia tiene, conforme lo señaló la Corte en la Sentencia la Corte en la Sentencia T-025 de 2004^[13],: i) derecho a ser incluido en el Registro Único de Población Desplazada bien individualmente o con su núcleo familiar, ii) derecho a que se reconozca su condición de sujeto de especial protección, iii) derecho a recibir ayuda humanitaria que comprende, como mínimo, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c) vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales, iv) derecho a que se les proporcione una certificación o documento que los acredite como inscritos en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud, v) derecho al retorno a su lugar de origen en condiciones de seguridad, sin que se les pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional, vi) derecho a que se establezcan, con su participación, las circunstancias de su situación personal y familiar para determinar, cómo pueden trabajar con miras a generar ingresos que le permita vivir en forma digna y autónoma, vii) derecho de los menores de 15 años, a acceder a un cupo en un

establecimiento educativo, y, viii) derecho a la verdad la justicia y la reparación como víctimas de un delito.

3.5.2. El derecho a la verdad exige que dentro del proceso penal se establezcan claramente las circunstancias del desplazamiento y de los otros delitos de que hubiese sido víctima el desplazado, autores y partícipes, al igual que la posibilidad de que la víctima participe dentro del proceso. El derecho a la justicia incluye la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la eficiente actividad estatal para evitar que los hechos queden en la impunidad. El derecho a la reparación conlleva, una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente.

3.5.3. Los demandantes tendrían por tanto el derecho a que se establezcan las condiciones que generaron su desplazamiento y los autores y de haber sido víctimas no solo de ese delito sino de otros, y en esos casos también tendrían derecho a que se revele la verdad, se castiguen los autores, y a obtener una reparación judicial o administrativa.”

De acuerdo con lo anterior, aún cuando se dirá que la caducidad de la acción en este caso no será tomada en cuenta como presupuesto procesal, estima la Sala Especial de Descongestión que es necesario precisar que tal determinación se acoge, no solo por tratarse de una determinación adoptada por la Corte Constitucional con miras a efectivizar la protección reforzada de la que ya se ha revestido a la población desplazada, sino también porque ello responde a los criterios de integralidad normativa contenidos en los arts. 93 y 94 de la Carta Superior¹, que remiten a los tratados y convenios internacionales que conforman el llamado Bloque de Constitucionalidad, así como a los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas y la protección especial que también cabe respecto de los derechos y garantías que aún cuando no se encuentren enlistados en la Carta superior o en los convenios internacionales, son inherentes a la persona humana.

2.2. De la caducidad de la acción por la no entrega de ayudas humanitarias.

Sea lo primero decir que, como se vio en el acápite anterior, la regla de caducidad de la acción, en materia de reparación directa, no se agota en su contenido literal, sino que

¹ **ARTICULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él

ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos

queda abierta para su integración normativa de acuerdo con las reglas de los artículos 93 y 94 Superior, cuando se tienen en cuenta los especiales eventos y las precisas circunstancias en que ocurrieron los hechos determinantes del daño.

En punto a la caducidad de la acción, *por la no entrega de las ayudas humanitarias en forma oportuna a la población desplazada*, esta Sala analizará la ocurrencia de dicho fenómeno no desde el punto de vista de la omisión en la que incurrió el Estado, porque en ese evento la caducidad de la acción se iniciaría a partir del momento en que la entidad demandada incurrió en omisión, entendida dicha omisión como conducta única e instantánea; sino que se dirá que dicho fenómeno encuentra como extremo temporal inicial el momento a partir del cual se inició la distribución de las mencionadas ayudas, analizado ello desde la óptica del retardo o inactividad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En efecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha construido una línea jurisprudencial en torno a la omisión en la actividad estatal como hecho configurativo del daño que da lugar a reclamar la responsabilidad del Estado a la luz de las previsiones contenidas en el Art. 90 de la Carta Superior, de manera que el cómputo del término de caducidad de la acción según las reglas del numeral 8º del Art. 136 del C.C.A., debe iniciar a partir del día siguiente a aquel en que *ha tenido lugar dicha omisión*, y feneca de manera perentoria en el último día de los dos (2) años siguientes atendiendo el carácter objetivo e improrrogable del término de caducidad de la acción.²

No obstante, dicha posición se ha ido moderando para reconocer la existencia de circunstancias que siendo dañosas, no pueden ser confundidas con el daño antijurídico propiamente dicho, como resultan serlo las consecuencias del daño cuando estas se prolongan o se extienden en el tiempo; porque en tales casos, ha dicho el Consejo de Estado³, la caducidad corre de manera autónoma e independiente a partir de la ocurrencia del daño, y no de la extensión en el tiempo de sus efectos nocivos.

Conforme con las anteriores posturas, forzoso resultaría concluir que en el caso que ahora se estudia, se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, como quiera que en este caso se alega que el Estado incurrió en omisión frente a la demandante, cuando no le hizo entrega de las ayudas humanitarias en el momento en que anunció haber sido desplazada de manera forzada de su lugar de habitación.

Sin embargo, en este caso encuentra la Sala que no se trata de una *omisión del Estado* sino de una prolongada *inactividad estatal*, un *retardo institucional* frente a las necesidades de la población desplazada al interior del territorio colombiano, lo que fue resaltado por la Corte Constitucional al declarar el *estado de cosas inconstitucional* a

² CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010) Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01(19089)

³ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109)

través de la sentencia T-025/04⁴; inactividad o retardo que eventualmente se configura como causante del daño antijurídico del que derivaría la responsabilidad estatal y cuya cesación determina el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción, pues es en ese momento cuando cesa la causación del daño.

Atendiendo tales parámetros, debe entonces afirmarse que el daño que se le endilga a la Administración cesa en su causación, precisamente cuando el Estado entra en acción para dar cumplimiento a la obligación que le viene impuesta por mandato legal, y es a partir de ese momento cuando inicia el cómputo del término de caducidad de la acción.

Problema jurídico.

Deberá la Sala determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) son responsables a título de falla del servicio por los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento forzado de la parte actora, hecho en el que perdió todos sus bienes materiales; así como la falla del servicio o de la administración en la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, ordenadas por la ley con destino a la población desplazada.

Como problemas jurídicos asociados habrá de estudiarse:

- i) Si como requisito de prosperidad de las pretensiones referidas al daño causado por el desplazamiento forzado, se debe establecer cuál fue el hecho violento que lo determinó, para a partir de allí establecer la responsabilidad estatal;
- ii) ¿Cómo se demuestra la condición de persona desplazada?
- iii) ¿Qué perjuicios deben repararse por el Estado por la ocurrencia del desplazamiento forzoso?
- iv) ¿Qué perjuicios deben repararse con ocasión de la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada?

⁴ ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

Tesis de la Sala

Debe decirse, que esta Corporación mediante providencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013⁵, expuso su criterio en relación con este tema, tomando como punto de partida la sentencia SU-254/13 proferida por la Corte Constitucional, reforzada con los lineamientos jurisprudenciales que vienen dados por el Consejo de Estado en materia de reparación del daño antijurídico causado a la población desplazada; y arribó a las siguientes conclusiones:

- 1. La inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es prueba de la condición de persona desplazada, a menos que se demuestre en juicio lo contrario.*
- 2. La responsabilidad del Estado ante el daño causado por el desplazamiento forzado, debe analizarse frente al hecho particular de violencia que lo determinó.*
- 3. El daño moral se presume en los eventos en que ha tenido ocurrencia el desplazamiento forzoso.*
- 4. El daño material reclamado por la ocurrencia del desplazamiento forzado, debe ser plenamente demostrado por el demandante en el marco del proceso judicial en el que se debate la responsabilidad estatal.*
- 5. La inactividad o retardo del Estado en la entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, se configura como un daño antijurídico que agrava las condiciones de vulnerabilidad de ese grupo poblacional, aun cuando dicha obligación no tenga un componente de carga legal, sino que se soporta en el principio de solidaridad.*
- 6. La no entrega oportuna de ayudas dirigidas a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, no se configura como un daño antijurídico al soportarse en el principio de solidaridad y no ser el Estado el único titular de dicha obligación.*

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la Sala los acogerá en su integridad, bajo los argumentos que a continuación se exponen.

- De la responsabilidad extracontractual del Estado

La acción promovida por la actora es la de reparación directa, cuya fuente constitucional se encuentra en el artículo 90 Superior⁶, desarrollado legalmente por el Código Contencioso Administrativo y cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con motivo de la causación de un daño antijurídico.

⁵ Tribunal Administrativo de Bolívar, sentencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013. Exp. 13001-33-31-504-2010-00287-00 Ponencia de la Dra. Lúgía del Carmen Ramírez Castaño.

⁶ "ARTICULO 90 El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas

ART. 86 CCA—Modificado L.445/96, art 31. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa ."

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos⁷:

A. **El Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.

B. **El Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

C. **El Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

- ***De la responsabilidad del Estado en la ocurrencia del desplazamiento forzado y en la entrega de ayudas humanitarias.***

Como se anotó en la parte precedente de esta providencia, la Sala tomará como referente constitucional y jurisprudencial la Sentencia SU-254/13 de la Corte Constitucional, en la medida en que la misma se ocupa de analizar lo referente al daño causado a la población sometida a desplazamiento forzado, la categorización de la conducta delictiva que dio ocurrencia al desplazamiento como un delito de lesa humanidad, los alcances de la reparación judicial y la indemnización administrativa a que tiene derecho la población desplazada, teniendo como punto de partida la Ley 398 de 1997 hasta llegar a la Ley 1448 de 2011, valorando en extenso las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado, y fijó, además, los efectos *inter communis* que dicha decisión abarca.

- ***Del desplazamiento forzado.***

Acerca de la configuración y magnitud de este fenómeno social y partiendo de las dimensiones del daño por éste causado, la Corte Constitucional en la sentencia de la cual partimos nuestro estudio, declaró lo siguiente: *(i)...el estado de cosas inconstitucional en relación con la vulneración masiva, continua, sistemática del desplazamiento forzado; (ii) la obligación y responsabilidad del Estado en materia de prevención y de atención integral desde la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización socioeconómica y la reparación integral a las víctimas; (ii) ha evidenciado las carencias y falencias por parte de la respuesta estatal e institucional en relación con la prevención y atención integral del desplazamiento y ha adoptado medidas que fijan parámetros constitucionales mínimos para la superación de dichas falencias y del estado de cosas inconstitucional, para el logro del goce efectivo de los derechos de*

⁷ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación

esta población; y (iii) ha insistido en que el proceso de restablecimiento y de reparación integral a las víctimas de desplazamiento forzado es una cuestión de justicia restaurativa y distributiva y no puede tener un carácter asistencialista.

- Del título de imputación en la responsabilidad del Estado

En cuanto se refiere al título con base en el cual se hace la imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, por la ocurrencia del fenómeno del desplazamiento forzado en el territorio nacional, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que la condición de desplazado la tiene "... *quien se vea obligado a migrar internamente en las circunstancias y por los motivos señalados en la ley, porque, se reitera, ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica*".⁸

Para esa Corporación, es claro que ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica que se adquiere con la inscripción en una lista oficial o por el hecho de recibir atención humanitaria estatal⁹.

Por lo que ha dicho además, que se justifica el trato preferencial que se debe otorgar a la población desplazada como causa del conflicto interno, lo cual es una situación excepcional que permite al juez interpretando la cláusula social de nuestro Estado Social de Derecho, proteger su situación de indefensión a la que se ve sometido por motivos ajenos a su querer.¹⁰

Por otro lado, en relación con las víctimas del desplazamiento como víctimas de un delito, la jurisprudencia también ha reconocido que "*Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento y, por lo tanto, tiene derecho a conocer la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueron causados.*"¹¹

En lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado por acción o por omisión ante hechos de desplazamiento forzado, y su obligación de atender y reparar a las víctimas una vez ocurrido el desplazamiento forzado, se ha considerado que al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, en razón a que las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados, pero si éste no es capaz de impedir que sus asociados sean expulsados de sus lugares de origen, tiene al menos que garantizarles la atención necesaria para reconstruir sus vidas.¹² Por consiguiente, omitir el cumplimiento de esas funciones no

⁸ Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3 Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006)

⁹ Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3 Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006) Caso del desplazamiento de la Gabarra

¹⁰ Sentencia 279-01 AC de 2001 S3 Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2.001).

¹¹ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú. Esto fue reiterado en la Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Fila Gnaga

¹² Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación.¹³

Ahora, respecto a la acreditación de la responsabilidad del Estado por omisión, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos: "(...) a) *la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño.*"¹⁴

En este mismo sentido, reiteró el Consejo de Estado en otra oportunidad, que en relación con la responsabilidad del Estado por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad.¹⁵

- De la reparación del daño causado por el desplazamiento forzoso.

En cuanto a la forma de reparar el daño antijurídico causado a la población desplazada, partiendo de la base de que el Estado ha incurrido en una falla del servicio, que en cada caso debe ser analizada en concreto, en la misma sentencia de unificación que por vía de revisión ha proferido la Corte Constitucional, con soporte en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, sostuvo que *"una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio."*¹⁶

En lo que tiene que ver con los daños materiales y morales que ocasionan el desplazamiento forzado, la Corte también adujo que: *"[n]o es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los*

¹³ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

¹⁴ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

¹⁵ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

¹⁶ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3

*derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional*¹⁷

Por su parte, el Consejo de Estado en otra ocasión accedió también al reconocimiento de la indemnización por daño moral, por *“el dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural.”*¹⁸

Finalmente, en cuanto al tema de la indemnización, el Consejo de Estado consideró que la misma tiene como causa la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, por la causación de un daño antijurídico que le es imputable de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política; y que de la misma, no se descontará el valor de los bienes que hubieren recibido por parte del Estado durante el desplazamiento porque tales bienes le son entregados a las víctimas de los delitos no a título de indemnización sino en desarrollo del principio de solidaridad.¹⁹

- De la prueba del desplazamiento forzoso

En lo que se refiere a la prueba de la condición de persona o población sometida a desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional en la sentencia que se comenta, precisó:

“(iii) En relación con la condición de desplazado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha condición se adquiere y se constituye a partir de un presupuesto fáctico, que es el hecho mismo del desplazamiento forzado, hecho que es el requisito constitutivo de esta condición y en consecuencia, de la calidad de víctima de desplazamiento forzado. Por tanto, la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, que la actual Ley 1448 de 2011 prevé sea el soporte para el “Registro Único de Víctimas”, de conformidad con el artículo 154 de esa normativa, es un requisito meramente declarativo y no constitutivo de la condición de víctima, en donde, a través de un trámite de carácter administrativo, se declara la condición de desplazado, a efectos de que las víctimas de este delito puedan acceder a los beneficios legales y a los diferentes mecanismos de protección de derechos, con carácter específico, prevalente y diferencial, para dicha población.

¹⁷ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

¹⁸ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Fito Gungo, zona del Catatumbo.

¹⁹ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

(...) No obstante, cabe advertir que si por algún hecho sobreviniente se encuentra y establece que uno de los actores no ostenta la calidad de víctima de desplazamiento forzado, éste no será beneficiario de las medidas que se adopten en la presente decisión."

De acuerdo con los anteriores argumentos, ha de decirse entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación de falla en el servicio, por la ocurrencia misma del hecho del desplazamiento forzado en la medida en que ha venido a establecerse que la Administración siempre pudo haber evitado la causación del hecho o, por lo menos, haber minimizado los efectos dañinos del mismo, responsabilidad que deriva del contenido obligacional que la Constitución y la ley imponen al Estado de preservar y proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

- De la responsabilidad del Estado en la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.

De los apartes ya transcritos de la sentencia SU-254 de 2013, se destaca que la Corte Constitucional no encuentra que el daño causado por la no entrega de ayudas humanitarias se torne antijurídico, en la medida que tal obligación encuentra sustento en el principio de solidaridad de asistencia en casos de emergencia, y no en una disposición que conlleve tal obligación como carga impositiva para la Administración, de manera que no se configura la responsabilidad estatal en la forma como la contempla el Art. 90 Superior.

Sin embargo, como quiera que dicha consideración se expresa en la mencionada sentencia a título de *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, al no responder al problema jurídico que en dicha providencia se desata, la misma se apreciará por esta Sala a título de ilustración; pero, aún así, se abocará al estudio de la configuración del daño y su eventual imputación de responsabilidad al Estado, tomando como referente la sentencia C-278 de Abril 18 de 2007 a través de la cual esa misma Corporación efectuó el estudio de constitucionalidad de los artículos 15 y 18 de la Ley 387 de 1997.

Como ya se anunció al abordar el estudio de la caducidad de la acción frente a la reclamación de reparación por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, esta Sala de Decisión parte del principio del *retardo estatal*, de la *prolongada inactividad estatal*, y no de la *omisión estatal*, como elemento que configura el hecho dañoso en estos casos, tal como se explica a continuación.

a) Naturaleza de la obligación de entregar ayudas humanitarias de emergencia.

A través de la Ley 387 de 1997 se consagró como a cargo del Estado, la obligación de proveer ayudas humanitarias de emergencia a la población que resultara afectada por el desplazamiento forzado, una vez se produjera el mismo; obligación cuyo contenido

es definido por el Art. 15²⁰ de la Ley en cita como garantista, de socorro, de asistencia y protección para atender las necesidades básicas de este grupo poblacional, incluso mientras subsista la condición de emergencia.

Como ya se dijo en aparte anterior, a través de la sentencia T-025 de 2004 fue necesario que la Corte Constitucional declarara el *estado de cosas inconstitucional* de la población desplazada, para conminar al Estado a que diera cumplimiento a las previsiones de la Ley 387 de 1997 incluso las referidas a la entrega de ayudas humanitarias, y fue necesario que se hiciera el seguimiento de las *órdenes de ejecución compleja* impartidas, para lograr que finalmente se implementaran las políticas de atención preferencial a este grupo humano y se apropiaran los recursos dirigidos a cumplir tales políticas.

Ahora bien, al resolver sobre la exequibilidad de este articulado, a través de la sentencia C-278/07, la Corte Constitucional reafirma su extensa línea jurisprudencial de protección a la población desplazada, calificando el desplazamiento forzado como un problema de humanidad, como una verdadera tragedia nacional, un estado de emergencia social y un serio peligro para la estabilidad política del país. Se refiere a la inactividad del Estado como contraria a la racionalidad implícita en el constitucionalismo, al causar una *evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenida en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos*, contradicción que se hace patente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad que padecen los desplazados y la negación del Estado a cumplir el deber constitucional de prevenir las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

A más de lo anterior, aplicando el principio de interpretación por convencionalidad a que se refieren los arts. 93, 94 y 224 de la Carta Superior, la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante a los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos, pese a que tales principios no han sido aprobados mediante un tratado internacional, considerando que deben ser apreciados como parámetros en la creación normativa y la interpretación en

²⁰ ARTICULO 15. DE LA ATENCIÓN HUMANITARIA DE EMERGENCIA. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas.

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales.

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento.

PARAGRAFO <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible. Apartes tachados INEXEQUIBLES> A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables.

la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado.

Para resolver sobre la constitucionalidad del Art. 15 de la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional centra su atención en los Principios Rectores relativos a la asistencia humanitaria; y al hacer el análisis sobre lo que ha sido la respuesta institucional del Estado Colombiano, en especial en relación con las ayudas humanitarias, se expresa:

*"Al analizar el diseño de la atención humanitaria de emergencia, observó que **"hace énfasis en el factor temporal, resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada"** y anotó que **"el límite temporal de tres meses no responde a la realidad de la continuación de la vulneración de sus derechos, de tal forma que la prolongación en el tiempo de dicha prestación no depende de las condiciones objetivas de la necesidad de la población, sino del simple paso del tiempo"** (no está en negrilla en el texto original).*

*En cuanto al **grado de implementación** de la política de atención a la población desplazada, halló una **"insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones"**, pues varias de las instituciones comprometidas **"no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales"**, lo cual se evidencia en casi todos los componentes, incluyendo la atención humanitaria de emergencia, que **"se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos"**.*

*Por lo que hace al **cumplimiento y continuidad** de la política de atención al desplazamiento forzado, la Corte señaló que aun cuando no se es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas, por no contarse con mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades implicadas, **"las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hace de manera discontinua y demorada"** y agregó que según esos informes **"no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención"**, problema que para la Corte está presente en casi todos los componentes de la política, incluida la atención humanitaria de emergencia, que **"puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente***

demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias”.

Por último, la Corte encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas, han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria de emergencia, donde halló que “los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación”.

De la misma manera, encontramos que el Art. 1º de la Ley 387 de 1997²¹, anterior al documento internacional que se ha referenciado, incluye algunos principios en materia de atención a la población desplazada, por lo que vemos entonces, que si bien la obligación de prestar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada se cimienta en un principio de humanidad y solidaridad que compromete a toda la sociedad, también tiene un componente legal y supralegal que radica en cabeza del Estado la primera obligación de asistencia en la **situación de emergencia** y mientras subsista la misma, como efectivización del deber de satisfacer los derechos mínimos a la subsistencia digna garantizados por los estándares nacionales e internacionales del Derecho Humanitario, como realización y observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho; y, también se consagra para este grupo poblacional la facultad de reclamar la efectividad de la ayuda humanitaria de emergencia, puesto que la norma se refiere a ella como un derecho que le asiste a la población desplazada a recibir y reclamar por ellas.

Ahora bien, el incumplimiento del Estado en su deber de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada, a más de ser un hecho notorio y por tanto no necesario de demostración, se hizo evidente con el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004 por medio de la cual se declara el estado de cosas inconstitucional para la población desplazada, que de acuerdo con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, se configuró por: (i) *la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;* (ii) *la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;* (iii) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;* (iii) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o*

²¹ ARTICULO 2o DE LOS PRINCIPIOS <Artículo CONDICIONALMENTE exigible> La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios

1o Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.

2o El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente.

3o El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física

4o La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar.

5o El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación

6o El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen.

7o Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente

8o El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.

9o Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social.

presupuestas necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

De acuerdo con lo antes expuesto, para esta Sala de Decisión es incuestionable que la población desplazada fue obligada, por la prolongada inactividad del Estado, a permanecer en condición de emergencia de manera indefinida, a soportar sin justificación alguna la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales mínimos y relacionados con la subsistencia digna, fue forzada a reclamar sus derechos por vía de acción de tutela, ante la actitud impasible de la Administración que se escudaba en la falta de los recursos económicos necesarios para atender las penurias de este grupo poblacional.

Todo lo anterior se configura, según el criterio de esta Colegiatura, en un daño antijurídico causado por el Estado, que debe ser reparado, como quiera que la población desplazada debió ser atendida en forma prioritaria y/o preferente para obviar su condición de emergencia; de manera que se acredita así la existencia del daño sufrido por la población desplazada y, la antijuridicidad de tal daño determinado por la inactividad estatal al no hacer entrega oportuna de las ayudas humanitarias de emergencia, como lo exige el Art. 90 Superior. Lo anterior, encuentra además respaldo en la sentencia No. 14721 de Junio 4 de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.²²

b) De las ayudas para la estabilidad socioeconómica

En relación con las ayudas que se deben prestar a través de la implementación de programas de estabilización socioeconómica, consistentes en la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001), **no encuentra** esta Sala de Decisión que ante su **no entrega se configure daño antijurídico alguno**, como quiera que esta obligación, que *prima facie* puede ser enmarcada como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto debe promover la prosperidad general de sus asociados, no está radicada únicamente en el Estado sino que a su atención concurren también organismos humanitarios nacionales e internacionales, a más de la sociedad en general, aún cuando le corresponda al Estado implementar los programas que serán los canales para la adecuada distribución de tales prestaciones asistenciales, sin olvidar que en estos casos debe el Estado contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

²² CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721)

c) De los perjuicios materiales

Ahora bien, respecto de la forma cómo se ha de reparar el daño antijurídico así causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, esta Sala advierte la imposibilidad de derivar un daño material por dicho concepto, como quiera que el concepto mismo de *ayuda humanitaria* reprime la eventualidad de obtener un lucro de tales ayudas, precisamente por su carácter humanitario y su componente de solidaridad, aunque no se desconoce por la Sala que el recibo a tiempo de la ayuda humanitaria de emergencia habría significado para la población desplazada el alivio a necesidades básicas que podían ser traducidas en un componente pecuniario, más no patrimonial, es decir, tales ayudas no pueden ser consideradas – en ningún caso – como factor de acrecentamiento del patrimonio o peculio personal de los individuos que integran el grupo de población desplazadas.

A más de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado en claro que no es posible efectuar el pago retroactivo de las ayudas humanitarias, como quiera que su no pago o entrega oportuna no se torna en un crédito.²³

Con base en lo anterior se dirá, entonces, que **no hay lugar a reconocer perjuicio material alguno por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, al no tener ellas un componente patrimonial o crediticio.**

d) De los perjuicios morales

En este punto, advierte la Sala que el perjuicio moral causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, encuentra su razón de ser en la forma como el Estado agravó la condición de sufrimiento y aflicción de ese grupo social, circunstancia que para esta Colegiatura no requiere demostración si se toma como referente lo tantas veces dicho por la Corte Constitucional frente a las condiciones de desprotección, vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra este grupo poblacional.

En ese orden de ideas, para la tasación del perjuicio moral, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta factores objetivos que permitan determinar la intensidad del mismo, a efectos de proceder a su reconocimiento acorde con los principios que informan la regla *arbitrio iuris*

Caso Concreto.

Aterrizando al caso bajo estudio, encuentra la Sala que la actora afirma que la NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, son responsables

²³ Así lo dejó ratificado en la sentencia T-840 de 2009, citando la sentencia T-600 de 2009

administrativa y patrimonialmente por los daños, perjuicios materiales y morales causados, en primer lugar por el desplazamiento al que fue sometida donde perdió todos sus bienes materiales, y en segundo lugar, por la omisión de las demandadas en otorgar las ayudas humanitarias a que estaban obligados a entregar conforme a lo estatuido en la Ley 387 de 1997.

De acuerdo con los parámetros anteriores, la Sala para efectos de determinar si le asiste razón a la demandante, encuentra pertinente en primer lugar verificar la condición de desplazada de esta persona; pues en caso contrario, a falta de este requisito, no tiene sentido estudiar los demás elementos circunstanciales que conlleven a una indemnización por parte de las entidades demandadas. Veamos:

-Prueba de la condición de persona desplazada.

Atendiendo las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, contenidas en el Art. 177 del C.P.C., al que se llega en virtud del expreso principio de remisión previsto en el Art. 267 del C.C.A., le corresponde en este caso a la demandante acreditar que se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada, actualmente Registro Único de Víctimas, para a partir de dicha probanza permitir el estudio de sus pretensiones.

En este caso, dicha prueba no fue arrimada al plenario y tampoco fue solicitada por la actora como prueba a su favor, lo que sería suficiente para denegar las súplicas de la demanda; no obstante, se advierte que el apoderado de la parte actora al presentar y sustentar el recurso de apelación en primera instancia, allegó respuesta del derecho de petición presentado ante el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes AGENCIA PRESIDENCIA PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL "ACCIÓN SOCIAL"), que dicho sea, se le dará valor probatorio atendiendo la condición especial de desplazado que tiene la actora y además porque a lo largo de toda la actuación judicial ésta ha afirmado su carácter de desplazada, sin que haya sido desvirtuada por la parte demandada. Por consiguiente, al revisar el documento de referencia constata esta judicatura que la actora se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada – RUPD desde el 31 de mayo de 2001, lo que sin lugar a dudas demuestra la condición de persona desplazada.

-Caducidad de la acción por ocasión del desplazamiento forzado de la actora.

Atendiendo lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia SU-254 de 2013, no hay lugar a efectuar el estudio de la caducidad de la acción por la ocurrencia del desplazamiento forzado.

-Del daño causado por el hecho mismo del desplazamiento forzado.

Se afirma en la demanda que la señora KETTY MILEDYS LAPEIRA DOMÍNGUEZ fue desplazada de su domicilio de origen, ubicado en el Corregimiento del Municipio de San Pablo (Bolívar), pero nada informa acerca del hecho de violencia que determinó su movilización forzosa, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a las demandadas por esta circunstancia, lo que determina que se denieguen las pretensiones que se han formulado en la demanda derivadas del hecho mismo del desplazamiento forzoso, lo que se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Conclusiones.

En el presente caso, se tiene que si bien la actora afirma ser desplazada desde el año 1999, solo hasta el día 25 de febrero de 2000²⁴ presentó la declaración ante la Agencia Presidencial para la Acción y la Cooperación Internacional en tal calidad, de la cual resultó inscrita hasta el día 03 de mayo de 2001²⁵; y la entrega de ayudas se dio por primera vez el 28 de octubre de 2009, por lo que habiendo transcurrido desde esta fecha hasta la presentación de la demanda (13 de enero de 2012) más de dos años, se concluye que respecto de esta pretensión ha operado el fenómeno jurídico de caducidad de la acción.

De otro lado, la Sala no condenará en costas de acuerdo con las previsiones del artículo 151 del C.C.A.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia de fecha treinta (30) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, la cual quedará así:

1. **NIEGANSE** las pretensiones de la señora KETTY MILADYS LAPEIRA DOMÍNGUEZ relacionadas con el daño que afirma le fue causado por las demandadas, por el desplazamiento forzoso al que fue sometida en el año 1999, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

²⁴ Ver folio 166

²⁵ Ver folio 163 y ss

2. **DECLARASE** de oficio la caducidad de la acción en relación con la entrega de las ayudas humanitarias y en consecuencia se deniegan las pretensiones de la demanda.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

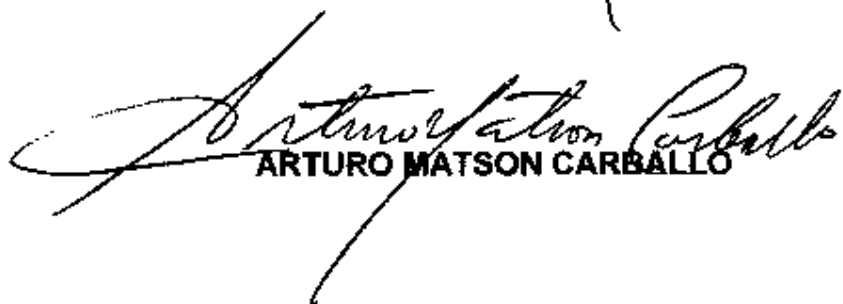
SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMÍTASE EL EXPEDIENTE** al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

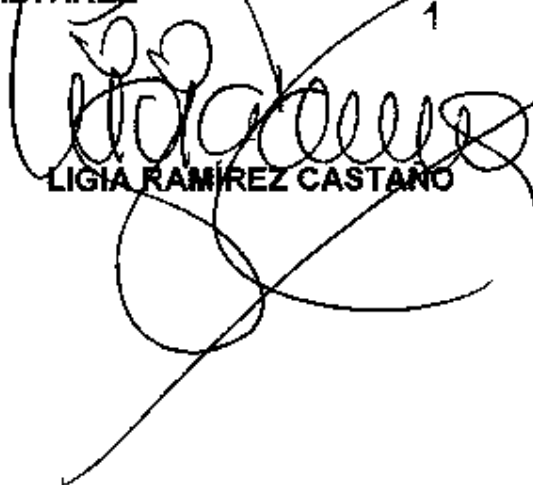
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0126
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: VICTOR MANUEL ROA JIMENEZ
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2006-00924-01
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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-23-31-003-2006-00924-01
Demandante : VÍCTOR MANUEL ROA JIMÉNEZ
Demandado : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema : PRIMA DE ACTUALIZACIÓN

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales

1. Que se declare nulo el Oficio Cremil No.32144 de 14 de Julio de 2005, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), el cual niega el derecho al computo de la Prima de Actualización y el correspondiente reajuste de la Asignación de Retiro solicitado por el señor Mayor © Víctor Manuel Roa Jiménez.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reajuste de la asignación de retiro del Señor Mayor © Víctor Manuel Roa Jiménez, incorporando en su asignación básica los porcentajes establecidos en la prima de actualización de conformidad con la Ley 4 de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995 y a partir del 1 de Enero de 1992.

3. Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a cancelar en forma indexada dejadas de pagar y a las que tiene derecho como consecuencia del Reajuste de la

Asignación de Retiro a partir de 1 de Enero de 1992 y hasta la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta los aumentos legales anuales.

4. Que se haga la distinción entre el fenómeno de prescripción de mesadas y el derecho imprescriptible (objeto principal de esta demanda) a que se incluyan en la Asignación de Retiro del Señor Mayor ® Víctor Manuel Roa Jiménez, los porcentajes establecidos en los decretos reglamentarios de la Prima de Actualización; es decir que se ordene la reliquidación de la Asignación de Retiro, como consecuencia de los efectos permanentes que dejó la mencionada prima durante el tiempo que estuvo vigente.

5. Ordenar a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 176,177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

6. Que se condene en costas a la demandada.

1.2. HECHOS

Manifiesta el actor que hizo parte de la Armada Nacional pasando a uso de buen retiro el 1 de febrero de 1993, con el grado de Mayor según consta en la Resolución No. 025 de 14 de Enero de 1993, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y que actualmente disfruta de su derecho de asignación de retiro debidamente reconocida.

Aduce que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó el reconocimiento al computo de la Prima de Actualización y el correspondiente reajuste a la asignación de retiro que se causa como consecuencia lógica de los efectos permanentes que sobre la base prestacional dejó la mencionada Prima de Actualización durante el tiempo que estuvo vigente y agrega que solamente le cancelaron como simple bonificación, los porcentajes de dicha prima, pero no fueron incluidos en su factor de prestación.

Señala que no se han incorporado los porcentajes de Prima de Actualización de acuerdo con los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 a los cuales tenía derecho, por encontrarse inicialmente en servicio activo cuando se creó el mencionado emolumentos, puesto que en el fallo del Consejo de Estado se estableció que el personal tenía derecho a que se les computaran para la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales entre ellas la prima de actualización.

Agrega que como Cremil no ha efectuado el cómputo de la prima de actualización según lo establecido en los parágrafos de los artículos que la reglamentaron y tampoco ha aplicado los aumentos legales anuales que por Ley fueron decretados durante los años en los cuales vigencia la mencionada prima, razón por la cual debe ser reliquidada dado que aunque la prima de actualización fue temporal, sus efectos en la asignación de retiro son de carácter permanente pues constituyen parte integral de la misma.

Declara que como no se computó la prima en las mesadas como parte constitutiva de la asignación de retiro, tampoco se realizó el reajuste correspondiente a dicha asignación, dicho reajuste debió hacerse desde el 1 de Enero de 1992.

Indica que es falso lo consignado en el Oficio 32144 del 14 de Julio de 2005, puesto que los incrementos por prima de actualización nunca fueron incorporados a las asignaciones de retiro como lo ordenan los decretos reglamentarios, pues simplemente se cancelaron como simple bonificación sin carácter salarial, así las cosas es un hecho que la prima de actualización introdujo variaciones a la base prestacional creando un derecho que no caduca así exista el fenómeno de prescripción de mesadas por ello se reafirma que el objeto principal de esta demanda es el reconocimiento de tal derecho.

Se anota que la parte demandante dentro del término legal para ello, realizó adición de la demanda y de las prestaciones solicitando además del reajuste de la prima de actualización, la reliquidación de la misma.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Normas violadas:

Constitución Política : artículos 13 y 53
Ley 4 de 1992 : artículo 13
Decreto 335 de 1992 : artículo 15
Decreto 065 de 1994 : artículo 28
Decreto 133 de 1995 : artículo 29
Decreto Ley 1211 de 1990: artículo 169

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

Indica que existe una vulneración a lo dispuesto en la Constitución Política con respecto al derecho a la igualdad y al trabajo, puesto que se crea una discriminación en relación con el personal de servicio activo y los que ya se encuentran retirados y además con dicha decisión se le desconocen los derechos adquiridos al actor.

En cuanto a la violación de los decretos anteriormente enunciados se argumenta que el Consejo de Estado en sentencia del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, anuló las expresiones “ Que la devengue en servicio activo” y “Reconocimiento de” por lo que dichas expresiones que limitaban su aplicación única y exclusivamente a los miembros de la Fuerza Pública en actividad y a quienes la habían devengado en tal condición extendiéndose por lo tanto el derecho a los retirados con anterioridad al 1 de Enero de 1992 y a los retirados entre 1992 y 1995.

En cuanto a la Ley 4 de 1992, al negarse el reajuste pensional se contraría el espíritu que se consagra en el artículo 13 de la citada Ley establecida para nivelar salarios, asignaciones de retiro y pensiones en la Fuerza Pública.

2. LA DEFENSA

La entidad demanda contestó la demanda¹, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Como razones de defensa, manifestó que la prima de actualización reclamada había sido pagada de conformidad con los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995; a su vez señala que esta prima se fundamentó en la necesidad de nivelar los salarios de los miembros de la Fuerza Pública conforme al Plan Quinquenal de 1992-1996, que determinó un porcentaje mensual sobre la asignación básica de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fijando una vigencia hasta cuando se estableciera una escala salarial gradual porcentual única, siendo por ello evidente que una vez realizado el hecho dicho derecho se extinguía y así ocurrió puesto que la citada escala salarial fue establecida por los decretos 107 de 1996 y 122 de 1997.

Agrega que además existe falta de legitimidad en la causa por pasiva porque si bien es cierto el objeto de la entidad es reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de las Fuerzas Militares Oficiales y Suboficiales, también lo es que al momento de reconocer y pagar dicha prestación, tal obligación no correspondía, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sino al Ministerio de Defensa.

Igualmente propuso las excepciones de excepción de pago, indebida individualización del acto demandando y prescripción del derecho.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 26 de junio de 2012², denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"(...)

"En todas estas disposiciones se consagró que solo el personal que hubiere devengado la prima de actualización estando en servicio activo, tendría derecho a que se le computase para su asignación de retiro, igualmente, que la vigencia de la misma sería hasta que se consolidara la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado.

¹ Folio 164 a 177

² Folio 239 a 252

Por lo anterior, se concluye que los decretos que crearon la Prima de Actualización le imprimieron el carácter de temporal, subsistiendo la misma solo hasta la vigencia de los mismos.

(...)

De lo probado dentro del proceso se concluye, que el accionante devengó la prima de actualización en actividad y por consiguiente le fue tomada en cuenta como factor de liquidación en la Asignación de Retiro, devengándola hasta el mes de Diciembre de 1995, tal como queda constatado en el expediente, siendo que solo debía ser percibida hasta el año de 1995, fecha en la cual entró en vigencia el Decreto 107 del 15 de Enero de 1996, el cual consolidó la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992. Por tanto, a partir del 1º Enero de 1996, la Prima de Actualización se extinguió, lo que conlleva a que no es pertinente tampoco realizar el reajuste de la Asignación de Retiro del demandante en razón a la inclusión del factor de la Prima de Actualización, por ello se negarán las pretensiones de la demanda por carencia de derecho frente a la Ley. (...)"

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y hace las siguientes anotaciones:

Manifiesta la apoderada actora que no está solicitando el pago de la prima de actualización objeto de reclamación, si no el cómputo que consiste en que se varíe la base prestacional de la misma como factor a liquidar en la asignación de retiro del actor para así cumplir con la nivelación ordenada en la Ley 4' de 1992.

Señala igualmente que si bien es cierto existe el fenómeno de prescripción, éste no opera para el caso concreto, habida cuenta que se trata de prestaciones periódicas y que el gobierno al no incluir los valores correspondientes a este concepto en la Escala Gradual Porcentual, no efectuó nivelación alguna, por lo tanto incumplió abiertamente lo ordenado en la Ley 4ta de 1992.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Demandante:

No alegó

5.2. Demandado:

No alegó.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

No rindió concepto.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 22 de marzo de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 271).

El 10 de mayo de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 273).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 15 de julio de 2013 (folio 274).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

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

2. ACTOS ACUSADOS

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

- **Oficio CREMIL No. 32144 del 14 de julio de 2005**, por el cual se negó el computo de la Prima de Actualización y el correspondiente Reajuste de la Asignación de Retiro solicitado por el señor Mayor ® Víctor Manuel Roa Jiménez.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta el objeto del recurso, se deberá determinar si el accionante tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, con los valores correspondiente a la prima de actualización reconocida desde el 1 de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1995.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN

El artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 19, literal e), preceptúa que compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para “... fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”.

En ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4 de 1992, norma general que facultó al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos allí trazados, por ello, el artículo 13, dispuso:

“(...) el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo segundo.

Parágrafo: La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.”.

En desarrollo de este mandato constitucional y legal el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en sus artículos 15, 28, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización, *prima de actualización*, sobre la asignación básica devengada por oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Empero, los citados Decretos erigieron la prima de actualización sólo para el personal, en servicio activo, situación que posteriormente fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No.11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar, en primer lugar, que se violaba el derecho de igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, en segundo lugar, que se desconocía el mandato previsto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenaba establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Con fundamento en lo anterior, sólo a partir de la expedición de las sentencias precitadas y como consecuencia de los efectos *ex tunc* de las mismas, por una parte,

el personal en retiro quedó habilitado para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa la prima de actualización, toda vez que antes de la anulación de tales actos, éstos gozaban de la presunción de legalidad y, por lo tanto, no era posible obtener el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por otra parte, tal derecho para el personal de activo nació a la vida jurídica el 1° de enero de 1992.³

Aunado a lo anterior, sobre la oportunidad para reclamar el derecho la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia de 3 de septiembre de 2009⁴, acogió el criterio expuesto en sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 2008, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, según la cual:

"Como puede observarse, la conclusión a la que llegó la Sala es que la prima de actualización tiene un carácter transitorio y temporal y no de tracto sucesivo, por haberse agotado entre los años 1993-1995.

Y si tenemos que dicha prestación se causa en forma inmediata o concluyente, no podemos aplicarle válidamente lo preceptuado en el art. 113 del decreto 1213 de 1990 en cuanto a que la reclamación escrita interrumpe el término de prescripción pero por un lapso igual, pues tal hipótesis está claramente dirigida a las prestaciones que son periódicas, como por ejemplo, la pensión de jubilación o de vejez, cuyas mesadas corren el riesgo de extinguirse paulatinamente por el transcurrir del tiempo, y con ocasión de la inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

Así, la sanción prevista en el citado decreto 1213 para la prima de actualización, entre otros derechos y prestaciones, se agota al dejar pasar el primer periodo cuatrienal, porque al finalizar el mismo, el interesado pierde la totalidad de las sumas correspondientes a los años 1993-1995; y al contrario, si presenta una solicitud en tal sentido antes de la expiración del término, como ocurrió en este caso, es evidente que no puede volver a transcurrir en su contra un nuevo término sancionatorio de 4 años, cuando dichos valores ya fueron reclamados en tiempo, y no existe el riesgo de perder nuevas sumas que se causen hacia futuro, como si ocurre con las prestaciones periódicas."⁵

En consecuencia, interpreta que la prescripción del derecho a la prima de actualización por parte del personal de las fuerzas militares y de policía en retiro,

³ El Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No 11423, Magistrada Ponente Clara Forrero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente, también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública

⁴ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, M.P Carmen Amparo Ponce Delgado.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008). Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07)

únicamente opera cuando se da el primer supuesto, es decir, cuando solicita tal derecho en sede gubernativa después de transcurridos (4) años contados a partir de la ejecutoria de las sentencias que declararon la nulidad de las expresiones "*que lo devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*" de los decretos antes mencionados.

En conclusión, con fundamento en el anterior criterio, este Tribunal ha venido reconociendo a los miembros en situación de retiro de la Fuerza Pública la prima de actualización prestación objeto del presente proceso; sin embargo, tal reconocimiento sólo se ha hecho a partir del 1 de enero de 1993 a 1995⁶; siempre y cuando se haya pedido en sede gubernativa antes de la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado que permitiera su reconocimiento al personal de retiro.

4.2. DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Es importante aclarar que una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización lo cual no ofrece duda alguna, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se presente respecto de la asignación de retiro.

Como se anotó, la prima de actualización es un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, no es procedente ordenar al tiempo que se pague la prima de actualización al personal en retiro que no la percibió durante los años 1993 a 1995, y que por otra lado, se reajuste la asignación de retiro por los mismos períodos con dicho factor. Sobre este último punto es oportuno precisar que la Sala mayoritaria de esta Corporación⁷ venía sosteniendo que la prima de actualización modifica la base pensional de la asignación de retiro, sin que pueda ser considerada tal decisión como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

En efecto, este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización incide en el valor de la base de la asignación de retiro y, por ende, debe constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que estuvo vigente dicha prestación), ordenando así realizar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley

⁶ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Sentencia de 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12) CP Gerardo Arenas Molsalve

⁷ La Ponente sostenía la posición contraria.

correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello había lugar.

Sin embargo, en relación a este tema el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸ ha venido señalando:

“En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1° de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado.

En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico.” (Subraya la Sala)

En sentencia de 5 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996. Consideró el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

“(…)”

En este aspecto⁹, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12)

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C P Luis Vergara Quintero, Rad 13001233100020100088201(1197-2012)

³ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009, Rad.0084-2008. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

“(...)” (Resalta la Sala)

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

Resulta importante precisar que si bien la Sección Segunda no ha proferido una sentencia de unificación en tal sentido, lo cierto es que éste ha sido criterio reiterado de todas las subsecciones, por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la postura única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección Segunda del Consejo de Estado y en esa medida se constituye en referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste tanto de salario básico como de asignación de retiro con base en la prima de actualización.

Por lo expuesto, este Tribunal acogiendo el precedente jurisprudencial ya estudiado rectifica el criterio que venía adoptando respecto al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización y a partir de la fecha dirá que no es procedente acceder a dicha pretensión, dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación en aplicación del principio de oscilación de la escala gradual porcentual.

5. CASO CONCRETO

El señor VÍCTOR MANUEL ROA JIMÉNEZ interpone demanda de nulidad y restablecimiento de carácter laboral contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin que le sea reajustada su asignación de retiro incorporando en su asignación básica los porcentajes establecido en la prima de actualización de conformidad con los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.

Al actor le fue reconocida Asignación de Retiro a través de Resolución No. 0025 del 14 de enero de 1993, efectiva a partir del 1 de febrero de 1993 (Fls 13-14), como factores de liquidación de la Asignación de Retiro, se le tuvo en cuenta entre otras partidas la Prima de Actualización en un porcentaje correspondiente al 45% en 1993, al 28% en 1994 y al 14% en 1995, según consta en certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Fls 224 -225).

Ahora bien, el demandante señala en el recurso de apelación que no está solicitando el pago de la prima de actualización, sino la reliquidación de la asignación de retiro con base en esta, la cual a su juicio constituye factor salarial de carácter permanente.

Al respecto, de conformidad con el precedente jurisprudencial adoptado por este Tribunal, se reitera que no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de la prima de actualización, a partir del año de 1996, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

Así las cosas, la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de la liquidación de la asignación básica o de retiro, tal y como lo ha venido reconociendo la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, atendiendo al hecho de que este valor quedó incorporado cuando se implementó la escala gradual porcentual, la cual se aplica tanto activos como retirados, en virtud del principio de oscilación.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

6. DE LA CONDENA EN COSTAS.

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A "el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil". En el sub lite no se evidencia en la actitud de las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedentes tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena. En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Descongestión No. 002, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

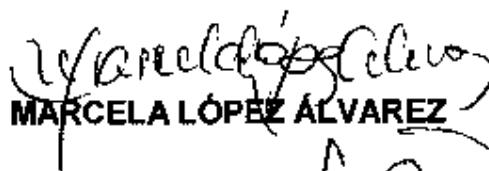
SEGUNDO: Sin costas.

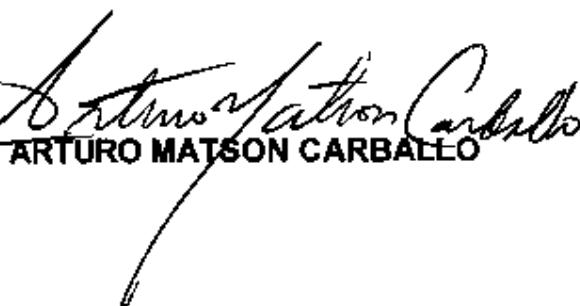
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, remitir el expediente al Juzgado de origen.

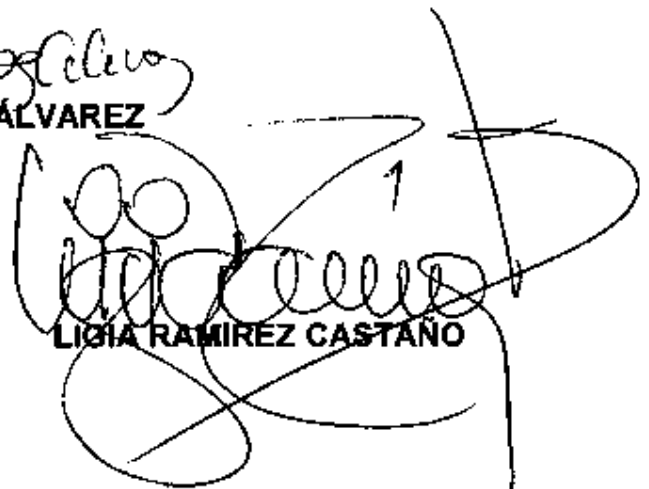
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0127
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2008-00202-02
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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) 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

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

Magistrado Sustanciador : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-006-2008-00202-02
Clase de proceso : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA
Demandada : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema : **Prima de Actualización.**

I. SENTENCIA

La Sala Plena de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524 PSAA12-9537, emanado del Consejo Superior de la Judicatura procede a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de Diciembre del 2011 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declara probada la excepción de prescripción del derecho y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

A. DEMANDA

1. PRETENSIONES:

"PRIMERO: Que se declare que ha operado el SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO, con relación la petición presentada ante Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el 16 de Febrero de 2007, donde se solicitó el reconocimiento del derecho de la prima de actualización y el correspondiente REAJUSTE DE LA PENSIÓN DE BENEFECIARIA de la Señora ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA, al transcurrir más de tres meses sin haberse dado respuestas a la petición del reajuste.

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración de que a operado Silencio Administrativo Negativo Presunto se ordene la Nulidad del acto ficto o presunto que niega el reconocimiento del derecho a la Prima de Actualización y el correspondiente

REAJUSTE DE LA PENSIÓN DE BENEFICIARIA y, a título del RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de la señora ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA, se ordene el reconocimiento del derecho de prima de actualización, la RELIQUIDACIÓN y el correspondiente REAJUSTE DE LA PENSIÓN DE BENEFICIARIA, incorporada en su asignación básica de los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico de conformidad con la ley 4ta de 1.992 y los Decretos 335 de 1.992, 025 de 1993, 065 de 1.994 y 133 de 1.995 a partir de 1 de Enero de 1992.

“TERCERO: Que como resultado de la pretensión anterior (numeral segundo) y, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, se ordene que los REAJUSTES anuales de Ley a partir del 1° de Enero de 1996, se liquiden teniendo en cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta ese año la Prima de Actualización prevista en los Decretos 335 de 1.992, 025 de 1.993 y 133 de 1.995.

“CUARTO: Que se haga clara distinción entre el fenómeno de prescripción de mesadas y el derecho imprescriptible (objeto principal de esta demanda) a que se incluyan en el Sueldo Básico de la Señora ELSY RAQUEL GERRERO DE HERRERA, los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico, que constituyen factor salarial de acuerdo con los Decretos Reglamentarios de la Prima de Actualización. Es decir que se ordene la reliquidación y se reajuste el Sueldo Básico, como consecuencia de los efectos permanentes que dejó la mencionada prima durante el tiempo que estuvo vigente. El derecho a la reliquidación del Sueldo Básico nunca caduca, así opere el fenómeno de prescripción de mesadas.

“QUINTO: Que se tenga en cuenta el nuevo Sueldo básico reajustado de la Señora ELSY RAQUEL GERRERO DE HERRERA para el cómputo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las otras primas (que conforman la presentación) sobre dicho sueldo básico reajustado.

“SEXTO: Que se ordene a la demandada cancelar en forma indexada todas las sumas dejadas de pagar y a las que tiene derecho mi poderdante como consecuencia de las peticiones anteriores a partir de 1 de Enero de 1992 y hasta la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta los aumentos legales mensuales.

“SEPTIMO: Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglos a los artículos 176, 177 y 187 del C.C.A.

“OCTAVO: Que se condene en costas a la demandada.”

2. HECHOS

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

Que en la actualidad la parte actora disfruta la pensión de beneficiaria debidamente reconocida por La Caja de Retiro de la Fuerza Militares.

Que de conformidad con la Sentencia del Consejo de Estado de fecha 14 de Agosto de 1997 en expediente N°9923, Magistrado ponente Dr. Nicolás Pájaros Peñaranda y Sentencia del Consejo de Estado de fecha 6 de Noviembre de 1997 en expediente N°11432, Magistrada ponente Dra. Clara Forero de Castro, el actor solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento de la Prima de Actualización y el correspondiente REAJUSTE A LA PENSIÓN DE BENEFICIARIA con petición de fecha 16 de Febrero de 2007, sin que se diera respuesta a su petición.

Que con el objeto de que los sueldos, asignaciones de retiros y pensiones del personal de la Fuerza Pública en los grados de Teniente Coronel o Capitán guardaran correspondencia o proporción con los devengados por grados superiores, se creó el plan quincenal para la Fuerza Pública de 1992 a 1996.

Que a partir del 14 de agosto de 1997, se tiene la certeza de la existencia del derecho al reconocimiento de la prima de actualización y como consecuencia lógica al correspondiente reajuste de la asignación de retiro para los retirados con anterioridad al 1° de enero de 1992.

Por otro lado, comenta el accionante que el plan quinquenal para la Fuerza Pública de 1992 a 1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política económica y social CONPES, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican en cada grado.

Manifiesta el actor que la prima de actualización introdujo variaciones en su base prestacional creando un derecho que nunca caduca así exista el fenómeno de la prescripción e mesada.

3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El actor afirma en el acápite de normas violadas y el concepto de la violación lo siguiente:

Las normas indicadas como violadas son:

Artículo 4, 13, y 53 de la Constitución política; artículo 15 del Decreto No. 335 DE 1992; artículo 28 del Decreto No. 025 de 1993; artículo 28 del Decreto No. 065 de 1994; artículo 29 del Decreto No. 133 de 1995 y; artículo 13 de la Ley 4ª de 1992.

Señala que se viola el artículo 4 de la Constitución por cuanto todos los nacionales deben acatar la Constitución y las Leyes, y el Ministerio de Defensa Nacional, está incumpliendo los Decretos reglamentarios.

De igual manera viola el derecho a la igualdad, por cuanto al computar la prima de actualización para las asignaciones de retiro del personal que ha logrado el reajuste de su asignación de retiro se crea una discriminación con el personal que aún no tiene la nivelación salarial.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al negar el reconocimiento de la prima de actualización y el correspondiente reajuste viola el artículo 53 de la Constitución, toda vez que, con el pronunciamiento del Consejo de Estado, dichas prestaciones se convierten en derechos adquiridos.

Que con el pronunciamiento del Consejo de Estado, se hizo extensivo el derecho a los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban en retiro desde 1º de Enero de 1992.

Igualmente desconocen la demandada el artículo 13 de Ley 4ª de 1992, ya que dicha normativa está establecida para nivelar los salarios, asignaciones de retiro y pensiones de la Fuerza Pública.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada contestó la demanda¹, oponiéndose a cada una de las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

Afirmó que, si bien la Ley 4ª de 1992 dispuso que el Gobierno Nacional establecería una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza pública, también es cierto que, los decretos expedidos en vigencia de la referida Ley, solo tuvieron en cuenta al personal activo.

¹ Folio 27 a 31

Siendo consecuente con lo anteriormente expuesto sostiene la entidad demandada que los Decretos 335/92, 25/93, 65 de 1944 que gobernaban la prima de actualización solo tuvieron vigencia transitoria.

En consecuencia, la asignación de retiro de un Militar retirado, depende del salario de los Militar en actividad por el principio de oscilación consagrado en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990. Este artículo remite expresamente al artículo 158 ibídem el cual establece las partidas base de liquidación de asignación de retiro de Oficiales y Suboficiales.

Ya para concluir la parte demandada propuso las siguientes excepciones a fin de enervar las pretensiones de la demanda: caducidad de la acción, prescripción del derecho, individualización del derecho y excepción de pago frente al reajuste.

C. SENTENCIA APELADA

El juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha (12) de diciembre de 2011², resolvió negar las pretensiones de la demanda, y declarar la excepción de prescripción del derecho, por los siguientes motivos:

Consideró que la parte accionante como "beneficiaria de la asignación de retiro que en vida devengo el señor JOSE MIGUEL HERRERA PEREIRA le asistía el derecho a que se le reconociera la prima de actualización de conformidad con las normas trascritas, a partir de los fallos del Consejo del Consejo de Estado de fecha 14 de Agosto y 6 de Noviembre de 1997, pero que no se puede negar que dicha prima tuvo un carácter temporal.

Estando en este punto de la discusión y teniendo claro a partir de qué momento se hizo exigible la prima de actualización para los miembros de las fuerzas militares en calidad de retirados (24 de noviembre de 1997, fecha de ejecutoria de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado), es pertinente precisar que, la parte actora pretende la nulidad del acto ficto o presunto, producto del Silencio Administrativo negativo, que negó la petición presentada ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

² Folio 94 a 111

Siendo así las cosas el juez de primera instancia concluyo que a la parte actora le operó el fenómeno extintivo de la prescripción sobre el reconocimiento y pago de la prima de actualización, toda vez que la demandante tenía plazo para solicitar el reconocimiento de la prima de actualización hasta cuatro años después de exigibilidad, estos cuatro años contados a partir de la sentencia del Consejo de Estado de fecha (24) de Noviembre de 1997 pues de conformidad con las pruebas arrimadas con la demanda se establece que la actora interpuso petición en fecha 16 de febrero de 2007 visibles a (fl.10- 14).”

D. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN (fl.113 al 117)

Los motivos e inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

Señala que en el presente caso la parte actora solicita es una reliquidación por no inclusión de los valores resultantes del cómputo de la prima de actualización, de esta manera es claro que no se está solicitando que se siga pagando la Prima de Actualización después de 1995 pues todos sabemos que dicha prima tuvo vigencia durante 1992, 1993, 1994 y 1995 lo que pretende el accionante es la inclusión de este factor salarial ya que tuvo efectos permanentes en las prestaciones razón a que los Decretos reglamentarios ordena computarla para asignación de retiro pensión y demás prestaciones sociales. Que jamás se ha solicitado que se reconozca y pague la prima de actualización como una prima más dentro de las que concede el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990.

Aduce que el *A quo* se limitó hacer relación de la prescripción de la acción y el término de caducidad, sabiendo que lo que se está solicitando es que se incluya en las prestaciones básicas factores salariales que no tienen término de caducidad así opere prescripción de mesadas. Una cosa es la caducidad del derecho y otra muy distinta es la prescripción de mesadas.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, comenta el demandante que la entidad demandada es quien debe probar o demostrar que realmente con la existencia del Decreto 107 se nivelaron los salarios y las asignaciones de retiro, es decir, que la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares, la que en la respectivas instancias procesales debe probar que con el Decreto en mención se ha cumplido con el objetivo.

E. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. La parte demandante

No alegó.

2. La parte demandada

No alegó.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no conceptuó.

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

En providencia del 22 de marzo de 2013, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (folio 127)

Luego con auto del 10 de Mayo de 2013, se corrió traslado para alegar a las partes por el término común de 10 días y al Ministerio Público para que emitiera concepto (folio 129)

El 15 de julio de 2013 ingreso al Despacho para dictar sentencia (folio 130)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

2. ACTOS ACUSADOS

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

- Acto ficto o presunto derivado de la petición radicada ante la entidad demandada el 16 de febrero de 2007, por el cual se negó el reconocimiento de la Prima de Actualización y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro de beneficiaria de la señora ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho a que la prima de actualización establecida con fundamento en la Ley 4 de 1992 y desarrollada por los artículos 15 del Decreto 335 de 1992, 28 del Decreto 25 de 1993; 28 del Decreto 65 de 1994; y 29 del Decreto 133 de 1995, sea incluida en la base que se tuvo en cuenta para liquidar la asignación de retiro que viene percibiendo.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN

El artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 19, literal e), preceptúa que compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para “... fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”.

En ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4 de 1992, norma general que facultó al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos allí trazados, por ello, el artículo 13, dispuso:

“(...) el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo segundo.

Parágrafo: La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.”.

En desarrollo de este mandato constitucional y legal el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en sus artículos 15, 28, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización, *prima de actualización*, sobre la asignación básica devengada por oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Empero, los citados Decretos erigieron la prima de actualización sólo para el personal, en servicio activo, situación que posteriormente fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923,

Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No.11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar, en primer lugar, que se violaba el derecho de igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, en segundo lugar, que se desconocía el mandato previsto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenaba establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Con fundamento en lo anterior, sólo a partir de la expedición de las sentencias precitadas y como consecuencia de los efectos *ex tunc* de las mismas, por una parte, el personal en retiro quedó habilitado para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa la prima de actualización, toda vez que antes de la anulación de tales actos, éstos gozaban de la presunción de legalidad y, por lo tanto, no era posible obtener el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por otra parte, tal derecho para el personal de activo nació a la vida jurídica el 1° de enero de 1992.³

Aunado a lo anterior, sobre la oportunidad para reclamar el derecho la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia de 3 de septiembre de 2009⁴, acogió el criterio expuesto en sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 2008, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, según la cual:

"Como puede observarse, la conclusión a la que llegó la Sala es que la prima de actualización tiene un carácter transitorio y temporal y no de tracto sucesivo, por haberse agotado entre los años 1993-1995.

Y si tenemos que dicha prestación se causa en forma inmediata o concluyente, no podemos aplicarle válidamente lo preceptuado en el art. 113 del decreto 1213 de 1990 en cuanto a que la reclamación escrita interrumpe el término de prescripción pero por un lapso igual, pues tal hipótesis está claramente dirigida a las prestaciones que son periódicas, como por ejemplo, la pensión de jubilación o de vejez, cuyas mesadas corren el riesgo de extinguirse paulatinamente por el transcurrir del tiempo, y con ocasión de la inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

Así, la sanción prevista en el citado decreto 1213 para la prima de actualización, entre otros derechos y prestaciones, se agota al dejar pasar el primer periodo cuatrienal,

³ El Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No.11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente, también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública

⁴ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, M.P Carmen Amparo Ponce Delgado

porque al finalizar el mismo, el interesado pierde la totalidad de las sumas correspondientes a los años 1993-1995; y al contrario, si presenta una solicitud en tal sentido antes de la expiración del término, como ocurrió en este caso, es evidente que no puede volver a transcurrir en su contra un nuevo término sancionatorio de 4 años, cuando dichos valores ya fueron reclamados en tiempo, y no existe el riesgo de perder nuevas sumas que se causen hacia futuro, como si ocurre con las prestaciones periódicas."⁵

En consecuencia, interpreta que la prescripción del derecho a la prima de actualización por parte del personal de las fuerzas militares y de policía en retiro, únicamente opera cuando se da el primer supuesto, es decir, cuando solicita tal derecho en sede gubernativa después de transcurridos (4) años contados a partir de la ejecutoria de las sentencias que declararon la nulidad de las expresiones "*que lo devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*" de los decretos antes mencionados.

En conclusión, con fundamento en el anterior criterio, este Tribunal ha venido reconociendo a los miembros en situación de retiro de la Fuerza Pública la prima de actualización prestación objeto del presente proceso; sin embargo, tal reconocimiento sólo se ha hecho a partir del 1 de enero de 1993 a 1995⁶; siempre y cuando se haya pedido en sede gubernativa antes de la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado que permitiera su reconocimiento al personal de retiro.

4.2. DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Es importante aclarar que una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización lo cual no ofrece duda alguna, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se presente respecto de la asignación de retiro.

Como se anotó, la prima de actualización es un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, no es procedente ordenar al tiempo que se pague la prima de actualización al personal en retiro que no la percibió durante los años 1993 a 1995, y que por otra lado, se reajuste la asignación de retiro por los mismos períodos con dicho factor. Sobre este último punto es oportuno precisar que la Sala

⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A MP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008) Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07)

⁶ Ver Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Sentencia de 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12) CP Gerardo Arenas Molsalve

mayoritaria de esta Corporación⁷ venía sosteniendo que la prima de actualización modifica la base pensional de la asignación de retiro, sin que pueda ser considerada tal decisión como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

En efecto, este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización incide en el valor de la base de la asignación de retiro y, por ende, debe constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que estuvo vigente dicha prestación), ordenando así realizar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello habla lugar.

Sin embargo, en relación a este tema el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸ ha venido señalando:

“En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1° de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado.

*En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico.”*⁹ (Subraya la Sala)

En sentencia de 5 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de

⁷ La Ponente sostenía la posición contraria.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013 Rad 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12)

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C P Luis Vergara Quintero, Rad 13001233100020100088201(1197-2012)

oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996. Consideró el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

“(...)”

En este aspecto³, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

“(...)” (Resalta la Sala)

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

Resulta importante precisar que si bien la Sección Segunda no ha proferido una sentencia de unificación en tal sentido, lo cierto es que éste ha sido criterio reiterado de todas las subsecciones, por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la postura única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección

³ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009; Rad 0084-2008. M P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007 M P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005 M P. Alejandro Ordóñez Maldonado

Segunda del Consejo de Estado y en esa medida se constituye en referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste tanto de salario básico como de asignación de retiro con base en la prima de actualización.

Por lo expuesto, este Tribunal acogiendo el precedente jurisprudencial ya estudiado rectifica el criterio que venía adoptando respecto al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización y a partir de la fecha dirá que no es procedente acceder a dicha pretensión, dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación en aplicación del principio de oscilación de la escala gradual porcentual.

5. EL CASO CONCRETO

La señora ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA como beneficiaria de la asignación de retiro del Suboficial Segundo JOSÉ MIGUEL HERRERA PEREIRA interpone demanda de nulidad y restablecimiento de carácter laboral contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que le sea reconocido el pago de la prima de actualización y reajuste de la asignación de retiro de conformidad con los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.

El demandante agotó vía gubernativa mediante petición radicada ante la entidad demandada el 16 de febrero de 2007, consecutivo 9531.

De otra parte, al señor JOSÉ MIGUEL HERRERA PEREIRA le fue reconocida Asignación de Retiro a través de Resolución No. 05396 de 1965, efectiva a partir del junio de 1965 (folio 21), según consta en certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Al respecto, se observa que el demandante solicitó en vía administrativa y judicial el reconocimiento de la prima de actualización y el reajuste de la asignación de retiro con base en dicha prima.

Sin embargo, en el recurso de apelación arguye el demandante que no está solicitando el pago de la prima de actualización, sino la reliquidación de la asignación de retiro con base en esta, así las cosas ésta Sala sólo se pronunciará respecto a este punto objeto de discusión y frente al cual el *A quo* no hizo pronunciamiento alguno.

Ahora bien, de conformidad con el precedente jurisprudencial adoptado por este Tribunal, se reitera que no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que

viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

Así las cosas, la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de la liquidación de la asignación básica o de retiro, tal y como lo ha venido reconociendo la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, atendiendo al hecho de que este valor quedó incorporado cuando se implementó la escala gradual porcentual, la cual se aplica tanto activos como retirados, en virtud del principio de oscilación.

En ese orden de ideas, se adicionará la sentencia de prima instancia en relación al punto aquí estudiado y se denegarán las pretensiones de la demandada que se deriven de él.

6. DE LA CONDENA EN COSTAS.

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A “el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”. En el sub lite no se evidencia en la actitud de las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedentes tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

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

IV. FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2011, de la siguiente manera:

“CUARTO: Denegar las pretensiones de la demanda relacionadas con el reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización.”

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

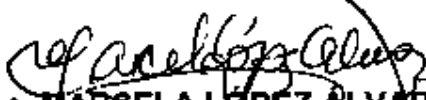
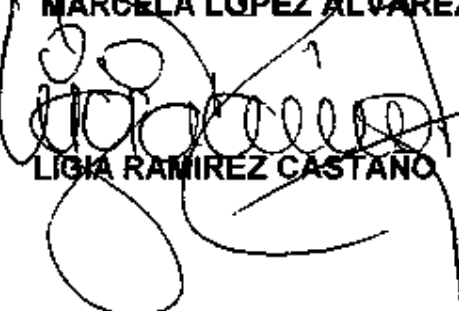
TERCERO: Sin costas.



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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ

LICIA RAMÍREZ CASTAÑO


ARTURO MATSON CARBALLO

JORGE LICER FANDIÑO GALLO

Hoja de firma correspondiente a la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013 proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante la cual se confirma la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias que denegó las pretensiones de la demanda.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0128
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: COLOMBIA MOVIL S-A-E-S-P
DEMANDADO	: CONCEJO MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE LIMA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2012-00065-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE ENERO DE 2014

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



SALA DE DECISIÓN No 004

SENTENCIA No. 3342014

Cartagena de Indias, D. T y C., Enero dieciséis (16) de dos mil catorce (2014)

Tema: Impuesto de alumbrado público – facultad impositiva municipios - doble tributación.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
Clase de Acción: NULIDAD SIMPLE
Radicado N°: 13-001-23-31-000-2012-00065-00
Accionante: COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P
Accionado: CONCEJO MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE LIMA
Tema: Artículos 2° y 5°- Acuerdo Municipal No. 015 de 2007

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1° de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir sobre la acción de Nulidad Simple instaurada por la empresa de servicios públicos Colombia Móvil S.A. E.S.P contra los artículos 2° y 5° del Acuerdo Municipal No. 015 de 2007 expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE SANTA ROSA DE LIMA.

LAS PRETENSIONES QUE SE FORMULAN

De manera principal el actor formula la siguiente pretensión:

"sean declarados como nulos los artículos 2° y 5° del Acuerdo Municipal 015 de 2007, expedido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Lima".

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El concepto de la violación en el presente asunto se estructura desde varios cargos, a saber:

1 PRIMER CARGO: EL ACUERDO ES ILEGAL POR FIJAR COMO HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO LA CONDICIÓN DE PROPIETARIO, ARRENDATARIO, O POSEEDOR DE BIENES INMUEBLES, QUE CONSTITUYE EN ESENCIA EL MISMO HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO PREDIAL, LO CUAL GENERA UNA DOBLE TRIBUTACIÓN, Y VULNERA DE MANERA DIRECTA LOS ARTÍCULOS 2º DE LA LEY 44 DE 1990; 1º LITERAL DJ DE LA LEY 97 DE 1913; 1º LITERAL AJ DE LA LEY 84 DE 1915; 2º DEL DECRETO 2424 DE 2003 Y; 1º DE LA RESOLUCIÓN 043 DE 1995 PROERIDA POR LA CREG.

Señala que de la sola confrontación del acuerdo 015 con la Ley 44 de 1990 (norma de rango superior), se advierte que la administración municipal desbordó su potestad tributaria, al establecer como hecho generador de un tributo, el universo de los predios del municipio, lo que evidentemente atenta contra las garantías constitucionales mínimas de los contribuyentes.

Que la intención del legislador al crear el impuesto de alumbrado público, fue que los municipios recuperaran los costos y gastos incurridos en la prestación de dicho servicio, de ahí, que el hecho gravado debe ser el uso y el beneficio recibido por dicho servicio, el cual ha sido definido por el artículo 1º de la Resolución 043 de 1995 emitida por la CREG de la siguiente manera: *"iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentran a cargo de ninguna persona natural o jurídica"*

Destaca igualmente lo señalado en el artículo 2º del Decreto 2424 de 2006 a fin de sustentar que de acuerdo con las disposiciones de rango superior citadas, no existe una relación directa ni indirecta entre los inmuebles individualizados, o el conjunto de inmuebles de un municipio, y la prestación del servicio de alumbrado público, ya que este último servicio no es domiciliario, es decir, no está ligado a ningún inmueble individualmente considerado.

Así las cosas, no podía la administración municipal, a través del Acuerdo demandado, disponer que el hecho generador del impuesto de alumbrado público recaiga sobre el hecho de ser propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles en el municipio, ni tampoco establecer que recae sobre

los usuarios de servicios públicos domiciliarios, ya que dicha configuración impositiva desborda la potestad tributaria conferida por el legislador, pues gravar la propiedad inmueble constituye el sustento constitucional del impuesto predial, de manera que trasladar dicho hecho generador al impuesto de alumbrado público, es justamente desarrollar una doble tributación, prohibida por el ordenamiento nacional.

2. SEGUNDO CARGO: EL ACUERDO ES ILEGAL E INCONSTITUCIONAL POR DESBORDAR LOS LÍMITES DE LA AUTORIZACIÓN HECHA POR EL LEGISLADOR, Y POR PRETENDER DE MANERA ENGAÑOSA ESCONDER LA ILEGALIDAD DEL HECHO GENERADOR FIJADO ARBITRARIAMENTE, LO CUAL VULNERA DE FORMA DIRECTA LOS ARTÍCULOS 150 NUMERAL 12, 313 NUMERAL 4º Y 338 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y EL ARTÍCULO 32 NUMERAL 7º DE LA LEY 136 DE 1994.

Afirma el demandante que el Acuerdo demandado fija como hecho generador del pago del tributo el universo de los inmuebles del municipio, así como ser consumidor de servicios públicos domiciliarios y pretende esconder dicha ilegalidad protuberante, con otra ilegalidad igualmente inaceptable, como es la de fijar un supuesto hecho generador, sin explicar de qué manera se relacionan ambos hechos generadores, ni su relación con los demás elementos del tributo municipal.

3. TERCER CARGO: EL ACUERDO DEMANDADO ES ILEGAL POR NO GUARDAR RELACIÓN ENTRE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO Y EL RECAUDO DEL IMPUESTO, SIN GUARDAR TAMPOCO RELACIÓN ENTRE LA BASE GRAVABLE DEL TRIBUTOS Y LOS COSTOS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO, VULNERANDO ASÍ LOS ARTÍCULOS 287 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y LOS ARTÍCULOS 9 DEL DECRETO 2424 DE 2006, Y 9º PARÁGRAFO 2º DE LA RESOLUCIÓN CREG 043.

Señala en torno a este cargo, que el Acuerdo municipal demandado viola lo dispuesto por la norma constitucional, pues al establecer el hecho generador, la base gravable y las tarifas del impuesto, sin tener en cuenta el verdadero costo de la prestación del servicio de alumbrado público, no está respetando el mandato constitucional de recaudar lo necesario, sino que

indiscriminadamente establece tarifas, que bien podrían superar el valor del cumplimiento de la prestación del servicio.

A su vez aduce, que no existe ningún tipo de relación entre el recaudo del impuesto de alumbrado público, y la prestación efectiva de dicho servicio a los contribuyentes del mismo, toda vez que no existe ninguna forma de asegurar que la propiedad, posesión, uso, goce, usufructo o tenencia de un inmueble dentro de la jurisdicción municipal, conlleve la prestación del servicio de alumbrado público por parte de la administración.

Que tanto la Constitución Política, las disposiciones que regulan la prestación, financiación y expansión del servicio de alumbrado público, como la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, son completamente claras al exigirle a la administración que sólo cobre el impuesto cuando haya prestación efectiva del servicio de alumbrado público, además que sólo recaude lo necesario para el funcionamiento y prestación de dicho alumbrado público.

Finalmente indica que en las disposiciones acusadas del Acuerdo Municipal aludido, es imposible encontrar cumplidos los requisitos dispuestos por las normas de rango superior citadas, máxime si se tiene en cuenta que el Acuerdo pretende recaudar el impuesto en entidades como las compañías de telefonía celular, que usan antenas en sitios apartados del municipio, a los cuales no les es prestado el servicio de alumbrado público, vulnerando así las disposiciones constitucionales que vienen siendo citadas.

TRAMITE EN ESTA SEDE JUDICIAL

A través de auto calendado en marzo 16 de 2012, esta Corporación admitió la demanda de la referencia. La fijación en lista se produce entre el 14 de junio y el 27 de junio de 2013; término que no fue aprovechado por la parte demandada, quien no allegó escrito de defensa.

Con auto de fecha veintinueve (29) de Julio de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A, se ordena tener como pruebas los documentos acompañados con la demanda, prescindiéndose

del término del periodo probatorio, y corriéndose traslado para alegar de conclusión en la misma providencia. (F. 95).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo la parte demandante recorrió el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, en general recalcando en los argumentos esbozados en su demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Agencia del Ministerio Público, delegada para actuar ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto en el asunto bajo estudio.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del Artículo 132 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer del presente asunto; en virtud a que el acto acusado demandado fue expedido por una autoridad de orden Municipal.

Caducidad

Para efectos de la temporalidad de esta acción de nulidad simple, el ordenamiento legal no le otorgó término de caducidad, así las cosas, esta acción puede ejercerse en cualquier tiempo. (No. 1 del Art. 136 del C.C.A.)

ACTO ACUSADO

Se demanda la Nulidad de los artículos 2º y 5º del Acuerdo No. 015 de 2007 del Municipio de Santa Rosa de Lima, "POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"

Problema jurídico

En el sub lite, surgen los siguientes asuntos a resolver: (i) Tienen facultad impositiva las entidades territoriales para determinar los presupuestos objetivos del tributo al impuesto de alumbrado público, y ante tal situación, resulta jurídicamente procedente, que el hecho generador del impuesto sobre el servicio de alumbrado público en el municipio de Santa Rosa de Lima lo constituya el supuesto fáctico de ser propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles, así como ser consumidor de servicios públicos domiciliarios en dicha municipalidad, a fin de retirar del ordenamiento legal, parcialmente el artículo 2º del Acuerdo No. 015 de Septiembre 10 de 2007, expedido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Lima, por ser violatorio de norma superior.

Así mismo deberá determinarse la legalidad del Acuerdo en mención, de cara a verificar la relación entre la prestación efectiva del servicio de alumbrado público, y el recaudo del tributo en cabeza de los sujetos pasivos del mismo, y, si el resultado de tal ejercicio resulta suficiente para retirar del ordenamiento jurídico el artículo 5º del Acuerdo No. 015 de Septiembre 24 de 2008.

Para dar respuesta a lo anterior, es pertinente destacar que el actor, manifiesta en el libelo de la demanda, que dichos acápites normativos violan los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 287, 150 numeral 12, 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, el artículo 9 del Decreto 2424 de 2006, 1 y 9 parágrafo 2 de la Resolución CREG 043, 2 de la Ley 44 de 1990, 1º literal d) de la Ley 97 de 1913, 1º literal A) de la Ley 84 de 1915, 2º del Decreto 2424 de 2003, 32 numeral 7º de la Ley 136 de 1994, como quiera que los artículos contenidos en el acto administrativo frente al cual se encamina la pretensión de declaratoria de nulidad, infringe las anteriores normas, al ser expedidos por el Concejo Municipal en extralimitación de sus competencias, y desbordando los parámetros legales dentro de los cuales podía ejercer su autonomía tributaria, excediéndose además a la hora de determinar los costos de la prestación del servicio de alumbrado público.

La Sala, después de analizar el Acto Acusado procederá a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, por cuanto se logra verificar la ilegalidad en algunos apartes del primer precepto acusado.

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

Situación fáctica.

El libelista, solicita la nulidad de los artículos 2 y 5 del Acuerdo No. 015 del 10 de septiembre de 2007, expedido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Lima, pues a su juicio, con el mismo se violan las normas arriba citadas.

Frente a los anteriores cargos, la entidad demandada no se detendió.

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por el libelista, esta Sala previo a dar respuesta al problema jurídico planteado, iniciará su estudio señalando lo siguiente:

- *Antecedentes del Impuesto de Alumbrado Público.*

El impuesto al Alumbrado Público, fue creado por el legislador mediante la Ley 97 de 1913; inicialmente sólo para el Distrito de Bogotá, para cuya creación el artículo 1º de la precitada Ley autorizó al Concejo Municipal disponiendo:

"Artículo 1º.- El Concejo Municipal de la Ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente (...):

d. Impuesto sobre el servicio de alumbrado público. Subrayado nuestro.

Posteriormente, la Ley 84 de Noviembre 30 de 1915, extendió la facultad conferida al Concejo Municipal de Bogotá, para crear el impuesto de alumbrado público a los Concejos Municipales de los demás Municipios; así se desprende del contenido del artículo 1º, el cual informa: "Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4 de 1913.

a) Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1 de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales los hayan concedido o les concedan en los sucesivos dichas atribuciones.

De lo anterior, se deduce que el impuesto de alumbrado público se hizo extensivo al resto de los Municipios del Territorio Nacional, por lo que a cada Concejo Municipal se le facultó para determinar el recaudo de este tributo.

- **Análisis del Acto Acusado.**

El Concejo Municipal de Santa Rosa de Lima, mediante Acuerdo No. 015 del 10 de Septiembre de 2007, "POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES" estableció en el artículo 2º "ELEMENTOS ESENCIALES DEL IMPUESTO SOBRE EL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO", y en el 5º "TARIFAS DEL IMPUESTO PARA LAS EMPRESAS DE GENERACIÓN, TRANSMISIÓN, CONEXIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, TRANSPORTE DE GAS, EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES Y OTRAS".

En dicho Acuerdo, el contenido del artículo 2º en cita, es del siguiente tenor:

Los elementos esenciales de la obligación tributaria sustancial por concepto del impuesto sobre el Servicio de Alumbrado Público a favor del sujeto activo y a cargo de los sujetos pasivos son:

1. **SUJETO ACTIVO:** El municipio de Santa Rosa de Lima, Bolívar.
2. **SUJETOS PASIVOS:** Están obligados al pago del impuesto sobre el servicio de alumbrado público todas las personas Naturales y Jurídicas, patrimonios autónomos o consorcios que sean propietarios, arrendatarios o poseedores de bienes inmuebles o que exploten comercialmente bienes muebles o inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Lima, Bolívar, o que consuman y/o paguen servicios públicos domiciliarios en este municipio, de conformidad con lo dispuesto en el presente Acuerdo.
3. **HECHO GENERADOR:** El hecho generador del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, es ser propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles o explotar comercialmente bienes muebles o inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de Santa

Rosa de Lima, Bolívar, así como ser consumidor de servicios públicos domiciliarios en este Municipio.

4. PERIODO: El impuesto sobre el servicio de alumbrado público en el municipio de Santa Rosa, Bolívar, es de periodo mensual.
5. BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO: Las bases gravables para aplicar las tarifas del impuesto de alumbrado público en el municipio son las siguientes:
 - a) Sector residencial: La base gravable es la capacidad socioeconómica reflejada en la estratificación del usuario y/o contribuyente, de tal manera que a cada contribuyente o usuario del mismo estrato le corresponde la misma tarifa mensual.
 - b) Sectores no Residenciales Comerciales e Industriales: La base gravable del impuesto es el monto del servicio público domiciliario de energía eléctrica a pagar por cada persona natural o jurídica clasificada como comercial o industrial.
 - c) Sector Oficial: La base gravable es la misma que para el sector no residencial Comercial o Industrial.
 - d) Lotes y predios urbanos no constituidos. La base gravable es el avalúo catastral del respectivo predio de acuerdo al estrato de donde se encuentre el predio.
 - e) Para las empresas dedicadas a las actividades de telecomunicaciones, generación, transmisión y conexión de energía eléctrica, así como las actividades de comercialización, distribución de energía y transporte de gas, se establece una tarifa y base advalorem expresada en salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 - f) Para las empresas del orden departamental o municipal, de economía mixta o privadas que tengan concesiones que presten el servicio de peajes en carreteras y las que en las mismas condiciones lo hagan con líneas férreas que atraviesen el municipio; la tarifa se establece en idénticas condiciones a la del literal (e) del presente numeral.

El artículo 5º, por su parte estableció:

TARIFAS DEL IMPUESTO PARA LAS EMPRESAS DE GENERACIÓN, TRANSMISIÓN, CONEXIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, TRANSPORTE DE GAS, EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES Y OTRAS.

Para las empresas de generación, transmisión, conexión, distribución y comercialización de energía eléctrica, transporte de gas y empresas de telecomunicaciones, departamentales, municipales, mixtas o privadas que tengan a su cargo el cobro de peajes, las administraciones de concesión de líneas férreas y las ubicadas en el sector rural que se dediquen a cualquier tipo de actividad industrial o comercial, las tarifas son las siguientes:

ACTIVIDAD	TARIFA EN SMMLV POR MES
-----------	-------------------------

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

RAD: 13-001-23-31-000-2012-00065-00

NULIDAD SIMPLE

Pág. 10

<i>Generación, transmisión y conexión de energía</i>	15%
<i>Distribución y comercialización de energía</i>	2%
<i>Transporte de Gas</i>	10%
<i>Empresas de Telecomunicaciones</i>	5%
<i>Empresas departamentales, municipales, mixtas o privadas de concesión de peajes</i>	10%
<i>Empresas departamentales, municipales, mixtas o privadas de concesiones de líneas férreas</i>	8%
<i>Entidades Bancarias o similares</i>	2%
<i>Empresas departamentales municipales, mixtas o privadas que se dediquen a actividades agrícolas en fase industrial comercial, para procesamiento o transformación en otros productos del sector industrial</i>	5%
<i>Empresas departamentales, municipales, mixtas o privadas que se dediquen a actividades ganaderas en fase industrial, comercial, para procesamiento o transformación en otros productos del sector industrial</i>	5%

Se observa de lo anterior cómo el artículo 2º determina los elementos esenciales del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, el cual tiene como sujeto activo al Municipio de Santa Rosa de Lima – Departamento de Bolívar y como sujeto pasivo, están obligados al pago de dicho tributo, todas las personas naturales y jurídicas o patrimonios autónomos o consorcios que sean propietarios, arrendatarios o poseedores de bienes inmuebles o que exploten comercialmente bienes muebles o inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa, (Bolívar), o que consuman y/o paguen servicios públicos domiciliarios en este municipio, de conformidad con lo dispuesto en la misma normativa local.

De igual manera, como hecho generador del impuesto sobre el servicio de Alumbrado Público señala el artículo 2º, que lo constituye ser propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles o explotar comercialmente bienes muebles o inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa, (Bolívar), así como ser consumidor de servicios públicos domiciliarios en este Municipio.

El artículo 5º por su parte determina el porcentaje de la tarifa mensual de dicho impuesto para las empresas de generación, transmisión, conexión,

distribución y comercialización de energía eléctrica, transporte de gas, empresas de telecomunicaciones y otras.

Pues bien, partiendo del hecho de tomar el impuesto de alumbrado público como un gravamen en pro de la iluminación de las calles, avenidas, parques y espacio público en general, debe entenderse que todos aquellos beneficiarios de dicho servicio, quedan sujetos al pago de este tributo, como contraprestación por el mismo.

Ahora bien, para que se fije este tipo de tributo, por parte del Concejo Municipal de Santa Rosa de Lima - Bolívar, previamente la Constitución y la Ley han facultado a esta Corporación de elección popular, con la finalidad de disponer sobre las rentas e ingresos de la entidad territorial para su sostenimiento local.

En ese orden de ideas, es pertinente señalar que el artículo 95 en su numeral 9; el artículo 287; artículo 313; artículo 338 y 363 de la Constitución, encierran los deberes y obligaciones del ciudadano, en especial el Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro del concepto de justicia y equidad; así mismo, indica que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley, enseña las funciones de los Concejos Municipales; de la facultad exclusiva del Congreso para imponer contribuciones fiscales o parafiscales, y los principios en que se funda el sistema tributario.

Es decir, revisada toda esta normatividad colige esta Sala, que la Carta Política establece los principios básicos o generales de la materia, por lo que las Corporaciones de elección popular deben organizar e implementar las medidas necesarias y conducentes para generar recursos que permitan el desarrollo de todas las actividades gubernamentales, propuestas por cada ente territorial, sin olvidar que dichas actuaciones deben estar facultadas por el ordenamiento superior.

En este sentido, el Municipio de Santa Rosa de Lima haciendo uso de las funciones otorgadas por la Constitución, crea el tributo de alumbrado público.

. Evolución jurisprudencial del Consejo de Estado, en cuanto a la facultad impositiva de los concejos municipales.

Sobre lo que se ha denominado facultad impositiva territorial, más concretamente en lo afín a los impuestos establecidos en la Ley 97 de 1913 y la aplicación extensiva de sus preceptos, en la ley 84 de 1915, han sido básicamente dos las posturas del H. Consejo de Estado.

Así, en un principio esa Corporación desarrolló el criterio según el cual, atendiendo al principio de determinación de los tributos, la facultad para señalar los elementos esenciales de los mismos está en cabeza de los organismos de representación popular, en consonancia con lo establecido en el artículo 338 de la Constitución Nacional. Al respecto sostuvo el Consejo de Estado¹:

***"En virtud del denominado principio de "predeterminación" el señalamiento de los elementos objetivos de la obligación tributaria debe hacerse exclusivamente por parte de los organismos de representación popular, en la forma consagrada en el artículo 338 de la Constitución, que asignó de manera excluyente y directa a la ley, la ordenanza o el acuerdo la definición y regulación de los elementos estructurales de la obligación impositiva, al conferirles la función indelegable de señalar "directamente" en sus actos: los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos. De manera que creado el tributo o autorizada su implantación por parte de la ley, en el evento de que ésta no se haya ocupado de definir todos los presupuestos objetivos del gravamen y por ende del señalamiento de los elementos esenciales de identificación y cuantificación, corresponde directamente a las respectivas corporaciones de elección popular, efectuar las previsiones sobre el particular. Sin embargo, esta facultad no significa que una entidad territorial contemple como hecho generador del tributo uno diferente al que la ley de autorizaciones haya definido, pues violaría el principio de legalidad a que se ha hecho referencia"* (Resaltado de la Sala).**

Posteriormente, la posición de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sufrió una variación, y fue adoptado el criterio según el cual, en virtud de que la potestad tributaria de los municipios es derivada, esto genera como consecuencia

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C. P. Julio Enrique Correa Restrepo. Sentencia de 15 de octubre de 1999, Radicación número: 50422-23-24-000-942622-02(9456). Actor, Lucy Cruz de Quíñones. Demaridado: Concejo Municipal de Medellín

que sólo puedan establecer los tributos creados en la ley, y la necesidad de respetar los parámetros esenciales del tributo, legalmente determinados²

La señalada postura se mantuvo, en la medida en que al pronunciarse sobre la legalidad de acuerdos municipales en donde se establecen elementos esenciales de los tributos enunciados en la Ley 97 de 1913, se declarara la nulidad de los mismos, por considerarlos violatorios del principio de legalidad de los tributos, llegando incluso a afirmar que la anotada ley había perdido aplicabilidad.³

Según el referido criterio jurisprudencial desarrollado en épocas anteriores por el Consejo de Estado, le corresponde al Congreso de la República la creación de los impuestos de carácter nacional, y en el orden territorial las Asambleas y los Concejos se encuentran facultados para establecer impuestos, que hayan sido creados previamente por una ley nacional, y en ese sentido, pueden determinar algunos de los elementos de los tributos, pero no pueden crear impuestos que no estén autorizados por el Congreso, ello en aras de garantizar el principio de legalidad de los tributos.

Fue a partir de la sentencia de 9 de julio de 2009⁴, cuando la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al pronunciarse dentro de una acción de nulidad simple contra un acuerdo municipal, mediante el cual se establecía el impuesto al teléfono, regresó a la posición originalmente implementada, sobre la facultad impositiva de los municipios, pronunciándose en los siguientes términos:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Lilia López Díaz, sentencia del 5 de octubre de 2001, Actor: Silvia Isabel Reyes Cepeda, Demandado: Concejo Municipal de Manizales, Radicado número, 17001-23-31-000-1998-0612-02(12232)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Lilia López Díaz, sentencia de 9 de diciembre de 2004, Rad. número, 76001-23-25-000-2000-0409-02(14453), Actor: Wilson Ruiz Orejuela

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Martha Teresa Bricafío De Valencia, sentencia de 9 de julio de 2009, Radicación número: 17001-23-31-000-2006-00404-02 (16544), Actor Nestor Fabio Valencia Torres Y Otro, Demandado: Municipio de Manizales

"De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el artículo 338 de la Constitución Política señala la competencia que tienen los entes territoriales para que, a través de sus órganos de representación popular, determinen los presupuestos objetivos de los gravámenes de acuerdo con la ley, sin que tal facultad sea exclusiva del Congreso, pues de lo contrario se haría nugatoria la autorización que expresamente la Carta les ha conferido a los Departamentos y Municipios en tales aspectos.

Queda claro entonces que existe todo un precedente jurisprudencial que respalda la competencia en materia impositiva de los municipios; no obstante, en cuanto a los elementos de la obligación tributaria cuando la ley no los fija directamente, y que dentro de estos presupuestos tributarios se encuentra el hecho generador, ésta Sala, acudiendo igualmente a un criterio trazado por vía de jurisprudencia venía diciendo, que este hecho generador, - tratándose del alumbrado público - debe ser la prestación misma de dicho servicio, y no la tenencia o propiedad de determinado inmueble dentro de la municipalidad donde se impone, por cuanto se estaría generando con ello una doble tributación.

En anteriores oportunidades, se tuvo en cuenta - entre otras - sentencia emitida por la aludida máxima Corporación⁵, quien puntualizó:

...OBJETO IMPONIBLE DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO - No lo es la tenencia de un inmueble en el área municipal / DOBLE TRIBUTACION - Se genera al gravar la propiedad por impuesto sobre el servicio de alumbrado público

No lo mismo se predica de "la propiedad o tenencia de un bien inmueble(s) en el área geográfica del Municipio de Quibdó", igualmente incluida como hecho generador del impuesto de alumbrado público", pues, como tal, las redes físicas que proporcionan el servicio de alumbrado público no llegan a puntos terminales de las viviendas, sino directamente a "las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentran a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales". En síntesis, como lo anota la sentencia C-035 del 2003, no se accede al servicio de alumbrado público desde el lugar de domicilio, esto es, desde un inmueble individualizado, como sí ocurre con el servicio de energía eléctrica según se desprende los artículos 1 y 14.25 de la Ley 142 de 1994, que lo definen como "el transporte de energía eléctrica desde las redes

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ Bogotá D. C., diez (10) de marzo del dos mil diez (2010) Radicación: 11001-03-27 000-2008-00042-00(1814) Actor: CLARA MARIA GONZALEZ TABALA Demandado: MUNICIPIO DE QUIBDO

regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición". Así pues, puede decirse que la generación del impuesto por parte de los usuarios residenciales cabe dentro de los supuestos de "disfrute efectivo o potencial del servicio de alumbrado público" y "usuario del servicio público de energía eléctrica", y que la disposición "la propiedad o tenencia de un bien inmueble(s) en el área geográfica del Municipio" debe anularse por escapar al objeto imponible del impuesto, máxime cuando "la propiedad de bienes inmuebles, como hecho aislado, es elemento característico de la concentración del ingreso y, en tal condición, genera el impuesto predial, de carácter real, independientemente de las condiciones personales de los contribuyentes. Por lo anterior, el gravamen de la propiedad por impuesto sobre el servicio de alumbrado público bien podría implicar doble tributación." (Subrayado y negrillas de la Sala).

Así mismo, y habiéndose logrado pronunciamientos según los cuales, el servicio de energía eléctrica difiere del servicio de alumbrado público, pues no se accede al mismo desde el lugar de domicilio, sin embargo, representa una forma concreta de uso potencial del servicio de alumbrado público, y en esa medida susceptible de ser utilizado como condición de dicho gravamen, se acogió la postura fijada mediante fallo de 2012, en el que se dispuso⁶:

"...La Sala precisó que el hecho generador o elemento revelador de la capacidad económica del sujeto pasivo cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria, tratándose del impuesto de alumbrado público lo "es el ser usuario potencial receptor de ese servicio". Según el criterio expuesto en la anterior providencia, el hecho generador del impuesto es el ser usuario potencial del servicio de alumbrado público, el cual coincide con la parte inicial de la definición contenida en el numeral 3° del Artículo Tercero del Acuerdo 16 de 2006 acusado, por lo que se entiende ajustado a la legalidad. Las hipótesis contenidas en el mismo numeral, relacionadas con "el carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica" y "el desarrollo de las actividades previstas en este acuerdo", según lo sostuvo esta Sala en providencia anterior "representan formas concretas de uso potencial del servicio de alumbrado público", por lo que se sigue ese criterio y en consecuencia se entienden ajustadas a la legalidad. Por su parte, la expresión "la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de Mutatá" contenida en la definición que trae el acto acusado se declarará nula, pues es ajena a este elemento esencial. La posesión o tenencia de inmuebles como expresión de la explotación de un bien, está prevista en la legislación como la manifestación del hecho imponible propio del impuesto predial, de carácter real, pues "es

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012) Radicación número: 05001-23 31 000-2009 00498-01(18679) Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDIO LUN I.S.P. Demandado MUNICIPIO DE MUTATA.

independiente de las condiciones personales de los contribuyentes'. Así, al señalarlo el acto como hecho gravado con el impuesto de alumbrado público bien podría implicar doble tributación, sin perjuicio de que, por ejemplo, la estratificación del bien inmueble pueda servir como referente para efectos de determinar o graduar tarifas, pero no como hecho generador del tributo.

Pese a lo anterior, más recientemente el mismo Consejo de Estado⁷ ha elaborado un argumento, que no obstante lo extenso del mismo, resulta pertinente citar, así:

Para la Sala, es razonable que todo usuario potencial del servicio de alumbrado público sea sujeto del impuesto. Y, es usuario potencial todo sujeto que forma parte de una colectividad que reside en determinada jurisdicción territorial. No se requiere que el usuario reciba permanentemente el servicio, porque el servicio de alumbrado público, en general, es un servicio en constante proceso de expansión. El hecho de que potencialmente la colectividad pueda beneficiarse del mismo, justifica que ningún miembro quede excluido de la calidad de sujeto pasivo.

Se tiene entonces que, a partir del hecho imponible como modelo abstracto que puede reproducirse en conductas concretas, se constituye, a su vez, el hecho generador revelador de la capacidad económica del sujeto pasivo cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria, el cual, para el caso del impuesto de alumbrado público, es el ser usuario potencial receptor de ese servicio.

Ahora bien, el numeral 3º del artículo 2º del Acuerdo Municipal 018 del 2007 estableció como hechos generadores del impuesto de alumbrado público en el Municipio El Copey "el ser propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles, explotar comercialmente bienes muebles e inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de EL COPEY, CESAR, así como el ser consumidor de servicios públicos domiciliarios en este municipio".

Sobre esa norma se observa:

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera Ponente: CARMEN IFRFSA ORTIZ DE RODRÍGUEZ Bogotá D. C., quince (15) de noviembre del dos mil doce (2012) Radicación: 200012331000200800155 01 Número interno 18440. CLARA MARÍA GONZÁLEZ ZABALA contra EL MUNICIPIO DE EL COPEY (CESAR). Véase también: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera Ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012) Referencia: 630012331000201000112 01 Radicado: 19109 Actor: YOBANY ALBERTO LÓPEZ QUINTERO, Demandado, Municipio de Armenia y CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-27-000-2009 00053-01(19383) Actor: CLARA MARIA GONZALEZ ZABALA Demandado: MUNICIPIO DE GIRARDOT - CUNDINAMARCA.

De la propiedad, la posesión y la tenencia

Los hechos generadores expresados en la condición subjetiva de quienes ostentan la titularidad de los actos jurídicos o contractuales a los que aluden, se ajusta al criterio de la Sala en materia de hecho generador del impuesto de alumbrado, según pasa a explicarse:

La posesión de un bien inmueble como tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que sea el dueño o que se dé por tal (el poseedor se reputa dueño, mientras otra persona no justifique serlo), que tenga la cosa por sí mismo o que otra persona la tenga en lugar y a nombre de él; y el arrendamiento, como forma de mera tenencia de una cosa mueble e inmueble, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño, en virtud del derecho de habitación que otorga el respectivo contrato al arrendatario, en su presentación aislada distan del elemento sustancial material del hecho generador, por lo menos desde la perspectiva de la defensa del municipio, pues de tales instituciones jurídicas operantes en el espacio inmobiliario delimitado, no emana per se la condición de uso y potencial recepción del servicio.

Es así, porque las redes físicas que proporcionan el servicio de alumbrado público no llegan a puntos terminales de las viviendas, sino directamente a "las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentran a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales, tal como lo anotó la Sala en la Sentencia del 10 de marzo del 2011, exp. 18141.

De acuerdo con ese razonamiento, la propia sentencia C-035 del 2003 consideró que al servicio de alumbrado público no se accedía desde el lugar de domicilio, esto es, desde un inmueble individualizado, como sí ocurre con el servicio de energía eléctrica según se desprende los artículos 1 y 14.25 de la Ley 142 de 1994, que lo definen como "el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición".

Por su parte, la propiedad como derecho real de dominio sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, sin hacerlo contra la ley o contra derecho ajeno, es, respecto de los bienes Inmuebles, un hecho generador del impuesto predial, independientemente de las condiciones personales de los contribuyentes

Así vista, el gravamen de la propiedad por impuesto sobre el servicio de alumbrado público bien podría implicar doble tributación, como lo puntualizó esta Sala en la tantas veces citada sentencia del 10 de marzo del 2011 (exp. 18141), sin que existan razones actuales para variar su criterio.

Cosa distinta es el hecho cierto de que cualquiera que sea el bien raíz objeto de la propiedad, la posesión o el arrendamiento de ese inmueble haga parte de toda una estructura urbana residencial o comercial, que se integre a las unidades inmobiliarias cuyas fachadas se sirven o benefician de la iluminación que proporciona el servicio de alumbrado público y, en esa medida, que reciba dicho servicio, configurando el hecho imponible del tributo generado por el mismo.

Sólo bajo ese supuesto la Sala encuentra viable aceptar que la calidad de propietario, poseedor o arrendatario encaja entre los sujetos pasivos del gravamen referido, como de hecho lo advierte la Sala en la sentencia proferida dentro del expediente 1810712, al analizar la norma municipal que distinguía como sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público en el municipio de Tolú a las personas naturales, jurídicas o sociedad de hecho, públicas o privadas, y sus asimiladas y a los patrimonios autónomos, beneficiados directa o indirectamente con el servicio de alumbrado público.

Dicha providencia aclaró que las expresiones subrayadas no violaban el artículo 1° de las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, porque el disfrute del servicio de alumbrado público podía ser efectivo o potencial, por parte de todos los habitantes de una jurisdicción territorial, fueren personas naturales o jurídicas; y que lo mismo ocurría con los propietarios, poseedores o arrendatarios de bienes inmuebles en el municipio, dado que esas calidades representaban una forma concreta de uso potencial del servicio de alumbrado público, pues, al fin de cuentas, también eran usuarios potenciales de ese servicio en la medida en que se beneficiaban de la iluminación de los predios de los que fueren propietarios, poseedores o tenedores....

...De la explotación comercial de bienes muebles e inmuebles de cualquier naturaleza.

La explotación, entendida comúnmente como la utilidad obtenida de una industria o negocio en provecho propio o extracción de riqueza de ciertos bienes o actividades, se asocia en la regulación municipal al ejercicio del comercio de todo tipo de bienes muebles e inmuebles, como negociación de compra y venta de los mismos.

Así distinguido el hecho previsto en la norma acusada, se identifica en él una actividad con trascendencia fiscal en el ámbito del impuesto de industria y comercio, cuya materia imponible recae sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios ejercidas o realizadas habitualmente en las respectivas jurisdicciones municipales.

En efecto, el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, compilado por el artículo 198 de la Ley del Decreto 1333 de 1986 – CRM, define las actividades comerciales como las destinadas al expendio, compraventa, o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio, siempre que ese ordenamiento y la ley mencionada no las considere industriales o de servicios.

Es de anotar que, según la jurisprudencia, la comercialización por el productor se encuentra inmersa en la actividad industrial, pues el fin de ésta a través de la producción es vender. En otros términos, la comercialización constituye una de las etapas del proceso industrial, pues la venta del producto sólo culmina el ciclo normal de fabricación.

Sin duda alguna, la esencia de la explotación comercial al interior de la municipalidad, supone una percepción de ingresos netos sobre los cuales se tributa industria y comercio a favor del ente territorial, y, como tal, representa una actividad aislada del hecho generador del impuesto

de alumbrado público, máxime cuando el acuerdo municipal no distingue las circunstancias modales en que se realiza, para poder identificar si necesaria e imprescindible involucran el uso de las redes públicas de alumbrado y, en esa medida, la directa recepción de ese servicio de iluminación.

Del consumo de servicios públicos domiciliarios en general, dentro del municipio.

En el consumo se advierte una forma de gasto con la cual desaparece el bien sobre el cual recae o, desde una perspectiva económica, una efectiva y plena utilización o uso de bienes y servicios adquiridos para la satisfacción de las necesidades.

Vista tal percepción a la luz de los artículos 1 y 14 (Nº21 y 33) de la Ley 142 de 1994, podría pensarse que en materia de servicios públicos domiciliarios la acción de consumir se reduce al gasto, utilización, uso o recepción directa de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, por parte de los receptores directos del mismo, ya que en ellos radica la calidad de "consumidor".

Esa recepción, por supuesto, se instrumentaliza a través de las acometidas de cada servicio, que conforman derivaciones entre la red local del mismo y el registro de corte del inmueble domiciliario correspondiente (art. 14.1 íbidem).

Entendido de esta manera el alcance de la disposición municipal que se analiza, habría que descartarse su aptitud como hecho generador del impuesto de alumbrado público, considerando la inexistencia de vinculación directa, inescindible y contundentemente probada entre aquel y el consumo o, en términos de la ley de servicios públicos, el gasto, utilización, uso o recepción de dichos servicios en cada inmueble.

Es así, porque la potencialidad de uso del servicio de alumbrado público no puede predicarse del hecho aislado de consumo de servicios, cuya prestación se reduce a las siguientes actividades dependiendo del tipo de servicio domiciliario, junto con las actividades complementarias de cada uno de ellos: i) acueducto: distribución municipal de agua apta para el consumo humano, su conexión y medición; ii) alcantarillado: recolección de residuos principalmente líquidos, por tuberías y conductos; iii) aseo: recolección de residuos sólidos; iv) energía: transporte de la misma desde redes nacionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, junto con su conexión y medición; v) telefonía pública básica: transmisión conmutada de voz por red telefónica conmutada con acceso general; y, vi) gas: distribución por tubería u otro medio desde el gasoducto central hasta la instalación del consumidor final, incluida su conexión y medición.

Por lo demás, el hecho de que la efectividad del consumo de servicios públicos domiciliarios presuponga el efectivo gasto, uso, utilización o recepción de estos, y que ello, a su vez, sólo pueda lograrse a través de las actividades principales y complementarias anteriormente señaladas, no permite validar al consumo en general - se repite, como hecho

aislado -, del elemento material que caracteriza al hecho generador del impuesto de alumbrado público.

Lo anterior, no sólo porque en el caso de los servicios de acueducto, telefonía y gas ese consumo ocurre en las unidades inmobiliarias habitacionales independientes del espacio público que las circunda y donde se ubican las luminarias que proporcionan el servicio de alumbrado, sino porque, aún si se pensara en espacios abiertos (pensemos por ejemplo en el aseo y el alcantarillado), la seguridad tributaria exige que se distingan cuáles de las actividades principales y complementarias ya mencionadas requerirían la utilización del servicio de alumbrado para poderse desarrollar.

Ese detalle no aparece en el acuerdo demandado ni en la contestación de la demanda, como tampoco en el recurso de apelación que interpuso el Municipio de El Copey, sin que la Sala pueda superar tal falencia argumentativa mediante estudios officiosos pues, además de que ello desconocería el deber de la parte demandada frente a la carga de oposición que le corresponde ejercer para desvirtuar las razones de ilegalidad que le endilgan a sus actos, usurparía la competencia de la corporación edilicia municipal a la que constitucionalmente se le asignó autonomía fiscal para fijar los elementos esenciales de los tributos que administra el respectivo ente territorial.

... Por lo demás, la demandante no suministró explicaciones ni pruebas idóneas para cuestionar las tarifas dispuestas y la distinción de actividades enunciadas, ni demostró que esas tarifas no hubieran consultado la capacidad económica de los sujetos pasivos afectados por las mismas, o que su fijación hubiere estado desprovista de estudios técnicos sobre costos y beneficios. Es claro que tal actividad probatoria resultaba innata al derecho de acción de quien acude al aparato judicial para desvirtuar la presunción de legalidad que reviste a las disposiciones acusadas, o al Ministerio Público que ataca dicha presunción.

Conclusiones

Conforme con el análisis precedente, concluye la Sala que el numeral 3° del artículo 2° del Acuerdo Municipal 018 del 2007 se ajusta parcialmente a los parámetros de legalidad del impuesto de alumbrado público, dado que las calidades de propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles y ser consumidor de servicios públicos domiciliarios, pero sólo bajo el entendido de que tales servicios no son in genere, sino que se reducen al de energía eléctrica, constituyen en el presente caso el hecho generador del impuesto.

En ese sentido, se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, anular la expresión "o explotar comercialmente la expresión bienes muebles e inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del municipio de El Copey, Cesar", y la expresión "así como" contenida en el numeral en comento, sustituyéndola por la expresión copulativa "y", para ligar las calidades de propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles con la de ser consumidor del servicio público de energía eléctrica, conforme con lo explicado en el acápite de esta providencia que examinó el hecho generador de propiedad, posesión y tenencia.

De igual forma, se declarará la validez de la tarifa dispuesta en el artículo 5° del acuerdo demandado" (Negrillas de la Sala).

De las citadas posiciones jurisprudenciales, la Sala a su vez deriva las siguientes conclusiones:

1. Los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales, pueden determinar los elementos configurativos de los tributos, cuando los mismos no hayan sido establecidos legalmente por el Congreso.
2. El artículo 1° de la Ley 97 de 1913, no rompe con el principio de autonomía territorial, ni con el de legalidad de los tributos, de lo que se infiere que no ha perdido aplicabilidad.
3. La señalada ley, autoriza a los Concejos Municipales para determinar los impuestos allí consignados, entre los que figura el del servicio de alumbrado público.
4. Los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales, pueden determinar los elementos de la obligación tributaria, siempre y cuando el legislador autorice el gravamen y delimite el hecho gravado.
5. La expresión "*ser propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles.*", que sea utilizada como supuesto condición en el hecho generador del impuesto de alumbrado público NO debe declararse nula, pues bien puede implicar una doble tributación (En relación con el impuesto predial), y aún así no atentar contra la legalidad del ordenamiento, teniendo en cuenta de que toda la colectividad puede beneficiarse del mismo, y en esa medida no se justifica que ningún miembro quede excluido de la calidad de sujeto pasivo. Así, ser propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles constituyen un punto de referencia para identificar a usuarios potenciales del servicio de alumbrado público en la jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Lima.
6. El carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica, representa una forma concreta de uso potencial del servicio de alumbrado público, por lo que al seguirse éste criterio, la expresión "que

consuman y/o paguen servicios públicos domiciliarios en éste municipio" debe entenderse ajustada a la legalidad, sólo bajo el entendido de que tales servicios no son *in genere*, sino que se reducen al de energía eléctrica, pudiendo sólo así constituir en el presente caso hecho generador del impuesto.

7. No es posible entender ajustado a la legalidad el supuesto impositivo que se concreta a la explotación comercial de bienes muebles e inmuebles en la respectiva municipalidad – como hecho generador –, pues la esencia de la explotación comercial local, supone una percepción de ingresos netos sobre los cuales se tributa industria y comercio, amén de constituir una actividad aislada del hecho generador del impuesto de alumbrado público.

8. En consecuencia, - salvo la última precisión en lo que tiene que ver con *explotación comercial* -, se entienden ajustadas a la legalidad las disposiciones según las cuales se manifiesten los supuestos aludidos como hecho generador, haciendo las correspondientes precisiones indicadas por vía jurisprudencial.

Sobre el artículo 5° del Acuerdo 015 de Septiembre 10 de 2007 – demandado.

Ahora bien, en el Acuerdo que se pone de relieve con la presente acción, se regula en el artículo 5°, lo atinente a las: "TARIFAS DEL IMPUESTO PARA LAS EMPRESAS DE GENERACIÓN, TRANSMISIÓN, CONEXIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, TRANSPORTE DE GAS, EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES Y OTRAS", en el que queda establecido el monto mensual del impuesto con sus porcentajes, dependiendo el tipo de actividad desarrollada.

La parte actora pretende sea declarada nula la anterior disposición.

Al respecto el Consejo de Estado⁸ ha reseñado:

⁸ ⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ Bogotá D. C., diez (10) de marzo del dos mil diez (2010) Radicación

En el impuesto de alumbrado público, "el contenido económico" inmerso en el hecho generador y la "capacidad contributiva" del potencial usuario no es evidente, y, por lo mismo, los entes territoriales acuden a distintas fórmulas que, por supuesto, deben referir a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se deriven de él, o se relacionen con éste. A su vez, el Decreto 2424 de 2006, por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público, asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de establecer una metodología para la determinación de los costos máximos que deben aplicar los municipios o distritos para remunerar a los prestadores del servicio, así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público. Por su parte, el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995 señaló que los municipios no pueden recuperar más de los usuarios que lo que pagan por el servicio, incluida la expansión y el mantenimiento. Desde esta perspectiva, se ha considerado que no se vulnera el artículo 338 de la Carta Política, en tanto las tarifas sean razonables y proporcionales con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, sin desconocer que la determinación de los costos reales y su redistribución entre los potenciales usuarios no es uniforme en la práctica, dadas las condiciones particulares de cada entidad territorial. **Según las premisas anteriores vistas desde la perspectiva de los cargos de nulidad, no advierte la Sala ningún vicio que invalide los numerales 4 y 5 del artículo tercero del Acuerdo Municipal demandado, ni los artículos cuarto y quinto ibídem, pues la categorización del consumo de energía eléctrica por rangos para quienes desempeñan actividades comerciales, industriales o de servicios, es, en principio, un parámetro de medición admisible para establecer la base gravable del impuesto respecto de tales sujetos pasivos, por tener ellos una condición distinta a la de los demás usuarios potenciales receptores del servicio de alumbrado público. Cabe pues la diferenciación que ciertamente integra las dimensiones propias del hecho imponible.**

Se ratificó la anterior línea en términos que quedaron consignados en sentencia del 25 de julio de 2013 bajo Radicado número: 25000-23-27-000-2009-00053-01 (19383).

El anterior precedente resulta suficiente para desestimar las pretensiones del actor en cuanto a este aparte, por cuanto el fundamento para atacar con pretensión de nulidad el artículo en cita, se concreta a señalar, que con dicho precepto, se altera arbitrariamente la base gravable del tributo, en la medida en que en la práctica, la base no será la capacidad socioeconómica del contribuyente sino el consumo de energía eléctrica, y

en ese sentido, no puede tomarse este último servicio como parámetro de medición.

El artículo en cita estipula distintos porcentajes de manera correlacionada a la categorización de quienes desempeñan actividades comerciales, industriales o de servicios bajo una condición distinta a la de los demás usuarios potenciales receptores del servicio de alumbrado público; a fin de fijar la tarifa mensual de dicho impuesto para estos sectores, resultando ser admisible que la facultad impositiva de los municipios y de la que se ha dejado suficiente claridad, se haga extensiva a la categorización del consumo de energía eléctrica, tratándose del impuesto de alumbrado público, como parámetro de medición que determina la tarifa a cancelar por parte de los aludidos sectores.

En conclusión, no encuentra la Sala que del contenido de los apartes demandados del acuerdo 015 de 2007, se desprenda violación a los principios que regulan el sistema tributario nacional, como lo son los de equidad, igualdad y capacidad contributiva, con excepción de la condición que se consignó en el hecho generador del impuesto sometido a discusión, esto es: **explotar comercialmente bienes muebles o inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Lima, Bolívar**, de lo que resulta procedente declarar su nulidad.

Por lo demás, la expedición del acuerdo en los artículos demandados, encuentra su fundamento en leyes que son perfectamente aplicables a la luz de la constitución de 1991 y que suministran además ciertos elementos esenciales del tributo, los cuales son desarrollados dentro de los parámetros legales y constitucionales, en virtud del principio de autonomía fiscal de las entidades territoriales⁹.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Bogotá D.C., 10 de Marzo de 2011. Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00042-00(18141).

Cabe advertir que este nuevo criterio del máximo órgano de lo Contencioso, surge en virtud de lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en sus sentencias C-1055 del 2004; C-504 de 2002 que estudió la legalidad del literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 (Donde se autoriza al Concejo Municipal de la Ciudad de Bogotá a crear el impuesto del servicio público) y la sentencia C-035 de 2009 que examinó la constitucionalidad del artículo 233 (lit. b) del Decreto 1333 de 1986 - Código de Régimen Municipal en este punto, la Corte reafirma la

Por consiguiente, atendiendo lo precedido, la Sala dispondrá lo pertinente de acuerdo con el análisis efectuado en esta considerativa, y en virtud de las facultades previstas en el artículo 170 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Despacho en descongestión 002 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: ANULAR PARCIALMENTE el numeral 2 y 3 del artículo Segundo del Acuerdo 015 de septiembre 10 de 2007, expedido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Lima - Bolívar, en los apartes que transcriben:

"o que exploten comercialmente bienes muebles o inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Lima, Bolívar o - "o explotar comercialmente bienes muebles o inmuebles de cualquier naturaleza en jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Lima, Bolívar, así como".

PARÁGRAFO: Los apartes subrayados deberán entenderse sustituidos por la expresión copulativa "y". Lo anterior para ligar las calidades de propietario, arrendatario o poseedor de bienes inmuebles con la de ser consumidor del servicio público de energía eléctrica, conforme con lo expuesto en el precedente jurisprudencial en que quedó reseñado.

SEGUNDO: NEGAR la nulidad de las expresiones "*que consuman y/o paguen servicios públicos domiciliarios en este municipio*" y "*ser consumidor de servicios públicos domiciliarios*" contenidas en los numerales 2 y 3 del mismo artículo, bajo el entendido de que ese servicio es exclusivamente el de energía eléctrica.

función que tiene el legislador, en establecer límites, para que las ordenanzas, y acuerdos fijen los contenidos concretos de la obligación tributaria, sin embargo enfatizó sobre la autonomía tributaria de estos entes territoriales, para ejercer su competencia impositiva de modo que el Congreso no debe demarcar de forma absoluta la constitución del tributo."

TERCERO: NEGAR la nulidad del artículo quinto del Acuerdo Municipal 015 de septiembre 10 de 2007, atendiendo lo consignado en la parte motiva de la presente providencia.

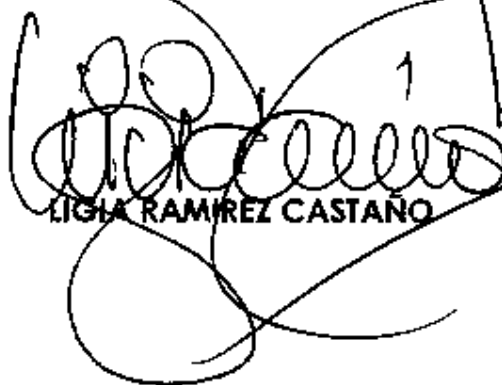
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

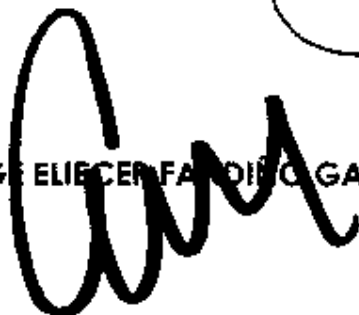
El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDINO GALLO



MARCELA LOPEZ ALVAREZ




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0129
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER F ANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: CORPORACION CLUB NAUTICO PUNTA IGUANA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2011-00137-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO (24) DE ENERO DE 2014	

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) 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., veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Corporación Club Náutico Punta Iguana
**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-
DIAN**
Expediente: 13-001-33-31-009-2011-00137-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 30 de mayo de 2012 por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La Corporación Club Náutico Punta Iguana, 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 Dirección de Impuestos y Aduanas

Nacionales-DIAN con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de las Resoluciones 62412010000018 de 7 de abril de 2010, por medio de la cual se hace una liquidación oficial de revisión y 062362011000002 de 15 de abril de 2011, por la cual se confirmó la liquidación oficial de revisión, expedidas por la Dirección Seccional y la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se declare la firmeza de la declaración privada de impuesto de renta y complementarios para la anualidad fiscal de 2007 y que en consecuencia no adeuda suma alguna por ese concepto.

3. HECHOS

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

Señala que el 17 de junio de 1992, fue constituida la Corporación Club Náutico Punta Iguana, como entidad sin ánimo de lucro, a la cual la Gobernación de Bolívar le reconoció personería jurídica mediante Resolución 1034 de 2 de junio de 1993.

El día 18 de diciembre de 2008, mediante formulario 010708561 presentó solicitud de devolución de saldo o compensación a favor originado en la liquidación privada de impuesto sobre las renta número 910000061591880 de 12 de diciembre de 2008, correspondiente al año gravable 2007, para lo cual

se aplicaron las disposiciones del régimen especial de renta, no se liquidó renta presuntiva, y se aplicó una tarifa de 20%.

Que la Dirección Seccional el 19 de febrero de 2009 por auto 062382009000210 inició investigación por el programa de investigación previa a devoluciones, dentro del expediente AD20072009000210 para el año gravable 2007.

El 22 de mayo de 2009 División de Gestión de Fiscalización, expide autos de inspección contable 062382009000113 y tributaria 0628320090000091 ordenando la práctica de la inspección respectivamente.

El 7 de abril de 2010 la División de Gestión de Liquidación, expide la liquidación oficial de revisión 06241201000018 mediante la cual modifica la liquidación privada de renta del año gravable 2007, así:

Conceptos	Valor Privada	Valor Propuesto
Renta Presuntiva	-0-	232.482
Renta Líquida Gravable	-0-	232.482
Imp sobre Renta Gravable	-0-	79.166.000
Impuesto Neto de Renta	-0-	79.166.000
Total impuesto a cargo	-0-	79.166.000
Total Saldo a pagar	-0-	68.413.000
Total Saldo a favor	27.366.000	-0-

Así mismo, señala que el Club Náutico debe asimilarse a una sociedad limitada por lo que debe liquidar el impuesto de renta por el sistema ordinario, en una tarifa de 35%, toda vez que al recibir ingresos por concepto de restaurante, hospedaje y bar se entiende que su objeto no se enmarca dentro de las actividades previstas en el artículo 19 del Estatuto Tributario, aunado a que sus actividades no son presentadas como una oferta abierta al público, razón por la cual no se pueden catalogar como de interés general.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 29 de julio de 2011 (fl.45), y se dispuso su fijación en lista, término dentro del cual se pronunció DIAN (fls. 57-79), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y señaló en su defensa que el acto demandado se encuentra revestido de legalidad.

Así mismo, señaló que la demandante no cumple con los requisitos establecidos por los artículos 19 del Estatuto Tributario y 1° del Decreto 4400 de 2004, para poder pertenecer al régimen tributario especial de las entidades sin ánimo de lucro por lo que debía declarar renta como una sociedad limitada.

Fundamentó su decisión en el hecho de que la demandante tiene como objeto social principal el servicio de restaurante y hospedaje, y que sus ingresos operacionales proviene de estos servicios, lo que desvirtúa la condición de entidad sin ánimo de lucro; así mismo señala que pese a que estas entidades les es dable la realización de actividades comerciales, no por ello debe entenderse que éstas deban primar sobre las establecidas en el objeto social.

Así mismo señaló que las actividades que realice la corporación deben ser de interés general, por lo que la entidad sin ánimo de lucro debe permitir el acceso a la comunidad al hacer una oferta abierta de servicios y actividades que realiza dentro de su objeto social, permitiendo a terceros beneficiarse de ellas en las mismas condiciones de que los miembros de la entidad, en ese sentido concluyó que las actividades desarrolladas por el accionante no son relacionadas con la salud, educación, cultura, deporte, investigación científica o tecnológica, ecológica y protección ambiental, o a programas de desarrollo social y los recursos obtenidos no se invierten en estas como tampoco son de interés general y a ella no tiene acceso la comunidad.

Por medio de auto de 31 de marzo de 2011 se prescindió del periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fls.90), término dentro del cual las partes ratificaron lo expuesto en la demanda y su contestación; por su parte el Ministerio Público guardó silencio.

5. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia él *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, basado en lo siguiente:

Señaló que pese a que la autoridad aduanera asevera que al demandante no desarrolla ninguna de las actividades anunciadas en el artículo 19 del Estatuto Tributario dado que el objeto social principal es el de servicio de restaurante y hospedaje y sus ingresos operacionales provienen de estos servicios, el A Quo encontró que de acuerdo a los estatutos sociales de la entidad demandante, el objeto social de la corporación incluye la promoción y desarrollo de actividades de tipo cultural, recreativas y deportivas, las cuales están contempladas en el artículo 19 del Estatuto Tributario como requisitos para ser beneficiarios del régimen tributario especial.

El juez de primera instancia no compartió el criterio de autoridad tributaria en el sentido de que el objeto social de la entidad, es únicamente el servicio de hospedaje y restaurante por ser estas las actividades de donde se generaron sus mayores ingresos operacionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución 11351 de 2005. Adujo así mismo que la autoridad confundió los criterios de interés general y acceso a la comunidad. (fls. 126-149)

6. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, se contraen a los siguientes aspectos:

Señala que el A Quo omitió dar prevalencia al criterio material de la actividad sobre el formal para así determinar si el accionado cumple o no con las condiciones para estar cobijado por el régimen tributario especial del artículo 19 del Estatuto Tributario, por lo que debe haber claridad en que una cosa es lo señalado en el objeto social y otra la actividad desarrollada en la práctica, situación que fue la encontrada por los funcionarios fiscalizadores en el desarrollo de su investigación, concluyendo que los ingresos provenían de la prestación de servicio de hospedaje, restaurante y bar.

Lo anterior atendiendo a que las relaciones entre el Estado y los contribuyentes debe atender a los principios de transparencia y buena fe previstos en la Constitución, más aun cuando el sistema tributario funciona bajo el esquema de la autodeclaración, de manera que el denuncia rentístico del declarante debe reflejar su verdadera situación económica como único criterio para considerar válidamente cumplido el deber previsto.

Señala que los requisitos previstos en el artículo 19 del Estatuto Tributario, que permiten pertenecer al régimen tributario especial, son tanto de índole subjetivo como objetivos, los cuales de cumplirse en su totalidad trasladan al contribuyente al régimen contributivo aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, por lo cual consideró que el análisis dado por el juez de primera instancia no fue el adecuado dado que el demandante no cumple con la totalidad de requisitos previstos en la norma anotada. (fls. 151-162)

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en audiencia de 10 de diciembre de 2012 (fl.227-228) y admitido por ésta corporación por medio de proveído de 15 de marzo de 2013. (fl.235).

A través de auto de 11 de junio de 2013 (fl. 242), 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 las partes ratificaron sus argumentos (fls. 243-260); por su parte el Ministerio Público guardó silencio

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

H. CONSIDERACIONES

I. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar ¿si las entidades sin ánimo de lucro son contribuyentes del régimen tributario especial, cuando su objeto social sea el desarrollo de las actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social, aun cuando los ingresos percibidos sean generados por el desarrollo de un objeto social diferente a estos y, si para acceder a dicho régimen sus actividades deben ser de libre acceso a la comunidad?.

2. RÉGIMEN NORMATIVO

El régimen tributario especial, se encuentra establecido en el artículo 19 del Estatuto Tributario, el cual es del siguiente tenor:

“ARTICULO 19. CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL. Los contribuyentes que se enumeran a continuación, se someten al impuesto sobre la renta y complementarios, conforme al régimen tributario especial contemplado en el Título VI del presente Libro:

1. Las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con excepción de las contempladas en el artículo 23 de este Estatuto, para lo cual deben cumplir las siguientes condiciones:

a) Que el objeto social principal y recursos estén destinados a actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social;

b) Que dichas actividades sean de interés general, y

c) Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social.

(...)

PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo previsto en los numerales 2) y 3) del presente artículo y en los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario, las corporaciones, fundaciones y asociaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro, que no cumplan las condiciones señaladas en el numeral 1) de este artículo, son contribuyentes del impuesto sobre la renta, para cuyo efecto se asimilan a sociedades limitadas."

El artículo anterior, fue reglamentado por el Decreto 4400 de 2004, que en su artículo 1º, dispuso:

"ARTÍCULO 1º. CONTRIBUYENTES CON RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL. Son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta y Complementarios sujetos al régimen tributario especial, de que trata el Título VI del Libro Primero del Estatuto Tributario, los siguientes:

1. Las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con excepción de las contempladas en el artículo 23 del Estatuto Tributario, que cumplan totalmente con las siguientes condiciones:

a) *Que el objeto social principal sea la realización de actividades de salud, deporte, educación formal, cultura, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental o programas de desarrollo social;*

b) *Que las actividades que realice sean de interés general;*

c) *Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social y este corresponda a las actividades enunciadas en el literal a) del presente artículo."*

El régimen tributario especial tiene su razón de ser en que los contribuyentes que estén sometidos a él, tributan por impuesto de renta y complementarios sobre el beneficio neto o excedente a la tarifa única del 20%, en los términos del artículo 356 del Estatuto Tributario, así:

"ARTICULO 356. TRATAMIENTO ESPECIAL PARA ALGUNOS CONTRIBUYENTES. Los contribuyentes a que se refiere el artículo 19, están sometidos al impuesto de renta y complementarios sobre el beneficio neto o excedente a la tarifa única del veinte por ciento (20%)."

3. CASO CONCRETO

El día 16 de diciembre de 2008, la Corporación Club Náutico Punta Iguana presentó declaración de renta y complementarios 91000061591880, por el año gravable 2007, en la que en el reglón 84 determinó un saldo a su favor de \$35.1515.000 (fl. 6, cuad de pruebas 1).

La demandante mediante formulario DI 0708561 de fecha 18 de diciembre de 2008 solicitó devolución de saldo a su favor por valor de \$35.151.000. (fl. 4, cuad de pruebas 1).

La demandada ordena realizar inspección contable y tributaria sobre el año gravable 2007 de la Corporación demandante. (fl. 345-346, cuad de pruebas 3).

La DIAN, profirió requerimiento especial 062382009000047 a la Corporación Club Náutico Punta Iguana, en el que propuso modificaciones a la declaración de renta del año gravable 2007, señalando como saldo a pagar la suma de \$58.878.000 (fl. 377, cuad de pruebas 3), en el que propuso la modificación a la liquidación privada, en los siguientes reglones:

	Conceptos	Inicial	Propuesta
56	Total Deducciones	760.051.000	737.486.000
58	O Perdida Líquida del Ejercicio	33.022.000	10.457.000
61	Renta Presuntiva	-0-	232.842.000
64	Renta Líquida Gravable	-0-	232.842.000
69	Imp. sobre la Renta Líquida Gravable	-0-	79.166.000
71	Impuesto Neto de Renta	-0-	79.166.000
74	Total Impuesto a Cargo	-0-	79.166.000
76	Saldo a favor 2006, Sin Sol de Devolución	15.863.000	-0-
78	Otras Retenciones	19.288.000	19.288.000
79	Total Retenciones año gravable 2007	19.288.000	19.288.000
81	Saldo a Pagar por Impuesto	-0-	59.878.000
82	Sanciones	-0-	-00-
83	Total Saldo a Pagar	-0-	59.878.000
84	Total Saldo a Favor	35.151.000	-00-

Que la modificación de la liquidación privada de la declarante fue practicada por la administración, ante la asimilación hecha a la demandante de una sociedad limitada, bajo el argumento de que ésta última incumplía con los requisitos para acceder al régimen tributario especial contemplado en el artículo 19 del Estatuto Tributario.

La demandante presentó objeciones al requerimiento especial anotado, mediante escrito de 9 de octubre de 2009. (fl. 393-402, cuad de pruebas 3), el cual se confirmó mediante Liquidación Oficial de Revisión 062412010000018 de 7 de abril de 2010. (fls. 438-458 cuad de pruebas 3).

Frente a la Liquidación Oficial de Revisión, el demandante presentó recurso de reconsideración el 26 de mayo de 2010 (fls. 461-471, cuad de pruebas 3), el cual se confirmó mediante Resolución 062362011000002 de 15 de marzo de 2011. (fls. 502-508 cuad de pruebas 3).

Atendiendo a los hechos anteriormente probados, encuentra la Sala que según la administración, el Club Náutico Punta Iguana por tener acceso restringido a la comunidad no es beneficiario del régimen tributario especial, pues consideró que en razón a que las actividades de la demandante sólo beneficiaban a sus afiliados, es decir, a un grupo exclusivo de personas, dicha situación lo excluye del beneficio.

Sumado a esto, manifestó que los ingresos netos de la demandante provienen del servicio de hospedaje y restaurante, y no del desarrollo del objeto social como entidad que promueve actividades culturales, recreativas, deportivas y sociales y en general todas las que conduzcan al adelanto y en beneficio físico, recreativo, cultural y moral de los socios.

Así las cosas, procede la Sala a verificar el cumplimiento por parte del Club Náutico Punta Iguana de los requisitos previstos para ser beneficiario del régimen especial de tributos, así:

1. Que se trate de entidades cuya naturaleza jurídica corresponda a una corporación, fundación o asociación sin ánimo de lucro.

Una vez verificado el certificado de existencia y representación legal (fls. 27-30, cuad de principal), y los estatutos de constitución del Club Náutico Punta

Iguana (fls. 407-435), se encuentra que la misma, está constituida como una entidad sin ánimo de lucro.

2. Que no se hallen expresamente exceptuadas del impuesto sobre la renta por el artículo 23 del Estatuto Tributario.

En esa medida tenemos que el artículo 23 del Estatuto Tributario, señala la siguiente:

"ARTICULO 23. OTRAS ENTIDADES QUE NO SON CONTRIBUYENTES. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta, los sindicatos, las asociaciones de padres de familia, las sociedades de mejoras públicas, las Instituciones de Educación Superior aprobadas por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, que sean entidades sin ánimo de lucro, los hospitales que estén constituidos como personas jurídicas sin ánimo de lucro, las organizaciones de alcohólicos anónimos, las juntas de acción comunul, las juntas de defensa civil, las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal o de copropietarios de conjuntos residenciales, las asociaciones de exalumnos, los partidos o movimientos políticos aprobados por el Consejo Nacional Electoral, las ligas de consumidores, los fondos de pensionados, así como los movimientos, asociaciones y congregaciones religiosas, que sean entidades sin ánimo de lucro."

Vista la normatividad anterior, tenemos que la Corporación de Club Punta Iguana, no se encuentra dentro de las excepciones establecidas en la disposición anterior, por lo que cumple con el segundo de los requisitos previstos para ser beneficiario del régimen especial.

3. Que el objeto social principal que da derecho al tratamiento preferencial se dirija, así como los recursos obtenidos en desarrollo del mismo, a las actividades de salud, deporte, educación formal, cultura,

investigación científica o tecnológica, ecología y protección ambiental, o a programas de desarrollo social.

En ese sentido, tenemos que la Corporación Club Náutico Punta Iguana, tiene como objeto social, el siguiente:

“a. Prestar servicio de recreación, turístico y deportivo a los miembros de la corporación y a extranjeros. b. Promocionar, desarrollar eventos recreativos, deportivos y culturales. c. Brindar servicio de hospedaje y restaurante de acuerdo a las decisiones de la junta directiva. d. Y los que la junta directiva de la corporación autorice de acuerdo al objeto de la corporación.”

“Artículo 6.- OBJETO SOCIAL: La corporación es un club social y deportivo que tendrá por objeto principal el fomento y desarrollo de todo tipo de actividades culturales, recreativas, deportivas y sociales y en general todas las que conduzcan al adelanto y en beneficio físico, recreativo, cultural y moral de los socios.

En desarrollo de su objeto la corporación puede adquirir urbanizar, vender, hipotecar, aceptar en usufructo, comodato, deposito, mutuo, o dar y tomar en arrendamiento bienes de toda clase, celebrar toda clase de operaciones comerciales, civiles, tomar y dar dinero en préstamo o deposito, participas en sociedades o asociaciones de cualquier naturales, celebrar los demás actos y contratos autorizados por las leyes colombianas y que tenga relación con el desarrollo de su objeto.

El club es ajeno a cualquier actividad de proselitismo político, religioso, o racial.”¹

Para un caso similar, el H. Consejo de Estado, al realizar el estudio de requisito referido al objeto social de un club social, señaló:

¹ Folio 27, cuad principal y Folio 408, cuad de pruebas 3

El objeto social es el siguiente: "EL CLUB EL NOGAL ES UN ESTABLECIMIENTO DE NATURALEZA CULTURAL, SOCIAL Y DEPORTIVA, DIRIGIDO FUNDAMENTALMENTE A HOMBRES Y MUJERES DE EMPRESA Y DE TRABAJO, CUYOS OBJETIVOS SON LOS SIGUIENTES: I) SERVIR COMO CENTRO DE ENCUENTRO PARA EL ENTENDIMIENTO, EL INTERCAMBIO DE CONOCIMIENTOS, EL ESTUDIO Y LA COOPERACIÓN ENTRE SUS SOCIOS, Y ENTRE ELLOS CON EMPRESARIOS, CIENTÍFICOS, ARTISTAS, INTELLECTUALES Y LIDERES DE COLOMBIA Y DEL RESTO DEL MUNDO. II) FOMENTAR LAS MÁS ALTAS EXPRESIONES DEL PENSAMIENTO, LA TECNOLOGÍA, LAS CIENCIAS Y EL ARTE, SIN TOMAR JAMÁS PARTIDO NI POSICIÓN DOCTRINARIA, POLÍTICA O RELIGIOSA, SINO CONTRIBUYENDO SIEMPRE A LA LIBRE EXPRESIÓN DE LAS IDEAS, AL INTERCAMBIO DE EXPERIENCIAS VALIOSAS PARA EL HOMBRE Y LA SOCIEDAD Y FACILITANDO LA TAREA DEL DESARROLLO ECONÓMICO EN LIBERTAD Y CON RESPONSABILIDAD. III) FACILITAR LA PRÁCTICA DE LOS DEPORTES COMO MEDIO PARA EL ESPARCIMIENTO, EL EQUILIBRIO Y EL MEJOR ESTAR DE SUS SOCIOS O INVITADOS. IV) COMPLEMENTAR LAS ACTIVIDADES DESCRITAS CON LAS DE CARÁCTER SOCIAL QUE CONTRIBUYAN A LA RECREACIÓN, LA COMPRENSIÓN Y LA ARMONÍA DE CUANTOS SE ACOJAN A SUS SERVICIOS [...]” (Folio 26 c.ppal.)

4. Según los dictámenes periciales practicados en la primera instancia, el dictamen pericial practicado por una contadora pública demuestra que los costos y gastos por el año gravable de 1996 tuvieron, entre otros, conceptos por presentaciones artísticas, actuación cantante, alquiler equipos de iluminación, boletería para eventos tales como presentación de los Niños Cantores de Viena, homenaje a Jaime Echavarría, pergaminos, alquiler de sillas, traslado y alquiler de instrumentos musicales, avisos, pancartas y pendones, pasajes aéreos, pago de premios, maratón, maratón de aeróbicos, torneo nacional de parejas de Bridge (folios 322 y ss. c.ppal.). En consecuencia, los recursos del club

se dirigieron al desarrollo del objeto social, que incluye actividades culturales, deportivas, artísticas y empresariales, entre otras. Además, el dictamen rendido por la arquitecta perito demuestra que el Club cuenta con todas las instalaciones y equipos apropiados y necesarios para llevar a cabo y desarrollar su objeto social (folios 422 y ss. c.ppal).

Lo anterior significa que el objeto social del Club y los recursos obtenidos del mismo se dirigieron, en el año gravable 1996, al desarrollo de las actividades descritas en el artículo 19 y, por lo tanto, cumple los tres primeros requisitos señalados por la jurisprudencia para pertenecer al régimen especial.”²

En el asunto de marras, no obstante a que el objeto social de la demandante indica que la misma desarrolla actividades culturales, de la jurisprudencia anotada, se tiene que lo anterior no implica *per se* que ésta debe ser obligatoriamente beneficiada con el régimen especial tributario, toda vez que para su aplicación requiere demostrar que los recursos obtenidos en la vigencia fiscal son producto de la realización de las actividades descritas en el artículo 19 del Estatuto Tributario.

Así las cosas, verificado el acervo probatorio aportado, se observa que la demandante derivó sus ingresos de los servicios de restaurante y hospedaje, dejando de lado el desarrollo de la actividad amparada por el régimen especial, como lo es la promoción de actividades culturales, deportivas y recreativas descritas en el objeto social de la sociedad.

Lo anterior guarda su fundamento en la información contenida en el balance general de la Corporación Club Náutico Punta Iguana y, el cual contiene la siguiente información (fls. 61 cuad pruebas 1):

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 25 de noviembre de 2010, Radicación: 25000-23-27-000-2001-01341-02(17106), C.P. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante: Corporación Club Náutico Punta Iguana
 Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN
 Expediente: 13-001-33-31-009-2011-00137-01

	Valor Contable	Valor Fiscal	Diferencia
42 Ingresos brutos operacionales	2.453.216.134	2.453.216.000	134
41 Ingresos operacionales			
4155 Actividad Inmobiliaria	2.453.216.134	2.453.216.000	134
Agencias de viajes			
42 43 Ingresos brutos no operacionales	0	0	0
Intereses y demás rendimientos financieros			
44 financieros	5.805.440	5.805.000	440
42 Ingresos no operacionales			
4210 Financieros	5.805.440	5.805.440	0
Intereses Presuntos Prestamos a accionistas			
45 Total Ingresos Brutos	2.459.021.574	2.459.021.000	574
46 Menos: Devoluciones, rebajas y des	0	0	0
48 TOTAL INGRESOS NETOS	2.459.021.574	2.459.021.000	574

Sin embargo, una vez verificado el balance general visible a folios 459 a 464, no se observa ingreso alguno por concepto de eventos culturales.

De otra parte, en los anexos del balance general del club para el año 2007 (fls. 66-148 cuad de pruebas 1), se observa lo siguiente:

4 Ingresos				
41 Operacionales				
4140 Hoteles y Restaurantes				
	Saldo Anterior	Movto Debito	Movto Crédito	Saldo Actual
41400501 Habitaciones	544.674.055,00CR	0,00	39.672.500,00	584.346.555,00CR
41400502 Cargo Fijo Habita. Por Disponible	184.905.000,00CR	0,00	0,00	184.905.000,00CR
414015 De Restaurantes	566.509.914,00CR	0,00	68.002.100,00	634.512.014,00CR
414020 De Bares	189.099.755,00CR	0,00	21.632.000,00	210.731.755,00CR
	<u>1.485.188.724,00CR</u>	<u>0,00</u>	<u>129.306.600,00</u>	<u>1.614.495.324,00CR</u>

4 Ingresos				
41 Operacionales				
4140 Hoteles y Restaurantes				
414095 Actividades Conexas				
	Saldo Anterior	Movto Debito	Movto Crédito	Saldo Actual
41409504 Transporte Acuatico	134.931.547,00CR	0,00	11.562.239,00	146.493.786,00CR
41409505 Manna	47.368.536,00CR	0,00	4.468.260,00	51.836.796,00CR
41409512 Minibar	7.847.100,00CR	0,00	448.200,00	8.295.300,00CR
41409513 Boutique	26.011.882,00CR	0,00	2.777.458,00	28.789.340,00CR
41409514 Lavandería	1.505.900,00CR	0,00	291.300,00	1.797.200,00CR
41409515 Cuotas de Sostentamiento	535.485.000,00CR	0,00		600.975.000,00CR

			65.490.000,00	
41409595 Otros Servicios	60.000,00	0,00	0,00	60.000,00
	<u>753.089.965,00CR</u>	<u>0,00</u>	<u>85.037.457,00</u>	<u>838.127.422.00CR</u>

Se desprende de lo anterior, que la entidad demandante percibió por actividades marinas y cuotas de sostenimientos un equivalente al 43.9% de lo que recibió por concepto de hotel, restaurantes y bares.

Corolario de lo anterior, encontramos que la demandante obtuvo el mayor valor de sus ingresos operacionales durante el año 2007, de los servicios de hotel, restaurantes y bares, por lo que el hecho generador del impuesto en el caso concreto es ajeno a las actividades deportivas y culturales, lo que imposibilita aplicar a la Corporación Club Náutico Punta Iguana el tratamiento tributario especial contenido en el artículo 19 del Estatuto Tributario.

En ese sentido, atendiendo a la realidad probatoria respecto de la actividad principal desarrollada por la demandante, no le asiste derecho a beneficiarse del beneficio tributario anotado, por cuanto no cumple con la totalidad de requisitos para acceder a ello, sin embargo, pese al incumplimiento anotado, se hará el estudio del requisito referido al acceso de la comunidad y el interés general que represente la sociedad demandante.

4. Que tales actividades sean de interés general y que tengan acceso la comunidad

El Decreto 4400 de 2004, por el cual se reglamentó el artículo 19 del Estatuto Tributario, adicionó el requisito de que las actividades desarrolladas por las entidades cobijadas con el régimen especial tenían que tener acceso a la comunidad, y en ese sentido dispuso:

“ARTÍCULO 2º. INTERÉS GENERAL Y ACCESO A LA COMUNIDAD. Para efectos de los artículos 19 y 359 del Estatuto Tributario, las actividades desarrolladas por las entidades a que se refiere el numeral 1º del artículo 1º de este Decreto, deben ser de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad.

Las actividades son de interés general cuando beneficien a un grupo poblacional, como un sector, barrio o comunidad. Se considera que la entidad sin ánimo de lucro permite el acceso a la comunidad, cuando hace oferta abierta de los servicios y actividades que realiza en desarrollo de su objeto social, permitiendo que terceros puedan beneficiarse de ellas, en las mismas condiciones que los miembros de la entidad, o sus familiares.

(...)

Se entiende por actividades culturales las descritas en el artículo 18 de la Ley 397 de 1997 y todas aquellas que defina el Ministerio de Cultura.

(...)”

Atendiendo a la normatividad transcrita, tenemos que las actividades realizadas por Corporación Club Náutico Punta Iguana si bien se puede considerar como de interés general, pues benefician a la comunidad de socios aportantes, no se puede predicar que a ella tenga acceso la comunidad, pues a los servicios y actividades desarrolladas solo pueden tener acceso los socios, situación está que se encuentra contemplada en el reglamento al restringir el objeto social en el siguiente sentido:

“Artículo 6.- OBJETO SOCIAL: La corporación es un club social y deportivo que tendrá por objeto principal el fomento y desarrollo de todo tipo de actividades culturales, recreativas, deportivas y sociales y en general todas las que conduzcan al adelanto y en beneficio físico, recreativo, cultural y moral de los socios.”

Visto el reglamento de la demandante, no existe duda respecto del acceso restringido a la comunidad, puesto que pese a su naturaleza de entidad sin

ánimo de lucro no le es dable ser beneficiada con el régimen especial tributario, pues incumple con los presupuestos que se requieren para acceder al mismo, razón por la que se revocará la sentencia de primera instancia, en la que se accedió a las súplicas de la demanda para en su lugar proceder a la denegatoria de las mismas.

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

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha treinta (30) de mayo de dos mil doce (2012), mediante la cual, se concedieron las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda instaurada por la Corporación Club Náutico Punta Iguana contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIECER LANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
E D I C T O N° 0130
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-504-2011-00047-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE ENERO DE 2014

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO 002 DE DESCONGESTIÓN

Página 1

Cartagena de Indias D. T. y C., Enero Dieciséis (16) de dos mil catorce (2014)

SALA DE DECISIÓN No. 004

SENTENCIA No. 336/2014

2ª instancia

**Tema: DESPLAZAMIENTO FORZADO – AYUDAS HUMANITARIAS
REPARACION**

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 13-001-33-31-504-2011-00047-01
Demandante: NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – ACCIÓN SOCIAL Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de junio 14 de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA instaurado a través de apoderado judicial por **NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS**, contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – ACCIÓN SOCIAL Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL**, providencia a través de la cual se negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de la Acción de Reparación Directa prevista en el art. 86 del C.C.A., la señora **NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS**, por medio de apoderado judicial,

presentó demanda contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – ACCIÓN SOCIAL Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL** para que previo el trámite a que haya lugar, se declare:

PRIMERA. Que **LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, ACCIÓN SOCIAL Y/O UOA UNIDAD TERRITORIAL DE BOLÍVAR Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL** son responsables administrativamente de los perjuicios materiales y morales causados a la demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento de la actora donde perdió todos sus bienes materiales.

SEGUNDA: Que se condene a las demandadas a la reparación de los daños causados tanto materiales como morales a la señora NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS con la pérdida de: un negocio de venta de mercancías como ropa y medicinas en las casas, fincas y tiendas, animales como gallinas, cerdos, patos y pavos, la destrucción de una vivienda y todos los enseres para un promedio de pérdida de \$78.360.000.¹

TERCERA: Que se condene a las demandadas como reparación del Daño ocasionado con la pérdida de todos sus bienes, a pagar a la actora los perjuicios del orden material y moral, subjetivados y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de \$200.256.080, conforme a lo probado dentro del proceso, la suma anterior la demandada se obligó a pagar y restituir los daños a mi mandante conforme a la Ley 387/1997 y demás decretos reglamentarios, haciéndose acreedora de las siguientes ayudas humanitarias, así:

A.- Las demandadas se encuentran en mora con la actora, toda vez que no ha pagado dichas ayudas como son alojamiento transitorio, asistencia alimentaria y elementos de aseo personal, encontrándose adeudado a la fecha de hoy la suma de \$51.360.480.

¹ Reforma de la demanda fl. 83.

B.- Para utensilios de cocina y elementos de alojamiento, la suma de \$257.500.

C.- Para transporte, la suma de \$257.500.

D.- De la estabilización socioeconómica o proyecto productivo la suma CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00) M-CTE.

E.- Por concepto de subsidio de vivienda, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00)M-cte.

LOS HECHOS

Los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:

Manifiesta el apoderado de la actora, que su representada es oriunda del corregimiento de San Cayetano, Municipio de San Juan de Nepomucena (Bol.); desplazada desde el año 2002, desempeñándose toda su vida como agricultora y/o comerciante y que por razones de violencia fue forzada a desplazarse, siendo inscrita en el "Sistema Único de Registro - SUR", para obtener la ayuda humanitaria prevista en la Ley 387 de 1997, la cual sin embargo no le ha sido otorgada, por lo que se han vulnerado sus derechos adquiridos por ley.

Sostiene el libelista que con ocasión del desplazamiento la actora tiene derecho a recibir ayuda humanitaria y una indemnización correspondiente a perjuicios materiales, representado en el daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, por un valor de \$200.256.080.00.

II. LA DEFENSA

NACIÓN - MINISTERIO DE INTERIOR Y JUSTICIA.

A través de apoderada judicial designada para tal efecto, la entidad demandada contestó la demanda proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la entidad sobre la cual recaen las obligaciones legales presuntamente incumplidas, es sobre la AGENCIA SOCIAL PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ACCIÓN

SOCIAL, pues ésta tiene la función legal de entrega de ayudas humanitarias a grupos de especial protección como lo son los desplazados por la violencia, víctimas del conflicto armado.

AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, la entidad demandada contestó la demanda proponiendo las siguientes excepciones:

- 1.- INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES.
- 2.- INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.
- 3.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CON RELACIÓN A LAS RECLAMACIONES ECONÓMICAS DE LA DEMANDANTE QUE SEAN ANTERIORES EN DOS AÑOS A LA FECHA DE RADICACIÓN DE LA DEMANDA.
- 4.- FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA ACCIÓN SOCIAL (HOY DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) NO ES RESPONSABLE POR LOS DAÑOS O PERJUICIOS QUE PRESUNTAMENTE SE LE PUDIERON CAUSAR AL SEÑOR MIGUEL ÁNGEL JIMÉNEZ, DEBIDO A SU DESPLAZAMIENTO.
- 5.- AUSENCIA DE OBLIGACIÓN ALGUNA A CARGO DE ACCIÓN SOCIAL DE ENTREGAR AYUDA HUMANITARIA DE EMERGENCIA DE MANERA RETROACTIVA A LA DEMANDANTE, DE ACUERDO CON LO MENCIONADO POR LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA T-690 DEL 1 DE OCTUBRE DE 2009 Y REITERADO POR ESE ALTO TRIBUNAL EN LAS SENTENCIA T-840 DE 2009.
- 6.- AUSENCIA DE MATERIAL PROBATORIO QUE COMPROMETA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE ACCIÓN SOCIAL.
- 7.- NO ESTA ENUNCIADO EL DAÑO, QUE SE LE CAUSO A LA PARTE ACTIVA POR LA NO PRESTACIÓN DE NINGUNA DE LAS AYUDAS HUMANITARIAS.
- 8.- TAMPOCO ESTA PROBADO SIQUIERA SUMARIAMENTE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SUFRIÓ LA PARTE ACTIVA, CON LA PRESUNTA PRETERMISIÓN DE LA ENTREGA DE LAS AYUDAS HUMANITARIAS.

Aduce que la entidad atendiendo los mandatos constitucionales y legales procedió a la cancelación de las respectivas ayudas humanitarias. En otras

palabras, no hay un nexo causal entre el desplazamiento y los daños y perjuicios que pudo padecer el desplazado.

Por otro lado sostiene que, ACCIÓN SOCIAL no es la entidad a quien le corresponde brindar la seguridad de los ciudadanos, pues tal función está en cabeza de otras entidades del Estado, que cuentan con los conocimientos, competencias, recursos humanos, técnicos facultades legales para el efecto.

Afirma que en el presente asunto, la demandante fue, aparentemente, víctima de desplazamiento forzado como consecuencia del accionar de los grupos armados al margen de la Ley, a pesar de las medidas de seguridad y al acompañamiento que realiza la Fuerza Pública a la población civil en todo el territorio nacional y, tal actividad escapa a la esfera de actividad desarrolladas por la ACCIÓN SOCIAL. No se configura entonces DAÑO ANTIJURÍDICO atribuible a la ACCIÓN SOCIAL.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia aditada en junio 14 de 2012, negó las pretensiones de la demanda, declarando probadas las siguientes excepciones así:

FALLA

"PRIMERO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación procesal por pasiva propuesta por el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA- hoy Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia y del Derecho-, y las excepciones de inepta demanda por falta de requisitos formales y caducidad de la acción propuestas por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de Falta de legitimación material en la causa por pasiva, propuesta por el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL.

TERCERO: Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(...)"

En consideración de la Juez a quo, en el presente proceso se logró acreditar la existencia de la excepción de falta de legitimación en la causa material por pasiva por parte de las dos entidades accionadas, toda vez que quedó establecido en el plenario que conforme a sus funciones, no dieron lugar a la producción del daño consistente en el desplazamiento forzado aducido por la accionante, pues no se encuentra dentro de estas la obligación de brindar seguridad y protección a los ciudadanos y por ende impedir el desplazamiento forzoso de estos debido a los ataques de los grupos armados del país, pues quedó establecido que a este Ministerio le corresponde la formulación de la política pública del sector administrativo del interior, dirigir y promover las políticas tendientes a la prevención de factores que atenten contra el orden público interno y también promover y apoyar la generación de infraestructura para la seguridad, pero no su ejecución.

En cuanto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, señaló la Juez que tampoco se encuentra legitimada por la pasiva conforme a los hechos que se le imputan en la demanda, por las mismas razones anotadas para el Ministerio, en cuanto a su responsabilidad de brindar seguridad a la demandante o la omisión de poner en movimiento todos los medios puestos a su disposición para evitar el hecho dañoso, esto es el desplazamiento, ya que su intervención se produce con posterioridad, a fin de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia y apoyar el retorno y la consolidación y estabilización socioeconómica de quien ha sido víctima de la violencia.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión fue interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, quien expresa su inconformidad con el fallo de primera instancia, manifestando que no se está solicitando en forma alguna responsabilidad a las entidades demandadas por el desplazamiento de que fue objeto la actora, sino que la responsabilidad se deriva del actuar omiso de las mismas, con relación a la pérdida de bienes y la entrega de la ayudas humanitarias que la accionante viene reclamando con la demanda.

V. TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiado el 2 de octubre de 2012, se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2012, dictada por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad (fl. 215); y, con providencia del 13 de noviembre de 2012, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 218), oportunidad que no fue ejercida por ninguna de las partes y el Ministerio Público desistió de emitir concepto de fondo.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 14 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD DE LA ACCION

Advierfe la Sala que dos son los hechos dañosos invocados por la parte demandante, por un lado, lo que tiene que ver con el desplazamiento forzado de la que fue víctima en el año 2002, que determinó para ella la pérdida de sus bienes materiales y; un segundo hecho, que se concreta en la omisión de las autoridades demandadas en la entrega de las ayudas humanitarias previstas en la Ley 387 de 1997.

En ese orden de ideas, debe la Sala definir si el fenómeno jurídico de la caducidad se ha configurado, o no, en este caso, en relación con los dos hechos dañosos que se han referenciado.

De la caducidad de la acción por el desplazamiento forzado.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta la orden que viene impartida por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, en cuanto dispone en su parte resolutive:

VIGÉSIMO CUARTO.- DETERMINAR que para efectos de la caducidad de futuros procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.

Pues bien, para lograr la comprensión de la orden impartida por la Corte Constitucional, es necesario acudir a la sentencia T-299/09, a la que se refiere esa alta Corporación en la sentencia de unificación que se cita, en torno al derecho de la población desplazada a ser beneficiaria de una reparación integral, donde se lee:

“3.5. Los derechos de los desplazados y el derecho a la verdad la justicia y la reparación.

3.5.1. La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia tiene, conforme lo señaló la Corte en la Sentencia la Corte en la Sentencia T-025 de 2004 ^{LIJ},: i) derecho a ser incluido en el Registro Único de Población Desplazada bien individualmente o con su núcleo familiar, ii) derecho a que se reconozca su condición de sujeto de especial protección, iii) derecho a recibir ayuda humanitaria que comprende, como mínimo, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c) vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales, iv) derecho a que se les proporcione una certificación o documento que los acredita como inscritos en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud, v) derecho al retorno a su lugar de origen en condiciones de seguridad, sin que se les pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional, vi) derecho a que se establezcan, con su participación, las circunstancias de su situación personal y familiar para determinar, cómo pueden trabajar con miras a generar ingresos que le permita vivir en forma digna y autónoma, vii) derecho de los menores de 15 años, a acceder a un cupo en un establecimiento educativo, y, viii) derecho a la verdad la justicia y la reparación como víctimas de un delito.

3.5.2. El derecho a la verdad exige que dentro del proceso penal se establezcan claramente las circunstancias del desplazamiento y de los otros delitos de que hubiese sido víctima el desplazado, autores y partícipes, al igual que la posibilidad de que la víctima participe dentro del proceso. El derecho a la justicia incluye la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la eficiente actividad estatal para evitar que los hechos queden en la impunidad. El derecho a la reparación conlleva, una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente.

3.5.3. Los demandantes tendrán por tanto el derecho a que se establezcan las condiciones que generaron su desplazamiento y los autores y de haber sido víctimas no solo de ese delito sino de otros, y en esos casos también tendrán derecho a que se revele la verdad, se castiguen los autores, y a obtener una reparación judicial o administrativa.

De acuerdo con lo anterior, aún cuando se dirá que la caducidad de la acción en este caso no será tenida en cuenta como presupuesto procesal, estima la Sala que es necesario precisar que tal determinación se acoge, no solo por tratarse de una determinación adoptada por la Corte Constitucional con miras a efectivizar la protección reforzada de la que ya se ha revestido a la población desplazada, sino también porque ello responde a los criterios de integralidad normativa contenidos en los arts. 93 y 94 de la Carta Superior², que remiten a los tratados y convenios internacionales que conforman el llamado Bloque de Constitucionalidad, así como a los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas y la protección especial que también cabe respecto de los derechos y garantías que, aún cuando no se encuentren enlistados en la Carta superior o en los convenios internacionales, son inherentes a la persona humana.

De la caducidad de la acción por la no entrega de ayudas humanitarias.

Sea lo primero decir que, como se vio en el acápite anterior, la regla de caducidad de la acción, en materia de reparación directa, no se agota en su

² ARTICULO 93 Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratifica este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

ARTICULO 94 La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

contenido literal, sino que queda abierta para su integración normativa de acuerdo con las reglas de los arts. 93 y 94 Superior, cuando se tienen en cuenta los especiales eventos y las precisas circunstancias en que ocurrieron los hechos determinantes del daño.

En punto a la caducidad de la acción por la no entrega de las ayudas humanitarias en forma oportuna a la población desplazada, esta Sala Especial de Descongestión analizará la ocurrencia de dicho fenómeno no desde el punto de vista de la omisión en la que incurrió el Estado, porque en ese evento la caducidad de la acción se iniciaría a partir del momento en que la entidad demandada incurrió en omisión, entendida dicha omisión como conducta única e instantánea, sino que se dirá que dicho fenómeno encuentra como extremo temporal inicial el momento a partir del cual se inició la distribución de las mencionadas ayudas, analizado ello desde la óptica del retardo o inactividad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En efecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha construido una línea jurisprudencial en torno a la omisión en la actividad estatal como hecho configurativo del daño que da lugar a reclamar la responsabilidad del Estado a la luz de las previsiones contenidas en el Art. 90 de la Carta Superior, de manera que el cómputo del término de caducidad de la acción según las reglas del numeral 8º del Art. 136 del C.C.A., debe iniciar a partir del día siguiente a aquel en que *ha tenido lugar dicha omisión*, y fenece de manera perentoria en el último día de los dos (2) años siguientes atendiendo el carácter objetivo e improrrogable del término de caducidad de la acción.³

No obstante, dicha posición se ha ido moderando para reconocer la existencia de circunstancias que siendo dañosas, no pueden ser confundidas con el daño antijurídico propiamente dicho, como resultan serlo las consecuencias del daño cuando estas se prolongan o se extienden en el tiempo; porque en tales casos, ha dicho el Consejo de Estado⁴, la caducidad corre de manera autónoma e independiente a partir de la ocurrencia del daño, y no de la extensión en el tiempo de sus efectos nocivos.

³ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099)

⁴ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número. 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109)

Conforme con las anteriores posturas, forzoso resultaría concluir que en el caso que ahora se estudia, se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, como quiera que en este caso se alega que el Estado incurrió en omisión frente a la demandante, cuando no le hizo entrega de las ayudas humanitarias en el momento en que anunció haber sido desplazada de manera forzada de su lugar de habitación.

Sin embargo, en este caso encuentra la Sala que no se trata de una omisión del Estado sino de una prolongada *inactividad estatal*, un *retardo institucional* frente a las necesidades de la población desplazada al interior del territorio colombiano, lo que fue resaltado por la Corte Constitucional al declarar el estado de cosas *inconstitucional* a través de la sentencia T-025/04⁵; inactividad o retardo que eventualmente se configura como causante del daño antijurídico del que derivaría la responsabilidad estatal y cuya cesación determina el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción, pues es en ese momento cuando cesa la causación del daño.

Atendiendo tales parámetros, debe entonces afirmarse que el daño que se le enrostra a la Administración cesa en su causación, precisamente cuando el Estado entra en acción para dar cumplimiento a la obligación que le viene impuesta por mandato legal, y es a partir de ese momento cuando inicia el cómputo del término de caducidad de la acción.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

De la lectura de la demanda, de la sentencia de primera instancia y del recurso de apelación, esta Sala debe determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA

⁵ ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) son responsables a título de falla del servicio por los perjuicios materiales y morales causados a la demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento forzado de la actora, hecho en el que perdió todos sus bienes materiales, así como la falla del servicio o de la administración en la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, ordenadas por la ley con destino a la población desplazada.

Como problemas jurídicos asociados habrá de estudiarse i) si como requisito de prosperidad de las pretensiones referidas al daño causado por el desplazamiento forzado, se debe establecer cuál fue el hecho violento que lo determinó, para a partir de allí establecer la responsabilidad estatal; ii) cómo se demuestra la condición de persona desplazada; iii) qué perjuicios deben repararse por el Estado por la ocurrencia del desplazamiento forzoso; iv) qué perjuicios deben repararse con ocasión de la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.

4. TESIS DE LA SALA

Debe decirse, que esta Corporación mediante providencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013⁶, expuso su criterio en relación con este tema, tomando como punto de partida la sentencia SU-254/13 proferida por la Corte Constitucional, reforzada con los lineamientos jurisprudenciales que vienen dados por el Consejo de Estado en materia de reparación del daño antijurídico causado a la población desplazada; y arribó a las siguientes conclusiones:

1. La inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es prueba de la condición de persona desplazada, a menos que se demuestre en juicio lo contrario.
2. La responsabilidad del Estado ante el daño causado por el desplazamiento forzado, debe analizarse frene al hecho particular de violencia que lo deferminó.

⁶Tribunal Administrativo de Bolívar, sentencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013 Exp. 13001-33-31-504-2010-00287-00. Ponencia de la Dra. Ligia del Carmen Ramírez Castaño

3. El daño moral se presume en los eventos en que ha tenido ocurrencia el desplazamiento forzoso.
4. El daño material reclamado por la ocurrencia del desplazamiento forzado, debe ser plenamente demostrado por el demandante en el marco del proceso judicial en el que se debate la responsabilidad estatal.
5. La inactividad o retardo del Estado en la entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, se configura como un daño antijurídico que agrava las condiciones de vulnerabilidad de ese grupo poblacional, aun cuando dicha obligación no tenga un componente de carga legal, sino que se soporta en el principio de solidaridad.
6. La no entrega oportuna de ayudas dirigidas a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, no se configura como un daño antijurídico al soportarse en el principio de solidaridad y no ser el Estado el único titular de dicha obligación.

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la Sala los acogerá en su integridad, bajo los argumentos que a continuación se exponen.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La responsabilidad extracontractual del Estado

La acción promovida por el actor es la de reparación directa, cuya fuente constitucional se encuentra en el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código Contencioso Administrativo y cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

"ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

ART. 86 CCA.—Modificado. L.446/98, art. 31. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la

ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa..."

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos⁷:

1. **El Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. **El Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. **El Nexó Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA OCURRENCIA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO Y EN LA ENTREGA DE AYUDAS HUMANITARIAS.

Como se anotó en la parte precedente de esta providencia, la Sala tomará como referente constitucional y jurisprudencial la Sentencia SU-254/13 de la Corte Constitucional, en la medida en que la misma se ocupa de analizar lo referente al daño causado a la población sometida a desplazamiento forzoso, la categorización de la conducta delictiva que dio ocurrencia al desplazamiento como un delito de lesa humanidad, los alcances de la reparación judicial y la indemnización administrativa a que tiene derecho la población desplazada, teniendo como punto de partida la Ley 398 de 1997 hasta llegar a la Ley 1448 de 2011, valorando en extenso las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado, y fijó, además, los efectos *inter communis* que dicha decisión abarca.

⁷ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.

DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO

Acerca de la configuración y magnitud de este fenómeno social y partiendo de las dimensiones del daño por éste causado, la Corte Constitucional en la sentencia de la cual partimos nuestro estudio, declaró lo siguiente: (i)...el estado de cosas inconstitucional en relación con la vulneración masiva, continua, sistemática del desplazamiento forzado; (ii) la obligación y responsabilidad del Estado en materia de prevención y de atención integral desde la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización socioeconómica y la reparación integral a las víctimas; (iii) ha evidenciado las carencias y falencias por parte de la respuesta estatal e institucional en relación con la prevención y atención integral del desplazamiento y ha adoptado medidas que fijan parámetros constitucionales mínimos para la superación de dichas falencias y del estado de cosas inconstitucional, para el logro del goce efectivo de los derechos de esta población; y (iii) ha insistido en que el proceso de restablecimiento y de reparación integral a las víctimas de desplazamiento forzado es una cuestión de justicia restaurativa y distributiva y no puede tener un carácter asistencialista.

DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En cuanto se refiere al título con base en el cual se hace la imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, por la ocurrencia del fenómeno del desplazamiento forzado en el territorio nacional, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho en relación a la condición de desplazado la tiene "... quien se vea obligado a migrar internamente en las circunstancias y por los motivos señalados en la ley, porque, se reitera, ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica".⁸

Para esa Corporación, es claro que ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica que se adquiere con la inscripción en una lista oficial a por el hecho de recibir atención humanitaria estatal⁹.

Por lo que ha dicho además, que se justifica el trato preferencial que se debe otorgar a la población desplazada como causa del conflicto interno, lo cual es una situación excepcional que permite al juez interpretando la cláusula social

⁸ Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3 Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006)

⁹ Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3 Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006) Caso del desplazamiento de la Gabarra

de nuestro Estado Social de Derecho, proteger su situación de indefensión a la que se ve sometido por motivos ajenos a su querer.¹⁰

Por otro lado, en relación con las víctimas del desplazamiento como víctimas de un delito, la jurisprudencia también ha reconocido que *"Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento y, por lo tanto, tiene derecho a conocer la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueren causados."*¹¹

En lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado por acción o por omisión ante hechos de desplazamiento forzado, y su obligación de atender y reparar a las víctimas una vez ocurrido el desplazamiento forzado, se ha considerado que al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, en razón a que las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados, pero si éste no es capaz de impedir que sus asociados sean expulsados de sus lugares de origen, tiene al menos que garantizarles la atención necesaria para reconstruir sus vidas.¹² Por consiguiente, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación.¹³

Ahora, respecto a la acreditación de la responsabilidad del Estado por omisión, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos: *"(...) a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño."*¹⁴

¹⁰ Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2 001)

¹¹ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3. Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú. Esto fue reiterado en la Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Fito Gringo.

¹² Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera. Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

¹³ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

¹⁴ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3. Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

En este mismo sentido, reiteró el Consejo de Estado en otra oportunidad, que en relación con la responsabilidad del Estado por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad.¹⁵

DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL DESPLAZAMIENTO FORZOSO.

En cuanto a la forma de reparar el daño antijurídico causado a la población desplazada, partiendo de la base de que el Estado ha incurrido en una falla del servicio, que en cada caso debe ser analizada en concreto, en la misma sentencia de unificación que por vía de revisión ha proferido la Corte Constitucional, con soporte en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, sostuvo que *"una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio."*¹⁶

En lo que tiene que ver con los daños materiales y morales que ocasionan el desplazamiento forzado, la Corte también adujo que: *"[n]o es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional"*¹⁷

¹⁵ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3. Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

¹⁶ Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3.

¹⁷ Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3. Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

Por su parte, el Consejo de Estado en otra ocasión accedió también al reconocimiento de la indemnización por daño moral, por "el dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural."¹⁸

Finalmente, en cuanto al tema de la indemnización, el Consejo de Estado consideró que la misma tiene como causa la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, por la causación de un daño antijurídico que le es imputable de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política; y que de la misma, no se descontará el valor de los bienes que hubieren recibido por parte del Estado durante el desplazamiento porque tales bienes le son entregados a las víctimas de los delitos no a título de indemnización sino en desarrollo del principio de solidaridad.¹⁹

DE LA PRUEBA DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO

En lo tocante a cómo se demuestra la condición de persona o población sometida a desplazamiento forzado, la Corte Constitucional en la sentencia que se comenta, precisó:

(iii) En relación con la condición de desplazado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha condición se adquiere y se constituye a partir de un presupuesto fáctico, que es el hecho mismo del desplazamiento forzado, hecho que es el requisito constitutivo de esta condición y en consecuencia, de la calidad de víctima de desplazamiento forzado. Por tanto, la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, que la actual Ley 1448 de 2011 prevé sea el soporte para el "Registro Único de Víctimas", de conformidad con el artículo 154 de esa normativa, es un requisito meramente declarativo y no constitutivo de la condición de víctima, en donde, a través de un trámite de carácter administrativo, se declara la condición de desplazado, a efectos de que las víctimas de este delito puedan acceder a los beneficios legales y a los diferentes mecanismos de protección de derechos, con carácter específico, prevalente y diferencial, para dicha población.

De acuerdo con lo anterior, la Corte encuentra que con la declaración e inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, hasta ahora existente, que se transformó en el Registro Único de Víctimas, en aplicación de la Ley 1448 de 2011, la población desplazada cumple con una carga mínima de presentarse ante la entidad responsable, declarar y solicitar su inscripción para

¹⁸Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catahumbo

¹⁹Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gaharra del municipio de Tibú.

el acceso a los diferentes programas que hacen parte del Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada y del recién creado "Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas", de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1448 de 2011, en lo que se refiere a las diferentes medidas de reparación integral previstas por esta Ley.

Esto se encuentra en armonía con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011 que define el concepto de víctima y el artículo 16 del Decreto 4800 de 2011 que reconoce que esta condición "es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial a través de la inscripción en el Registro. Por lo tanto, el registro no confiere la calidad de víctima, pues cumple únicamente el propósito de servir de herramienta técnica para la identificación de la población que ha sufrido un daño en los términos del artículo 3 de la ley 1448 de 2011 y de sus necesidades, y como instrumento para el diseño e implementación de políticas públicas que busquen materializar los derechos constitucionales de las víctimas.

El Registro Único de Víctimas incluirá a las víctimas individuales a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 e incluirá un módulo destinado para los sujetos de reparación colectiva en los términos de los artículos 151 y 152 de la misma Ley."

(...) No obstante, cabe advertir que si por algún hecho sobreviniente se encuentra y establece que uno de los actores no ostenta la calidad de víctima de desplazamiento forzado, éste no será beneficiario de las medidas que se adopten en la presente decisión.

De acuerdo con los anteriores argumentos, ha de decirse entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación de falta en el servicio, por la ocurrencia misma del hecho del desplazamiento forzado en la medida en que ha venido a establecerse que la Administración siempre pudo haber evitado la causación del hecho o, por lo menos, haber minimizado los efectos dañinos del mismo, responsabilidad que deriva del contenido obligatorio que la Constitución y la ley imponen al Estado de preservar y proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA NO ENTREGA OPORTUNA DE AYUDAS HUMANITARIAS A LA POBLACIÓN DESPLAZADA.

De los apartes ya transcritos de la sentencia SU-254 de 2013, se destaca que la Corte Constitucional no encuentra que el daño causado por la no entrega de ayudas humanitarias se torne antijurídico, en la medida que tal obligación encuentra sustento en el principio de solidaridad de asistencia en casos de emergencia, y no en una disposición que conlleve tal obligación como carga

impositiva para la Administración, de manera que no se configura la responsabilidad estatal en la forma como la contempla el art. 90 Superior.

Sin embargo, como quiera que dicha consideración se expresa en la mencionada sentencia a título de *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, al no responder al problema jurídico que en dicha providencia se desafa, la misma se apreciará por esta Sala a título de ilustración; pero, aún así, se abocará al estudio de la configuración del daño y su eventual imputación de responsabilidad al Estado, tomando como referente la sentencia C-278 de Abril 18 de 2007 a través de la cual esa misma Corporación efectuó el estudio de constitucionalidad de los artículos 15 y 18 de la Ley 387 de 1997.

Como ya se anunció al abordar el estudio de la caducidad de la acción frente a la reclamación de reparación por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, esta Sala de Decisión parte del principio del *retardo estatal*, de la *prolongada inactividad estatal*, y no de la *omisión estatal*, como elemento que configura el hecho dañoso en estos casos, tal como se explica a continuación.

a) Naturaleza de la obligación de entregar ayudas humanitarias de emergencia.

A través de la Ley 387 de 1997 se consagró como a cargo del Estado, la obligación de proveer ayudas humanitarias de emergencia a la población que resultara afectada por el desplazamiento forzado, una vez se produjera el mismo; obligación cuyo contenido es definido por el art. 15²⁰ de la Ley en cita como garantista, de socorro, de asistencia y protección para atender las necesidades básicas de este grupo poblacional, incluso mientras subsista la condición de emergencia.

²⁰ ARTICULO 15. DE LA ATENCION HUMANITARIA DE EMERGENCIA. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario

Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales.

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento

PARAGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exigible. Apartes tachados INEXEQUIBLES> A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables

Como ya se dijo en aparte anterior, a través de la sentencia T-025 de 2004 fue necesario que la Corte Constitucional declarara el estado de cosas *inconstitucional* de la población desplazada, para conminar al Estado a que diera cumplimiento a las previsiones de la Ley 387 de 1997 incluso las referidas a la entrega de ayudas humanitarias, y fue necesario que se hiciera el seguimiento de las *órdenes de ejecución compleja* impartidas, para lograr que finalmente se implementaran las políticas de atención preferencial a este grupo humano y se apropiaran los recursos dirigidos a cumplir tales políticas.

Ahora bien, al resolver sobre la exequibilidad de este articulado, a través de la sentencia C-278/07, la Corte Constitucional reafirma su extensa línea jurisprudencial de protección a la población desplazada, calificando el desplazamiento forzado como un problema de humanidad, como una verdadera tragedia nacional, un estado de emergencia social y un serio peligro para la estabilidad política del país. Se refiere a la inactividad del Estado como contraria a la racionalidad implícita en el constitucionalismo, al causar una *evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenida en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos*, contradicción que se hace patente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad que padecen los desplazados y la negación del Estado a cumplir el deber constitucional de prevenir las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

A más de lo anterior, aplicando el principio de interpretación por convencionalidad a que se refieren los arts. 93, 94 y 224 de la Carta Superior, la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante a los **Principios Rectores de los Desplazamientos Internos**, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos, pese a que tales principios no han sido aprobados mediante un tratado internacional, considerando que deben ser apreciados como parámetros en la creación normativa y la interpretación en la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado.

Para resolver sobre la constitucionalidad del Art. 15 de la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional centra su atención en los Principios Rectores relativos a la asistencia humanitaria; y al hacer el análisis sobre lo que ha sido la respuesta institucional del Estado colombiano, en especial en relación con las ayudas humanitarias, se expresa:

*“Al analizar el **diseño de la atención humanitaria de emergencia**, observó que **“hace énfasis en el factor temporal, resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada”** y anotó que **“el límite temporal de tres meses no responde a la realidad de la continuación de la vulneración de sus derechos, de tal forma que la prolongación en el tiempo de dicha prestación no depende de las condiciones objetivas de la necesidad de la población, sino del simple paso del tiempo”** (no está en negrilla en el texto original).*

*En cuanto al **grado de implementación** de la política de atención a la población desplazada, halló una **“insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones”**, pues varias de las instituciones comprometidas **“no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales”**, lo cual se evidencia en casi todos los componentes, incluyendo la atención humanitaria de emergencia, que **“se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos”**.*

*Por lo que hace al **cumplimiento y continuidad** de la política de atención al desplazamiento forzado, la Corte señaló que aun cuando no se es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas, por no contarse con mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades implicadas, **“las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hace de manera discontinua y demorada”** y agregó que según esos informes **“no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención”**, problema que para la Corte está presente en casi todos los componentes de la política, incluida la atención humanitaria de emergencia, que **“puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias”**.*

*Por último, la Corte encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas, han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria de emergencia, donde halló que **“los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación”**.*

También, encontramos que el Art. 1º de la Ley 387 de 1997²¹, anterior al documento internacional que se ha referenciado, incluye algunos principios en materia de atención a la población desplazada, por lo que vemos entonces, que si bien la obligación de prestar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada se cimienta en un principio de humanidad y solidaridad que compromete a toda la sociedad, también tiene un componente legal y supralegal que radica en cabeza del Estado la primera obligación de asistencia en la **situación de emergencia** y mientras subsista la misma, como efectivización del deber de satisfacer los derechos mínimos a la subsistencia digna garantizados por los estándares nacionales e internacionales del Derecho Humanitario, como realización y observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho; y, también se consagra para este grupo poblacional la facultad de reclamar la efectividad de la ayuda humanitaria de emergencia, puesto que la norma se refiere a ella como un derecho que le asiste a la población desplazada a recibir y reclamar por ellas.

Ahora bien, el incumplimiento del Estado en su deber de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada, a más de ser un hecho notorio y por tanto no necesario de demostración, se hizo evidente con el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004 por medio de la cual se declara el estado de cosas inconstitucional para la población desplazada, que, de

²¹ARTICULO 2º DE LOS PRINCIPIOS <Artículo CONDICIONALMENTE exigible> La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios

1º Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria

2º El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente

3º El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.

4º La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar

5º El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación

6º El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen

7º Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzosamente

8º El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley

9º Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social

acuerdo con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, se configuró por (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Entonces, para esta Sala de Decisión es incuestionable que la población desplazada fue obligada, por la prolongada inactividad del Estado, a permanecer en condición de emergencia de manera indefinida, a soportar sin justificación alguna la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales mínimos y relacionados con la subsistencia digna, fue forzada a reclamar sus derechos por vía de acción de tutela, ante la actitud impasible de la Administración que se escudaba en la falta de los recursos económicos necesarios para atender las penurias de este grupo poblacional.

Todo lo anterior se configura, según el criterio de esta Colegiatura, en un daño antijurídico causado por el Estado, que debe ser reparado, como quiera que la población desplazada debió ser atendida en forma prioritaria y/o preferente para obviar su condición de emergencia; de manera que se acredita así la existencia del daño sufrido por la población desplazada y, la antijuridicidad de tal daño determinado por la inactividad estatal al no hacer entrega oportuna de las ayudas humanitarias de emergencia, como lo exige el Art. 90 Superior. Lo

anterior, encuentra además respaldo en la sentencia No. 14721 de Junio 4 de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.²²

b) De las ayudas para la estabilidad socioeconómica

En relación con las ayudas que se deben prestar a través de la implementación de programas de estabilización socioeconómica, consistentes en la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001), no encuentra esta Sala de Decisión que ante su no entrega se configure daño antijurídico alguno, como quiera que esta obligación, que *prima facie* puede ser enmarcada como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto debe promover la prosperidad general de sus asociados, no está radicada únicamente en el Estado sino que, a su atención concurren también organismos humanitarios nacionales e internacionales, a más de la sociedad en general, aún cuando le corresponda al Estado implementar los programas que serán los canales para la adecuada distribución de tales prestaciones asistenciales, sin olvidar que en estos casos debe el Estado contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

DE LOS PERJUICIOS MATERIALES

Ahora bien, respecto de la forma cómo se ha de reparar el daño antijurídico así causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, esta Sala advierte la imposibilidad de derivar un daño material por dicho concepto, como quiera que el concepto mismo de *ayuda humanitaria* reprime la eventualidad de obtener un lucro de tales ayudas, precisamente por su carácter humanitario y su componente de solidaridad, aunque no se desconoce por la Sala que el recibo a tiempo de la ayuda humanitaria de emergencia habría significado para la población desplazada el alivio a necesidades básicas que podían ser traducidas en un componente pecuniario, más no patrimonial, es decir, tales ayudas no pueden ser consideradas – en ningún caso – como factor de acrecentamiento del

²² CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721)

patrimonio o peculio personal de los individuos que integran el grupo de población desplazadas.

A más de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado en claro que no es posible efectuar el pago retroactivo de las ayudas humanitarias, como quiera que su no pago o entrega oportuna no se torna en un crédito.²³

Por lo tanto se dirá, entonces, que no hay lugar a reconocer perjuicio material alguno por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, al no tener ellas un componente patrimonial o crediticio.

DE LOS PERJUICIOS MORALES

En este punto, advierte la Sala que el perjuicio moral causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, encuentra su razón de ser en la forma como el Estado agravó la condición de sufrimiento y aflicción de ese grupo social, circunstancia que para esta Colegiatura no requiere demostración si se toma como referente lo tantas veces dicho por la Corte Constitucional frente a las condiciones de desprotección, vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra este grupo poblacional.

En ese orden de ideas, para la tasación del perjuicio moral, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta factores objetivos que permitan determinar la intensidad del mismo, a efectos de proceder a su reconocimiento acorde con los principios que informan la regla *arbitrio iuris*.

6. EL CASO CONCRETO

La demanda afirma que la **NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA** – y la **AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL** hoy **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**, son responsables administrativa y patrimonialmente por los daños, perjuicios materiales y morales causados a la demandante **NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS**, en primer lugar por el desplazamiento al que fue sometida donde perdió todos sus bienes materiales y en segundo lugar por la omisión de las demandadas en otorgar las ayudas humanitarias a que estaban obligados a entregar conforme a lo estatuido en la Ley 387 de 1997.

²³ Así lo dejó ratificado en la sentencia T-840 de 2009, citando la sentencia T-600 de 2009

De acuerdo con los parámetros que antes se han expuesto, el estudio de las pretensiones del actor se efectuará en los siguientes términos:

1. Prueba de la condición de persona desplazada.

Atendiendo las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, contenidas en el art. 177 del C.P.C., al que se llega en virtud del expreso principio de remisión previsto en el art. 267 del C.C.A., le corresponde en este caso a la demandante acreditar que se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada, actualmente Registro Único de Víctimas, para a partir de dicha probanza permitir el estudio de sus pretensiones.

En este caso, dicha prueba no fue arimada al plenario y tampoco fue solicitada por la actora como prueba a su favor, lo que sería suficiente para denegar las súplicas de la demanda; no obstante, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes AGENCIA PRESIDENCIA PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTRNACIONAL "ACCION SOCIAL"), allegó constancia de que la señora NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS, como portadora de la cédula de ciudadanía número 45.780.629, se encuentra inscrita en el citado Registro desde el 9 de diciembre de 2002 (fl. 120 y ss), con lo que se acredita la condición de persona desplazada.

2. De la caducidad de la acción por los daños ocasionados a la actora por el desplazamiento forzado.

Atendiendo lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU-254 de 2013, no hay lugar a efectuar el estudio de la caducidad de la acción por la ocurrencia de este hecho.

3. Del daño causado por el hecho mismo del desplazamiento forzado.

Se afirma en la demanda que la señora NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS fue desplazada de su domicilio de origen, ubicado en el Municipio de San Juan de Nepomuceno (Bol.), pero nada informa la actora acerca del hecho de violencia que determinó su movilización forzosa, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a las demandadas por esta circunstancia, lo que determina que se denieguen las pretensiones que se han formulado en la demanda derivadas del hecho mismo del desplazamiento forzoso, lo que se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

4. De la caducidad de la acción por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias de emergencia.

Se afirma por la señora NIETO BALLESTEROS que a la presentación de la demanda se le adeudaban la totalidad de las ayudas humanitarias que debía recibir de las demandadas; sin embargo, sobre la constancia arrojada por la demandada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (fl. 120 y ss) es posible determinar que la demandante comenzó a recibir ayudas humanitarias a partir del 19 de febrero de 2008, de manera que, según los parámetros que antes se han precisado, ha de decirse que el término de caducidad de la acción inició su cómputo a partir del 20 de febrero de 2008 para finalizar el 20 de febrero de 2010 y, como quiera que la demanda introductorio de este proceso se presentó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el 1º de abril de 2011, forzoso resulta concluir que el citado fenómeno jurídico ha tenido ocurrencia, lo que obliga a su declaración y a denegar las súplicas de la demanda relacionadas con este hecho.

7. COSTAS

De acuerdo con las previsiones del art. 151 del C.C.A., no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia de fecha catorce (14) de junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, la cual quedará así:

1. **NIEGANSE** las pretensiones de la señora NELLY SOFIA NIETO BALLESTEROS relacionadas con el daño que afirma le fue causado por las demandadas, por el desplazamiento forzoso a la que fue sometida en el año 2002, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

2. **DECLARASE** la caducidad de la acción en relación con las pretensiones que guardan relación con la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.
3. Como consecuencia de la anterior declaración, **NIEGANSE** las súplicas de la demanda relacionadas con la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias a la población desplazada.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMÍTASE EL EXPEDIENTE** al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTANO


JORGE EL CEFERINO GALLO

DLBT


MARCELA LOPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0131
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: INELDA MORALES MARTINEZ
DEMANDADO	: CAJANAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2012-00112-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICUATRO (24) DE ENERO DE 2014

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SUBSECCIÓN ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002-**

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Enero Veinticuatro (24) de dos mil catorce
(2014)

SENTENCIA No. 005 /2014

2ª instancia

Tema: Reliquidación de pensión de jubilación

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

**Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-010-2012-00112-01.
Demandante: INELDA MORALES MARTÍNEZ
Demandado: CAJANAL**

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha Veinte (20) de Marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora INELDA MORALES MARTÍNEZ instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" E.I.C.E. HOY EN LIQUIDACIÓN para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

Pretensiones

"PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 5412 del 30 de junio de 2010, mediante la cual la entidad resolvió recurso reposición contra el acto ficto y re liquidó la pensión de la señora INELDA MORALES MARTÍNEZ, en cuantía equivalente al 75% de los últimos 9 años, 04 meses y 22 días, elevando la cuantía a la suma de %504.766.17 efectivamente a partir del 07 de marzo de 2006.

SEGUNDA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene a la entidad demandada y/o a quien la remplace reliquidar la pensión con el 75% del promedio devengado en el último año de servicios y la inclusión de todos los factores salariales devengados en la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENOS VEINTICINCO PESOS CON 19 CENTAVOS M/CTE (\$681.525,19) efectiva a partir del 07 de marzo de 2006."

Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, el demandante estimó los siguientes:

- 1. La señora EMILIA PEREZ ROJAS, laboró en forma ininterrumpida durante más de 20 años al servicio del Hospital San Juan de Dios de Monpos (Bol.) hasta el 07 de marzo de 2006, desempeñando el cargo de Auxiliar de servicios generales, lo cual le otorgaba el derecho a pensionarse con 20 años de servicios, 55 años de edad y en cuantía equivalente al promedio de todo lo devengado durante el último año de servicio.*
- 2. Señala que la CAJA NACIONAL DE PREVISIONSOCIAL CAJANALE.I.C.E, hoy en Liquidación a través de la Resolución No. 46370 del 30 de diciembre de 2005, reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a la señora INELDA MORALES MARTÍNEZ en cuantía de \$463.215.19, efectiva a partir de 01 de enero de 2004, condicionada a demostrar retiro del servicio oficial y para efectos del reconocimiento pensional, dio aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir con el 75% de lo devengado entre el 01 de abril de 1994 hasta 30 de octubre de 1999.*

3. *Posteriormente mediante Resolución No. 5412 del 30 de junio de 2010, resolvió recurso de reposición contra el acto ficto y reliquidando la pensión en cuantía equivalente al 75% de los últimos 9 años, 04 meses y 22 días, elevando la cuantía a la suma de \$504.766.17 efectiva a partir del 07 de marzo de 2006.*

Normas violadas y concepto de violación

Constitución Política: Arts. 2, 6, 25, 29, 53 y 123.

Ley 33 de 1985: inciso 3 Art. 3.

Ley 100 de 1993: Art. 36.

Decreto No. 1045 de 1978: Art. 45.

Como concepto de violación estima que Los actos administrativos demandados en lo que respecta a la no reliquidación de la pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el último año están viciados de nulidad, expedición irregular, falsa motivación, violación directa de la ley y violación de normas superiores, por cuanto viola los derechos adquiridos, viola el Art. 36 de la Ley 100 de 1.993 que es la norma específica y más favorable al no aplicar en su integridad lo señalado en la precitada norma cuando indica que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraba afiliada la demandante, que para este caso no es otro que el señalado en el Parágrafo 2 del Art. 1 de la Ley 33 de 1985, que es la norma específica y más favorable comparada con la norma que aplicó la entidad demandada al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

Señala que se presenta violación de norma superior como también directa de la ley, por cuanto el Decreto 1158 de 1.994 es posterior al Art. 45 del Decreto 1045 de 1.978 el cual señala en forma taxativa los factores salariales a tener en cuenta, para este caso de acuerdo con el parágrafo 2 del Art. 1 de la Ley 33 de 1.985 a que tiene derecho se le aplique a la demandante.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada, mediante apoderado judicial constituido para tal efecto, contestó la demanda en los siguientes términos.

"En derecho fundo la defensa de mi representada en las siguientes normas, contestaciones y Excepciones:

Para determinar el ingreso base de liquidación, se tomaron los factores de salario relacionados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 que, para el caso fueron, asignación básica, bonificación por servicios prestados horas extras.

Respecto de la solicitud de reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% del promedio devengado en el último año de servicio y la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Que la solicitante está incluida en el Régimen de Transición que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993 que al entrar ésta en vigencia, le faltaban 9 años 04 meses y 22 días para adquirir el status B pensionada, razón por la cual el período de tiempo a liquidar según lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es el tiempo que le hace falta para adquirir el status de pensionada, contado a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir, 9 años, 04 meses y 22 días.

Que el decreto 1158 de 1994 señala en el Art:1º El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de pensiones de los servidores públicos que por el presente decreto se incorporan, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual.*
- b) Los gastos de representación.*

- c) *La prima técnica, cuando sea factor de salario.*
- d) *Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) *La remuneración por trabajo dominical y festivo.*
- f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna.*
- g) *La bonificación por servicios prestados.*

Entonces tenemos que los factores aducidos por la actora, los cuales no se tuvieron en cuenta para reliquidar su pensión de vejez, no se encuentran establecidos en el articulado anterior, por lo que no son tenidos en cuenta como base para calcular la liquidación de pensión; y sólo han de tenerse en cuenta la asignación básica, la bonificación por servicios, la bonificación por compensación, la prima de antigüedad, las cuales ya se tuvieron en cuenta al momento de efectuar la liquidación.

Sin embargo se observa que aportó nuevos factores salariales que si se toman en cuenta y se procede a hacer la reliquidación correspondiente con los últimos 9 años, 04 meses y 22 días, en el período correspondiente entre el 12 de Enero de 1997 al 03 de Junio de 2006, último salario aportado.

Que la reliquidación de su pensión se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado de los últimos 9 años 04 meses y 22 días, efectiva a partir del 07 de Marzo de 2006. De conformidad a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y sentencia 168 del 20 de Abril de 1995 Corte Constitucional entre el 01 de Abril de 1994 y 30 de Diciembre de 2003. Que aportó para el reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir del 01 de Enero de 2004, los tiempos de servicios en el Hospital San Juan de Dios (Mompós-Bol) desde 1983-08-23 hasta 2003-12-30, con un total de días laborados de 7.328-1046 semanas; que para la reliquidación de su pensión aportó nuevos tiempos laborados y factores constitutivos de salario desde 2004-01-01 hasta 2006-03-06, con un total de días laborados de 8.114-1159 semanas. Por lo

anterior mediante Resolución 5412 de 30 de Junio de 2010 fue reliquidada su pensión de vejez.

A la solicitud de indexación o corrección monetaria, el Consejo de Estado mediante sentencia del 08 de Noviembre de 1995 (Sección Segunda) Magistrado Ponente Dr. JOAQUÍN BARRETO RUIZ, afirmó que esta corporación ha accedido ya en varias oportunidades a decretar el reajuste de valor cuando lo reclamado por los demandantes ha sido una suma fija que ha quedado congelada en el tiempo...»...»"

Y también en sentencia de 08 de Agosto de 1996 (Sala de Consulta y Servicio Civil) Magistrado Ponente LUIS CAMILO OSORIO ISAZA-Consejo de Estado, lo afirmó. De acuerdo a lo anterior, el artículo 178 del C.C.A. faculta al juez administrativo para establecer el ajuste monetario de aquellas sumas reconocidas, que no tengan ninguna posibilidad de actualización de su valor. Empero la administración de manera oficiosa no está facultada por norma legal alguna para actualizar el valor monetario de las obligaciones a su cargo, estando obligada eso sí, a dar cumplimiento a las disposiciones legales por imperativo legal.

Y es por esto que, no estando facultada para decretar de oficio dicho reajuste se niega el reconocimiento y pago de la solicitud de indexación.

Que en virtud del decreto 691 de 1994 artículo primero, los servidores públicos fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, previsto en la ley 100 de 1993; que la ley 100/93 estableció el Régimen de Transición como un beneficio que la ley expresamente reconoce a los trabajadores afiliados al Régimen de prima media con prestación definida consagrada en el artículo 36, el cual dispone que son beneficiarios del régimen de transición las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, es decir, el 01 de Abril de 1994 tengan treinta y cinco (35) o más

años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más si son hombres o quince (15) o más años de servicios cotizados. Para estos beneficiarios, 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 será la establecida en el Régimen anterior al cual se encuentran afiliados.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso indicar que el peticionario se encuentra cobijado por la ley 33 de 1985 en concordancia con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, así:

1.- edad de pensión: 55 años para hombre y mujeres.

2.-Tiempos de servicios: 20 años.

3.-Monto:75%.

4.-Ingresobase de cotización: art. 18 ley 100 de 1993. La base para calcular las cotizaciones, será el salario mensual base de cotización para los servidores públicos que señale el Gobierno de conformidad con lo dispuesto en la ley 4 de 1992.

5.-Ingresobase de liquidación: art. 18 ley 100 de 1993

Es pertinente aclarar que la liquidación se efectúa con el tiempo que hiciera falta para cumplir el status jurídico de pensionado o los últimos 10 años y los factores base para calcular la liquidación son los establecidos en el decreto 1158 de 1994, las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se rigen por lo establecido en la ley 100de1993 y demás disposiciones que la reglamentan.

Y los factores aducidos por el demandante no se tuvieron en cuenta para liquidar pensión de vejez, por no encontrarse establecidos en el articulado anterior, por lo tanto no son tenidos en cuenta como base para calcular la liquidación de dicha pensión.

Tratándose de la solicitud de pago de indexación, debemos remitimos a la normatividad establecida en el artículo 178 del C.C.A. -AJUSTE DE VALOR: La

liquidación de las condenas que se resuelvan plante sentencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, deben efectuarse en todos los mediante sumas líquidas de moneda en curso legal en Colombia; y cualquier Ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.

El artículo 178 del C.C.A. faculta al juez administrativo para establecer el ajuste monetario de aquellas sumas fijas reconocidas, que no tengan ninguna posibilidad de actualización de su valor. Empero la administración de manera oficiosa no está facultada por norma legal alguna para actualizar el valor monetario de las obligaciones a cargo, estando obligada al cumplimiento a las decisiones judiciales por imperativo legal.

Mi representada dio aplicación a las normas legales contenidas en la ley 37 de 1985, 100 de 1993 art. 36, Decreto 1158 de 1994, C.C.A., y Decreto 01 de 1984.

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD PRESUPUESTAL

De acceder alegremente a conceder tales factores prestacionales, entre las muchas transgresiones en que incurramos, claramente se tipificaría una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal, consagrado en el Art. 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, principio que se llama a la cordura y a la razonabilidad del sistema presupuestal, ya que debe existir coordinación entre los emolumentos y los egresos.

Tal principio de sostenibilidad presupuestal era prioritario dado que la Constitución Política no establecía expresamente ningún principio que impusiera la necesidad de "asegurar el equilibrio económico del sistema" y porque se "puede entonces conducir a que se adopten decisiones que no lo tengan en cuenta, lo cual a la postre pone en peligro el sistema mismo, vale decir, la posibilidad de asegurar los derechos de los afiliados y la estabilidad financiera de la Nación.

Principio que "se aplique a todas las autoridades públicas, tanto por el Congreso al expedir las leyes, como por el Gobierno al reglamentarlas y los jueces al examinar la constitucionalidad de las leyes o expedir las sentencias sobre este tema.". Ello se explica, en que "ello corresponde a las tendencias en el mundo que imponen tener en cuenta al elaborar las normas y al tomar decisiones". GACETA DEL CONGRESO, No: 593, exposición de motivo del proyecto de acto legislativo 34 y 127 de 2004.

Es más, "el sistema pensional no es aislado del sistema económico general, ni puede ser auto sostenible, sino que depende del amplio espectro de las políticas públicas y el manejo macroeconómico del Estado". Ya que cada día se profiere mayores voces en cuanto a que "el verdadero estado de la seguridad social dependerá de la macroeconomía". Y porque en últimas no se protege efectivamente el interés público y social cuando se adoptan decisiones que no cuentan con el debido respaldo económico. GACETA DEL CONGRESO, No: 739 exposición de motivo de la ponencia para el primer debate al proyecto Acto Legislativo 11 de 2004.

También se puede decir que existiría una transgresión al principio de la solidaridad en materia de seguridad social, ya que debe existir una congruencia entre los aportes y cotizaciones, de tal manera que antes de recibir se debe primero coadyuvar, primero cotizo y luego beneficio.

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

Por otra parte, si bien es cierto, mediante concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de Honorable Consejo de Estado, radicación 433, se menciona: "Las pensiones reguladas por las leyes especiales se liquidarán con fundamento no en los aportes sino en la remuneración que es todo lo que percibe el empleado o trabajador directa o indirectamente por causa de su relación laboral"-

No es menos cierto, que sobre el particular, saludable es precisar, que el destinatario de tal concepto es el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que guarda competencia únicamente, sobre las relaciones particulares,

individuales y colectivas del trabajo, sin tener competencia para regular relaciones como la desplegada por el actor. Por otro lado su aporte es parcial, pues nada se precisa sobre el contexto en que fue rendido, y Anualmente, solo tiene el alcance que le concede el art. 25 del C.C.A. Amén de que únicamente guarda relación frente a "relaciones laborales" mas no las relaciones legales y reglamentarias", como son las que gobiernan las existentes, con los servidores públicos quienes fungen en todo caso como empleados públicos, repito, vinculados con la administración por una "relación legal y reglamentaria", mas no por una relación laboral" toda vez que según las voces del art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume que toda relación de trabajo personal está dirigida por un contrato de trabajo". Al respecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad que si guarda competencia sobre la materia, dentro del Derecho Público, ha sido reiterativo en precisar:

"..."

Ahora bien, con mayor autoridad aún, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 26 de Marzo de 1992 precisó:

"..."

Sea este el momento de reclamar de los intervinientes la más alta de las responsabilidades sociales, pues la menor decisión tiene efectos devastadores sobre todo en términos presupuestales.

VIOLACIÓN POR CONFUSIÓN DE LAS NOCIONES DE "SALARIO" Y DE "PRESTACIÓN SOCIAL"

Llama la atención, la "curiosa" forma como algunos apoderados por la parte actora, arguyen, aducen y aportan, casi al unísono, en su propio provecho, un Concepto de "Salario del siguiente tenor:

"..." (negritas fuera del texto)

En consecuencia, notamos y palpamos una diferenciación radical entre ambas nociones, pues a la postre, la consideración ofrecida por los apoderados de los servidores Oficiales se caracteriza por una laxitud y una extensión incluso más pródiga que la definición legal destinada a regir las relaciones entre particulares. Todo lo cual no deja de preocupar en la medida en que la extensión se esperaría de este último tipo de relación, más no de las relaciones existentes con servidores públicos. Tal apreciación conduce necesariamente a tener que rechazarla por inexacta y de contera, pasar a censurarla por parcializada y poco rigurosa.

A su turno, el artículo 128 del C.S.T. preceptúa: "No constituye salario la suma que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicio o de navidad" (negritas fuera del texto)

Finalmente, el artículo 307 del C.S.T. cierra o concluye cualquier discusión sobre la imposibilidad de considerar como salario, la Prima de Servicio, pues de manera contundente señala:...

Por lo cual, sí dentro del cálculo de la mesada pensional se incluyen factores prestacionales, tales como la prima de servicio, de navidad y de vacaciones, no solo se está incumpliendo las aspiraciones del orden Público ya formulados, sino el interés y la voluntad del legislador; llegando incluso a socavar la coordinación económica y el equilibrio social, por la vía de

socavar el presupuesto nacional, y en últimas, por alejar la posibilidad de continuar siendo viable el esquema de pensiones, en la medida que incluir tales factores hará aún más gravosa y onerosa la concesión de tal prestación social, a las generaciones venideras.

Por lo que las disposiciones aplicables resultan las contempladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1158 de 1994 y Decreto 01 de 1984.

EXCEPCIONES

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO

Toda vez que se debe tener en cuenta la fecha en que el actor adquirió su status jurídico de pensionado, lo cual implica que la norma aplicada por mi representada para la liquidación, el reconocimiento y pago de pensión de vejez, estuvo acorde con las disposiciones legales en que se apoyó al momento de proferir Resolución No: 46370 de 30 de diciembre de 2005, puesto que en ella se encontraban incluidos aquellos factores salariales que percibió el actor como tales; posteriormente y por allegar nuevos tiempos laborados mi representada expidió la Resolución 05412 del 30 de junio de 2010 reliquidando su pensión; y por no constituir verdaderos factores salariales que percibió el actor como tales; posteriormente y por allegar nuevos tiempos laborados mi representada expidió la Resolución 05412 de 30 de Junio de 2010, reliquidando su pensión y por no constituir verdaderos factores salariales de conformidad a lo dispuesto en el decreto 1158 de 1994 y demás normas concordantes aplicadas; luego no procede la revisión de la misma, con base en la normatividad invocada por el demandante.

PRESCRIPCIÓN DE MESADAS

Solicito que en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, declarar la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres (3) años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda, prescripción que deberá declararse con respecto a la fecha del status de pensionado, tal como lo establece el artículo 102 del decreto 1848 de 1969.

GENÉRICA E INNOMINADA:

Como tal propongo cualquier medio exceptivo que se pruebe durante el trámite del proceso.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del Veinte (20) de Marzo de 2013, el Juzgado Décimo Administrativo del circuito de Cartagena, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"FALLA

PRIMERO.- DECLARASE la nulidad parcial de la Resolución No. 005412 del 30 de junio de 2010 por la cual CAJANALEICE EN LIQUIDACIÓN resuelve un recurso de reposición y reliquida por nuevos factores salariales, la pensión de jubilación de la parte actora.

SEGUNDO.ORDENASE, a título de restablecimiento del derecho, a la Caja de Previsión Social en Liquidación - CAJANALEICE EN LIQUIDACION, a **revisar y reliquidar** la Pensión Vitalicia de Jubilación que viene disfrutando la señora INELDA MORALES MARTÍNEZ, conservando el porcentaje del 75% que venía reconociendo, pero teniendo como ingreso base de la liquidación a realizar, el promedio de todo lo percibido durante el último año de servicios de la actora que va **desde el 07 de marzo de 2005 al 06 de marzo de 2006**, incluyendo todos los factores salariales devengados por ella durante dicho lapso, los cuales según el certificado salarial obrante en autos son: Asignación Básica, Bonificación por Servicios Prestados, Prima de Vacaciones, Prima de Servicios, Prima de Navidad y Auxilio de Transporte y Alimentación.

TERCERO.-CONDÉNASE a la Caja de Previsión Social en Liquidación - CAJANALEICE EN LIQUIDACION a pagar a la actora **INELDA MORALES MARTÍNEZ**, las diferencias que resulten entre la liquidación ordenada y las sumas ya canceladas a la misma por concepto de la pensión reconocida en la Resolución No. 46370 del 30 de diciembre de 2005 y en la No. 5412 del 30

de junio de 2010, desde el 07 de marzo de 2006, de acuerdo con las precisiones señaladas en la parte motiva de esta providencia, advirtiendo que se deberá descontar de dicha suma, además de los descuentos por ley, el de los aportes correspondiente, y aplicar los reajustes de ley a que hubiere lugar."

Así lo determinó la Juez a quo, con base en las siguientes consideraciones:

" Lo anterior, acarrea para el Despacho la obligación de verificar si la, parte accionante, cumple con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión de jubilación, lo cual efectivamente cumple dado que el 22 de agosto de 2003, la actora contaba con 56 años de edad, y 20 años de servicios continuos en la ESE Hospital San Juan de Dios de Mompóx.

Así las cosas, la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes **durante el último año de servicio**, y no como lo expresó la entidad demandada en los actos administrativos acusados, la cual, si bien reconoció, que la actora perteneciente al régimen de transición, se le aplicaba la ley 33 de 1985, esta solo tenía lugar en cuanto a edad y tiempo de servicio, pero liquidándola con base en el 75% del **promedio de los últimos 9 años**, en razón a la interpretación que del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hacía, y según el cual, se deben tomar para liquidar la pensión de vejez el tiempo que le hiciera falta al pensionado en adquirir dicho status, luego de expedida la misma -art. 18 bis- y teniendo en cuenta solo los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 reglamentaria de la ley 100. Ello quiere decir, que la entidad publica accionada, hizo una interpretación de la norma, que le permitió escindir la ley 33 de 1985 y la ley 100 de 1993, cuando aplica elementos de una y otra normatividad para el mismo caso, cosa que no es posible tal como se explicó en acápite anterior.

Dadas así las cosas, al no ser posible aplicar la escindibilidad de las normas que rigen una materia, es menester concluir que, en el presente caso, a la actora debió reconocérsele y liquidársele la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo e IBL estipulado en la ley 33 de 1985¹, régimen pensional anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993.

Lo anterior supone enonces, que el acto administrativo acusado no estuvo acorde con los preceptos legales y jurisprudenciales, al no acatar en su integridad la ley 33 de 1985, régimen pensional anterior, aplicable al caso, y al cual remite expresamente el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición contenido en ella, por lo que se declarará la no prosperidad de la excepción denominada inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la entidad pública accionada."

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada a través de su apoderado judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el Veinte (20) de Marzo de 2013, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Manifiesta el apoderado de la parte demandada, que no comparte la decisión adoptada por el Juez de primera Instancia bajo los siguientes argumentos:

Solicita se revoque el fallo apelado, por cuanto ni la prima de servicio, mucho menos la prima de navidad o la de vacaciones podrán invocarse como factores salariales a la hora de calcular la mesada pensional, que tratándose de frabajadores particulares y en ese mismo orden de ideas, con mucha más razón, tal imputación tampoco se podrá efectuar en punto de

¹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07). Actor: CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMARÍN.

los servidores públicos, pues tales servidores están regulados por una relación legal y reglamentaria, menos flexible que la regulación establecida para los trabajadores particulares.

Manifiesta que la actora no puede pretender que se le reliquide la pensión teniendo en cuenta factores salariales sobre los cuales no hizo aportes, y no resulta lógico que un empleado que sólo ha hecho aportes sobre su asignación básica, pretenda que se reconozca pensión incluyendo otros factores sobre los cuales no cotizó.

Agrega que a la demandante no le asiste el derecho a que se le incluyan en la reliquidación pensional pretendida, las primas de navidad, de vacaciones y servicios, por ser éstas prestaciones sociales y no factores salariales, encontrándose reliquidada la pensión a la señora INELDA MORALES MARTÍNEZ con todos los conceptos salariales devengados en su último año de servicios y objeto de cotización a CAJANAL, tal como lo predica la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendarado Noviembre Veintiocho (28) de 2013, ésta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 3 CSI); y, con providencia adiada en Noviembre veintinueve (29) de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 61). En esta oportunidad, la parte demandante guardó silencio, mientras que la entidad demandada ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Arf. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa

causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia adiada Veinte (20) de Marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

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

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado se refiere a prestaciones periódicos que, conforme lo dispuesto por el Art. 136 del C.C.A, no tienen termino de caducidad.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar si la señora INELDA MORALES MARTÍNEZ, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con base en el promedio de la asignación salarial y los factores salariales devengados durante el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores devengados, con la inclusión de todos los factores salariales.

TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, conforme a los argumentos que se exponen a continuación.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se busca la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución PAB. 005412 del 30 de junio de 2010 (fl.14-20), en virtud del cual se resolvió recurso de reposición interpuesto en contra del acto negativo ficto o presunto que negó a la actora la reliquidación de su pensión, modificando dicha decisión y accediendo parcialmente a la reliquidación. A su vez, en dicha providencia se declaró la configuración del silencio administrativo negativo derivado de la petición de fecha 10 de septiembre de 2009 (Fl.60-62).

Visto lo anterior, se observa que la actora no solicitó la nulidad del acto ficto derivado de la petición de fecha 10 de septiembre de 2009, contra el cual se interpuso recurso de reposición y resultó modificado en virtud de la Resolución PAB 005412 del 30 de junio del 2010, situación que se constituye como una indebida individualización de pretensiones, conforme lo dispone el artículo 138 del C.C.A.

No obstante lo anterior, la Sala no declarará en el presente caso la excepción de inepta demanda, dado que en esta acción se están debatiendo derechos de la tercera edad, los cuales son un grupo de personas de especial protección, conforme lo han considerado el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional.

De tal manera la Sala procederá al estudio del fondo del asunto, anteponiendo el derecho sustancial al formal, dado que no hacerlo así, sería un despropósito en aras de salvaguardar el derechos a al acceso de la administración de justicia de esta persona de la tercera edad.

LA VINCULACIÓN LABORAL Y RECONOCIMIENTO PENSIONAL

1°. La actora prestó sus servicios en forma discontinua al HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE MOMPOX por más de 20 años, comprendidos entre el 23 de agosto de 1983 hasta el 06 de marzo de 2006, cuando se produjo su retiro definitivo del servicio (fl.71 del Exp administrativo)

2º En el último año de servicios comprendidos entre el 7 de marzo de 2005 y el 6 de marzo de 2006, la actora percibió los sueldos, primas y auxilios detallados a folio 73-74 del expediente administrativo.

3º. La actora nació el 05 de junio de 1947, como se desprende del certificado del registro civil que obra a folio 7 del expediente administrativo.

4º. CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, a solicitud de la hoy actora, le reconoció mediante **Resolución No. 046370** de 30 de diciembre de 2005, pensión mensual vitalicia de vejez, justificándose en que adquirió el estatus de pensionada, el 23 de agosto de 2003 con 7328 días laborados; que la pensión se liquidaría tomando el 75% de la suma de \$617.620.91, resultante del promedio de salarios devengados entre 1 de abril de 1994 y 30 de diciembre de 2003, es decir, en los 9 años y 9 meses anteriores, tal como lo dispone el artículo 36, inc. 3, de la ley 100 de 1993; tomando como factores dicha liquidación la *asignación básica, la prima de antigüedad, y la bonificación por servicios prestados*; y que la pensión se haría efectiva a partir del 01 de enero de 2004, sujeta al retiro definitivo del servicio y en una cuantía de **463.215.19** (f. 7-13).

5º. En fecha 10 de septiembre de 2009 presentó solicitud de reliquidación de pensión, respecto de la cual se configuró el silencio administrativo negativo. En ese orden, la parte demandante presentó recurso de reposición en contra del acto ficto, el cual fue resuelto a través de resolución PAB 005412 del 30 de junio de 2010, declarando la ocurrencia del silencio administrativo frente a la petición de fecha 10 de septiembre de 2009, y modificó la decisión negativa inicial, accediendo de forma parcial a la solicitud de reliquidación.

NORMAS APLICABLES PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos

fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

La referida Ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

"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.

(...).".

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general pensional del sector público estaba consagrado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º, dispuso:

"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 por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

...".

La excepción a la regla general está contemplada así:

"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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro..."

A la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) se conservaron los derechos pensionales de los empleados que vinieran vinculados a la administración con anterioridad a la citada ley; en otras palabras se estableció el régimen general de transición.

Aplicando esa normatividad a la situación de la actora, se concluye que ésta queda de entrada, cobijada por dicho régimen transicional, pues la actora, empleada del orden nacional, a 1º de abril de 1994, contaba con más de 45 años de edad, pues como quedó demostrado, nació el 5 de junio de 1947, y había cotizado más de 10 años de servicios, al haber laborado desde 1983 y hacérsele los descuentos respectivos. De manera que por lo menos, en materia de edad, tiempo y monto, su pensión no quedaba sujeta al nuevo sistema, sino al anterior, es decir, a la ley 33 de 1985².

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-0310265-07). Actor: CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMARIN.

Conforme se explicó anteriormente, al actor la cobija el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, que le resulta aplicable la legislación anterior en materia pensional contemplada en la Ley 33 de 1985, pero no sólo en lo afín a los requisitos para acceder a la pensión sino también en lo que tiene que ver con el monto de liquidación de la mesada pensional, que de acuerdo a lo previsto por la Ley 33 de 1985, se calcula con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Al respecto es necesario traer a colación, el siguiente aparte de una jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, que ratifica que en caso de que haya lugar a aplicar un régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, ello implica no sólo el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por el régimen especial de transición, sino además sujeta al mismo régimen legal el monto de liquidación de la mesada pensional. Veamos:

"En el supuesto de que la demandante estuviera en el régimen de transición (cuestión que no es el caso), la liquidación de su pensión no se regiría por el citado inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, como lo ha expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro, en las cuales se ha dicho que la aplicación del régimen anterior incluye el afín a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen".³ Negrillas fuera de texto

Ahora bien, si nos adentramos a mirar cuáles eran los factores salariales que se debían tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del actor bajo las mencionadas Leyes 33 y 62 de 1985, en el artículo 3º se encuentran

³ Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 66001-23-31-000-2006-00452-01 [1415-07] MP LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.

los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"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 artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Dominicales y feriados
- Horas extras
- Bonificación por servicios prestados
- 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 liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

"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".

Esta posición es la que se planteaba por ejemplo en la sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado, subsección B, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, de agosto 6 de 2008, radicación 25000-23-25-000-2002-12846-01 (0640-08), actor Emilio Páez Cristancho y donde se dijo lo siguiente:

"En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

(...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin causa por parte de la administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el sistema general de pensiones."

Pues bien, lo cierto es que el precitado criterio ha sido objeto de modificación por parte de la Sección Segunda, mediante una sentencia de unificación de las posiciones que sobre el punto se manejaban tanto en la subsección A como la Subsección B de la sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, y en la cual sostuvo lo siguiente:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala previos debates surgidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la ley ó de 1945, preciso:

*"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."*⁴

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios derechos y deberes consagrados por la Constitución política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

Esta decisión encuentra fundamento en las siguientes consideraciones de orden constitucional y legal:

a) *Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación*

El capital humano en toda sociedad constituye un factor fundamental para su desarrollo, es por tal razón que los derechos laborales deben gozar de especial protección en la medida en que las condiciones óptimas para su desempeño y la adecuada remuneración del mismo son presupuestos fundamentales para alcanzar la prosperidad general, fin estatal previsto por el artículo 2º de la Constitución política.

A su turno, la pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación al empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

⁴La sección segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia del 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, MP. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular concluyó:

"[...] El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría nacional del estado civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría nacional del estado civil (...)

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

Como la demandante laboró para la registraduría nacional del estado civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el decreto 603 de 1977.

Entonces, en lo que atañe a la pensión de jubilación es válido afirmar que la misma no es una dádiva del Estado sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

En lo concerniente a la esencia de la pensión de jubilación, la Corte Constitucional ha expresado⁵ :

*“Un agravante adicional resulta también de manifiesto si se considera la naturaleza jurídica de la pensión. En efecto, esta **constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo – 20 años.***

En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”. (El resaltado es del texto)

(...)

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la ley 62 de 1985; aún así, también de dicho decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la fesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determina la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

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 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.

(...)

⁵ Sentencia No. C-546 de 1992, magistrados ponentes, Drs. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero

b) Del principio de favorabilidad en materia laboral

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

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.⁶

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.
(...)

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

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

⁶Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

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

Pues bien, esta Sala acoge la nueva posición unificada adoptada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por estar absolutamente justificada desde el punto de vista constitucional y legal; por consiguiente no queda duda alguna, respecto de que el acto acusado sí se encuentra viciado de nulidad, por cuanto la señora NELDA MORALES MARTÍNEZ sí tenía derecho a que su pensión de jubilación, le fuese liquidada con el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en su último año de servicios y no solo como lo efectuó la entidad demandada al liquidar el 75% de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados y la bonificación por antigüedad.

Así las cosas, la liquidación de la pensión de vejez de la demandante, se debió realizar con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios y conforme fue ordenado por la A - quo, de tal suerte que la providencia recurrida se encuentra ajustada a derecho al ser las normas aplicables para tal efecto las que regulaban la pensión de jubilación.

En este orden de ideas la Caja Nacional de Previsión Social tenía la obligación de incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, la totalidad de los factores salariales (Asignación Básica, la Bonificación por Servicios, Auxilios de Transporte y Alimentación, Prima de Servicios, de Navidad y de Vacaciones) que la demandante devengó durante el último año de servicios prestado, esto es, entre el 07 de marzo de 2005 y marzo 6 de 2006.

De la prescripción del derecho

La sala comparte el criterio adoptado por la Juez de primera instancia, respecto de no declarar la prescripción del pago de diferencias en el sub lite.

Ello es así, puesto que la actora comenzó a disfrutar de su pensión el día de 7 marzo de 2006, fecha desde la cual empezó a correr el término de prescripción para solicitar en tiempo la reliquidación de su prestación. En ese sentido, la actora presentó una primera petición de reliquidación el día 16 de noviembre de 2006, que solo tuvo respuesta el día 30 de junio de 2010.

En lo pertinente el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En ese sentido, la actora interrumpió en tiempo el término de prescripción y se prorrogó por un lapso igual de tres años. De tal manera como quiera que la demanda se presentó el día 23 de mayo de 2012, se entiende acorde a la normatividad citada.

Por las razones que anteceden el proveído impugnado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda merece ser confirmado.

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

COSTAS

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

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

FALLA

PRIMERO:CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, en fecha 20 de marzo de 2013 que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELECCO FANDIÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0132
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL-RAMA JUDICIAL- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2012-00413-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE 2014	

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) 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
SUBSECCION ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN
SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002**

Cartagena de Indias, D.T. y C., Enero Veinticuatro (24) de dos mil catorce (2014).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 003 /2014

1ª instancia

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-000-2012-00413-00
Demandante : JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO Y OTROS
Demandado : NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL -MINDEFENSA- POLICIA NACIONAL

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1 de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO Y OTROS quien a través de apoderado judicial interpuso acción de reparación directa contra la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

Los demandantes, JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO (víctima directa) quien actúa en nombre propio; CARMEN MARIA LEON RAMIREZ (compañera permanente) y en representación de su menor hija YURIS PAOLA QUINTERO LEON, JORGE ANTONIO QUINTERO CASTRO (padre), MABEL RAMONA OSPINA

DE QUINTERO (madre), DANIEL, HEINER, ALBERTO, ALFRETH, RUSMIT, YOCELIN, ANDRES DAVID y MABEL MILENA QUINTERO OSPINO (hermanos), solicitan se declare administrativamente y solidariamente responsable a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL -MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL** por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO y que terminó con preclusión de la investigación.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL -MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL** a pagar las siguientes sumas de dinero

Perjuicios materiales:

Por lucro cesante, solicita que se pague al señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO la suma de \$15.600.000, dinero que dejó de percibir mientras permaneció privado de la libertad y encausado penalmente hasta la fecha de preclusión de la investigación el día 23 de septiembre de 2010, puesto que se le privó de adquirir tal suma por no poder seguir ejerciendo su trabajo de conductor con ingresos diarios de \$40.000 en la ciudad de Cartagena.

Perjuicios morales:

Solicita que se condene a la **NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicio moral a cada uno de los demandantes el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ordenó precluir la investigación penal, revocar la medida de aseguramiento y cancelar todos los pendientes que pesaban contra JORGE QUINTERO OSPINO acusado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. Hechos relevantes:

Afirma el libelista, que el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO se dedicaba al trabajo de conductor de un vehículo de servicio público de propiedad del señor José de la Cruz Ospino Soto, devengando un ingreso diario de \$40.000.

iniciando sus labores desde el día 1º de junio de 2008 hasta el día 28 de agosto de 2009, fecha esta última cuando fue privado de la libertad.

Señala que el día 28 de agosto de 2009, estando el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO en su casa, se presentó un grupo de agentes de la Policía Judicial SIJIN con una orden de allanamiento y registro expedida por la Fiscal Séptima Seccional de la ciudad de Cartagena, ya que mediante información recibida, en dicho inmueble había drogas alucinógenas impregnada en once láminas de cartones a manera de una sustancia rocosa de color beige, ello para expender al público a quienes la requirieran para su consumo.

Manifiesta que la orden de allanamiento se cumplió y practicó sin oposición y para sorpresa del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, los agentes afirmaron que el contenido de una bolsa plástica verde, donde se encontraron once cartones, el cual según decir de los policiales tenían impregnada una sustancia rocosa de color beige, la que estaba impregnada de sustancias alucinógenas el cual fue incautada de manera inmediata, sin atender explicación del señor Quintero, quien les rectificó que los cartones no tenían impregnada ninguna droga, que estaban mal informados, pero dichas razones no fueron atendidas.

Señala que ese mismo día, 28 de agosto de 2009, fue capturado y detenido en flagrancia y trasladado a las instalaciones de la SIJIN en el Barrio Manga de esta ciudad y posteriormente fue trasladado a la URI para dejarlo a disposición de la autoridad competente y de allí a la Cárcel de San Sebastián de Ternera donde permaneció casi 5 meses ininterrumpidamente.

Indica que el día 29 de agosto de 2009 el Juzgado Promiscuo Municipal de Soplaviento (Bol.), con funciones de control de garantías, en audiencia pública legalizó el allanamiento del inmueble, legalizó la captura del actor y le impuso medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación y recluido en la Cárcel de San Sebastián de Ternera, decisión que fue apelada por el abogado defensor.

Expresa que los elementos materiales incautados fueron sometidos en forma preliminar a la prueba de reactivos químicos en la ciudad de Cartagena, y el examen dio como resultado preliminar positivo para cocaína y sus derivados, y

la misma autoridad remitió las pruebas incautadas a los laboratorios de estupefacientes del Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional Barranquilla, en donde se practicaron las pruebas científicas y mediante dictamen de fecha 23 de diciembre de 2009, se concluyó que "LA MUESTRA RECIBIDA Y ANALIZADA EN ESTE LABORATORIO NO CONTIENE ESTUPEFACIENTES".

Sostiene que al no existir ningún material impregnado de alucinógeno, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Cartagena con funciones de garantía, en audiencia de 18 de enero de 2010 ordenó la libertad del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, pero quedó vinculado con medidas de aseguramiento vigente y todas las anotaciones que no fueron canceladas, que le impidieron desarrollar actividades laborales por estar pendiente de la investigación para etapas posteriores como la audiencia de formulación de acusación.

Agrega que en audiencia de preclusión de la investigación adelantada el día 23 de septiembre de 2010 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, ante solicitud del abogado defensor y de la Fiscalía 35 Seccional Cartagena, decretó la preclusión por atipicidad de la conducta y ordenó cesar con efecto de cosa juzgada la persecución penal contra JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, además ordenó revocar la medida de aseguramiento y se ordenó por la Fiscalía cancelar todos los pendiente ordenados con ocasión de esta investigación.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida por medio de auto de fecha 10 de octubre de 2012 (Fl. 112-115).
- ✓ El proceso se fijó en lista del 15 de marzo al 4 de abril de 2013 (fl. 115 rev).
- ✓ Con escrito de fecha de recibido 4 de abril de 2013, EL MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, mediante apoderado judicial contestó la demanda (fls. 126-132).
- ✓ Con escrito de fecha de recibido 4 de abril de 2013, LA NACION- RAMA JUDICIAL, mediante apoderado judicial contestó la demanda (fls. 136-148).
- ✓ Mediante auto de fecha 16 de abril de 2013, se tuvo por no contestada la demanda por parte de LA NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION (fls.

173-175).

B. LA CONTESTACIÓN

MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL: mediante apoderado constituido para el efecto, se opuso a las pretensiones de la demanda, ya que la administración no puede responder por los hechos que excedan las predicciones reglamentarias o medios que están a su servicio, por lo tanto para endilgar responsabilidad a la misma se requiere probar negligencia o culpa en la conducta omisa.

Propone como excepciones las siguientes: 1) Falta de competencia funcional; 2) Falta de legitimidad por activa con respecto de la señora CARMEN MARIA LEON RAMIREZ; 3) Indebida representación de la parte demandada.

RAMA JUDICIAL: Sostiene el apoderado de la Rama Judicial que se opone a todas y cada unas de las pretensiones por cuanto no hubo privación injusta de la libertad, ya que la decisión judicial estuvo soportada en las normas legales y vigentes.

Afirma que la decisión tomada por el Juez de Control de Garantías fue eminentemente motivada por la calificación que se hiciera por parte de la Policía Judicial, de la sustancia que ellos mismos incautasen, por lo que resulta viable la exoneración de responsabilidad denominada hecho de un tercero.

Agrega que la conducta asumida por la Rama Judicial fue lícita, ya que la actuación realizada por el Juez Penal del Conocimiento, queda exculpada con la orden de preclusión de la investigación dictada por él en audiencia de juicio oral.

Propone como excepciones las siguientes: 1) Falta de causa para demandar; 2) Falta de legitimación en la causa por pasiva, y 3) La innominada.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha dieciséis (16) de abril de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fi.173-175).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha doce (12) de agosto del 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (FL. 207). En esta oportunidad procesal la parte demandante, la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación alegaron de conclusión, el Ministerio de Defensa- Policía Nacional guardó silencio y el Ministerio Público no rindió concepto.

Alegatos de la parte demandante: Sostiene que fue evidente la arbitrariedad de los administradores de justicia demandados en el caso en cuestión, pues sin que existiera un indicio serio de que el actor se hallara participando en actividades de narcotráfico o de que en sitio en donde se encontraba se guardaran ilegalmente sustancias alucinógenas procedieron a allanarlo y privarlo de la libertad como si se tratara de un delincuente.

Señala que la responsabilidad se deriva del hecho de que a través de la Fiscalía General de la Nación al ordenar el allanamiento del inmueble sin una razón seria que lo justificara, la Rama Judicial y la Policía Nacional, a través de unos de sus jueces penales se incurrió en una detención injusta, porque, entre otras razones, mi protegido no estaba en situación de flagrancia cuando fue capturado, ya que allí no había drogas alucinógenas.

Alegatos de la Rama Judicial: Esgrime los mismos argumentos expuestos en su escrito de contestación de la demanda.

Alegatos de la Fiscalía General de la Nación: Afirma la apoderada de la entidad demandada que, de acuerdo al nuevo Estatuto de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para que de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las

pruebas presentadas por la Fiscalía y decretar las que considere procedentes, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas si todo se ajusta a derecho, es el Juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer. Siendo ello así, no es de recibo la pretensión de responsabilidad contra la Fiscalía, ya que si bien es cierto se dio esta medida ella no fue proferida por dicha entidad.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A., en concordancia con los artículos 65 a 73 de la Ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

La presente acción fue iniciada oportunamente, toda vez que la audiencia por medio de la cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena con funciones de conocimiento absolvió al señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, fue celebrada el día 23 de septiembre de 2010 (fl. 97).

Así las cosas, el día 20 de marzo de 2012 se solicitó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 22 Judicial II para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, la cual fue declarada fallida el día 19 de junio de 2012, quedando agotado así el requisito de procedibilidad de la acción (Fl.44), y la demanda fue presentada el día 26 de junio de 2012 tal como consta a

folio 30, por lo que ha de tenerse por oportuna al no haber transcurrido los dos (2) años que exige el artículo 136 del C.C.A.

EXCEPCIONES

Anotado lo anterior, se tiene que el apoderado de la Policía Nacional, propuso las siguientes excepciones:

- Falta de competencia funcional.
- Falta de legitimidad por activa con respecto de la señora CARMEN MARIA LEON RAMIREZ.
- Indebida representación de la parte demandada.

El apoderado de la Rama Judicial propuso las siguientes excepciones:

- Falta de causa para demandar.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva y
- La innominada.

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, la Sala debe resolver en primer lugar la excepción de falta de competencia funcional, propuesta por el apoderado de la Policía Nacional, para considerar que dicha excepción no prospera por cuanto la competencia funcional en los casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, como en el *sub examine*, el H. Consejo de Estado, de conformidad con la Ley 270 de 1996, ha señalado que su conocimiento esta por fuera de los jueces administrativos y por lo tanto es privativa del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, según el artículo 73 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Con respecto a la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa de la señora CARMEN MARIA LEON RAMIREZ como compañera permanente de la víctima directa, dicha excepción se estudiará en el acápite de perjuicios, si hubiere lugar a ellos.

Propone de igual manera el apoderado de la Policía Nacional, la excepción de indebida representación de la parte demandada, señalando que la responsabilidad por privación injusta de la libertad se dirige a la administración de justicia, ya que se refiere a la función jurisdiccional y no la Policía Nacional,

que simplemente presta un apoyo a la Rama Judicial para el cumplimiento de sus funciones, en virtud de la colaboración armónica que debe existir entre las diferentes ramas del poder público.

Ahora bien, conforme a las funciones otorgadas por la Constitución Nacional y la ley a la Policía Judicial, los cuales están encargados de contribuir a las necesidades de seguridad y tranquilidad pública mediante un efectivo servicio, fundado en la prevención, investigación y control de los delitos, generando entre los coasociados una cultura de solidaridad que permita a todos los habitantes del territorio nacional, ejercer sus derechos y libertades públicas. En desarrollo de tal misión, la Fuerza Pública debe apoyar a las autoridades judiciales en la captura de las personas sindicadas de toda clase de delitos, que no comparezcan voluntariamente a los procesos. Así mismo, la Fiscalía, es el organismo competente para investigar las posibles conductas Punibles.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en caso similar al que nos ocupa, manifestó.

"[...] No obstante el derecho a la libertad no es un derecho absoluto. El mismo puede ser limitado, pero siempre que concurren estos tres requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, (ii) expedida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley (art. 28 de la Constitución), o en el caso excepcional previsto en el artículo 32 ibídem, relacionado con la captura en flagrancia. Si bien la detención preventiva resulta compatible con los postulados de la Carta. Esa restricción a la libertad sólo puede establecerse con arreglo a lo dispuesto por el legislador, quien deberá atender, al fijar dicha restricción, criterios de razonabilidad y proporcionalidad entre las prerrogativas y los límites del derecho; pero, además, en cada caso, corresponderá al juez que imponga esa medida de aseguramiento, verificar que ésta tienda a cumplir las finalidades que para tal efecto son constitucionalmente admisibles, que no son otras que las de evitar su fuga y garantizar el desarrollo de la instrucción y el cumplimiento de la pena que mediante sentencia llegare a imponerse al sindicado. Pero si bien el Estado puede privar a los ciudadanos de la libertad de manera preventiva, cuando esa privación se revele injusta, deberá indemnizar los perjuicios que con ella se cause. Para determinar cuándo la privación de la libertad es injusta habrán de atenderse las normas y principios constitucionales, así como su desarrollo legal." (subrayas fuera de texto)

En virtud de lo anterior, considera la Sala que está llamada a prosperar la excepción de "indebida representación de la parte demandada" propuesta

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Sentencia del 16 de julio de 2008, expediente No 17174.

por la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, dado que los accionantes pretenden es la declaratoria de responsabilidad por los perjuicios infringidos con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Jorge Albeiro Quintero Ospino en virtud de la medida de aseguramiento que le fue impuesta en investigación que terminó con preclusión a su favor, por lo tanto se concluye que no existe responsabilidad alguna frente a la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL.

Finalmente con respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el apoderado de la Rama Judicial, debe la Sala decir, en relación con dicho medio exceptivo que el mismo carece de vocación de prosperidad, conclusión a la que se llega sin hesitación alguna por virtud de la vinculación que de la Nación- Rama Judicial hace la parte actora con sustento en que la misma tuvo participación activa en la medida de aseguramiento impuesta, pues del material probatorio obrante en el proceso, se observa que mediante audiencia celebrada el día 29 de agosto de 2009 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Soplaviento Bolívar con Función de Control de Garantías, la Juez legalizó el allanamiento en el domicilio del indiciado, señor JORGE QUINTERO OSPINO, legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario (fl. 71).

En torno al concepto enunciado, el H. Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones²:

"(...) 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. (...)"

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Sentencia del 20 de septiembre de 2001, expediente No 10973

Desde esta perspectiva, se observa que la decisión de imponer medida de aseguramiento en establecimiento carcelario al señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO por el presunto punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes fue adoptada por la Nación – Rama Judicial por petición de la Fiscalía General de la Nación y como quiera que fue en virtud de tal medida que aquél permaneció recluido en establecimiento carcelario durante cinco (5) meses aproximadamente, hay lugar a afirmar que la reclusión injusta a que estuvo sometido es endilgable a la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

Por esta razón, a juicio de la Sala, la demandada Nación - Rama Judicial está legitimada de hecho por virtud de la citación y la condición de demandada que le atribuye la parte actora, además en virtud de la atribución que le otorga la Constitución Política de 1991 y la Ley 906 de 2004 como órgano que integra la estructura del Estado encargado del juzgamiento de los hechos presuntamente constitutivos de ilícito penal.

Como las demás excepciones están dirigidas a controvertir la responsabilidad que pueda endilgarse en el caso concreto, se estudiarán y decidirán en el curso de las presentes consideraciones.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si la detención de la que fue objeto el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO le generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad por parte del Estado, cuando posteriormente se precluyó la investigación por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes que se le había imputado.

Para resolver el asunto litigado debe la Sala, en primer lugar, establecer cuál es la norma aplicable a dicha figura como fuente de la responsabilidad Estatal de la Nación (Rama Judicial) dejando precisado desde ahora que los hechos objeto de investigación, sucedieron el 28 de agosto del año 2009, época para la cual ya se encontraba en vigencia la Ley 906 del 31 de agosto de 2004 (Código de Procedimiento Penal), habiéndose surtido igualmente la actuación del proceso penal conforme a las disposiciones y procedimientos previstos en

dicha Ley.

Igualmente, debe señalarse que tanto los hechos como el procedimiento tuvieron lugar en vigencia del artículo 90 constitucional y de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyos parámetros constituyen el fundamento para analizar la responsabilidad que pudiera haberse originado en las actuaciones penales surtidas, en este caso conforme a la mencionada Ley 906 de 2004. Dicha Ley 270 de 1996, es desarrollo de la aludida norma superior, considera el Tribunal, se opone a la formulación de enunciados categóricos o absolutos sobre la responsabilidad estatal en esta materia, e impone al Juez administrativo la obligación de valorar las circunstancias en cada caso concreto para determinar si el procesado tenía, o no, el deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de la detención.

Si bien en el caso *sub examine* los hechos sucedieron, como se dijo, en vigencia de la Ley 906 de 2004, es preciso señalar que la misma no contempla la existencia de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, como lo hicieron otros estatutos penales que la antecedieron, motivo por el cual se debe acudir a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en los términos de valoración a los que se refiere el párrafo que antecede; sin embargo, sobre el tema del régimen de responsabilidad estatal por dicha circunstancia, en relación con las actuaciones desarrolladas en vigencia de la Ley 270 de 1996, el máximo Juez de lo Contencioso Administrativo ha calificado tal RESPONSABILIDAD como OBJETIVA, aún en los casos de resolución de la duda a favor del sindicado o "indubio pro reo".

Ahora bien, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia que entró en vigencia el 15 de marzo del citado año, en desarrollo del artículo 90 de la Constitución reguló lo atinente a la responsabilidad del Estado por las actuaciones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, que en lo pertinente señalan:

"ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso

funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

ARTICULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. *Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.*

ARTICULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. *El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:*

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

ARTICULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. *Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios."*

Según se desprende de la interpretación de las precitada normatividad, el Estado responde patrimonialmente por la acción u omisión de sus funcionarios y empleados judiciales, en tres situaciones; la primera: por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; la segunda: por el error jurisdiccional y la tercera situación: por la privación injusta de la libertad

En el presente caso los demandantes alegan una de las causales antes citadas, por lo que la Sala estudiará el caso de marras desde la óptica de la privación injusta de la libertad.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE³

³ Se dejará constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, la suscrita Magistrada Ponente no comparte en su totalidad la línea jurisprudencial expuesta por el H. Consejo de Estado en la sentencia de Sala Plena que aquí se cita, en cuanto se refiere a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad que, finalmente, ha venido a evidenciarse como una responsabilidad de carácter objetivo en la que no hay lugar a efectuar ninguna clase de análisis diferente a los parámetros pre fijados por la Corporación de Certeza de la Jurisdicción. Partiendo desde el postulado contenido en el art. 90 Superior, la suscrita Magistrada estima que no en todos los casos en que una persona haya sido sometida a medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y finalmente resulte exonerado de responsabilidad penal mediante sentencia absoluta definitiva o su equivalente, i) porque el hecho no existió, ii) porque el sindicado no lo cometió o, iii) porque la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado. A diferencia de lo expuesto por el H. Consejo de Estado y por mis respetados colegas considero que se debe siempre evidenciar la ilegalidad de la medida de aseguramiento pues en tanto la misma se haya adoptado dentro del marco legal, es decir, con soporte fáctico y probatorio que la sustente, haya sido oportuna, preventiva o haya evitado un daño mayor al conglomerado social, dicha detención no debe ser calificada como injusta.

Sin perjuicio de lo anterior, como quiera que el tema objeto de esta controversia se encuentra decantado por vía jurisprudencial, la suscrita Magistrada acogerá tales pronunciamientos, a título de precedente judicial, con base en el criterio de obligatoriedad que ello conlleva para los jueces de instancia, tal como se lee en el siguiente aparte de la sentencia C-836/01.

* Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a

El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, mediante sentencia de Sala Plena de fecha 6 de abril de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, frente al tema de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha dicho:

“3. Responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad

Aunque la libertad ocupa lugar de primer orden en cualquier Estado que se precie de ser democrático y liberal, no por ello constituye un derecho absoluto, en tanto puede ser limitado como consecuencia de la imposición de una pena, o de una medida de aseguramiento, siempre que se cumplan las exigencias legales y se atienda a las finalidades que autorizan dicha limitación.

Como ya se señaló, por cuenta del proceso penal que se adelantó por los delitos de homicidio y hurto cometidos en contra del señor Walberto Perlaza Caicedo, el señor Joaquín Castro Solís fue privado de la libertad en tres oportunidades: (i) desde el 17 de julio de 1985 hasta el 13 de diciembre de 1985; (ii) desde el 1º de octubre de 1996 hasta el 6 de febrero de 1997 y (iii) entre las 9:30 y las 11:00 a.m. del 21 de junio de 1998. Por lo tanto, deben tenerse en cuenta las normas que durante esos lapsos han establecido el derecho a la reparación por los daños que se causen como consecuencia de la privación injusta de la libertad, esto es: (3.1.) las normas que regulaban el asunto antes de la expedición de la Constitución de 1991; (3.2.) la Constitución de 1991 y el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, que desarrollo el artículo 90 constitucional en el tema que aquí se trata y (3.3.) la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

3.1. La reparación por privación de la libertad antes de la Constitución de 1991

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, la jurisprudencia consideraba que la responsabilidad proveniente de fallas en la administración de justicia debía ser atribuida a la culpa personal de funcionario judicial que hubiera incurrido en dolo, culpa, retardo injustificado o error inexcusable y que

respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia.

de manera excepcional, había lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando dichas fallas fueran propiamente administrativas. Esto, en razón del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada y por falta de norma legal que autorizara la indemnización de perjuicios en los supuestos de error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Pero, a pesar de la carencia de normas que en forma explícita ordenaran la reparación de perjuicios causados con los errores judiciales o el funcionamiento anormal de la administración de justicia, la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio judicial podía ser deducida de los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución Política de 1886, que establecían el deber de las autoridades de la República de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares"; que "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes" y que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

El derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad encontraba también soporte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el voto unánime de sus asociados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, ratificado por la ley 74 de 1968, que establece que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación" (art. 9º num. 5) y que "cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido posteriormente indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido" (art. 14, num. 6).

Igualmente, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la ley 16 de 1972, que en el artículo 10 establece: "Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia en firme por error judicial".

En tal sentido, bien podía haberse echado mano de la jurisprudencia elaborada en esa época para estructurar los diferentes regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas y en aplicación de esos criterios ordenar la reparación de los daños causados con la actividad judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corporación en aquel momento, deducía la responsabilidad de las autoridades públicas por los daños causados con su actividad, con fundamento en los regímenes de falla probada, falla presunta del servicio, daño especial, o riesgo excepcional. En relación con el primer régimen se requería acreditar la existencia de una falla del servicio en la conducta causante del perjuicio sufrido por el demandante y la relación causal entre ambos. Así, bien podía haberse dado aplicación a éste régimen en los supuestos de privación de la libertad, para derivar la injusticia de la medida de la antijuridicidad de la conducta del juez que la ordenaba, como se hacía en los eventos en que la demanda se dirigía contra la autoridad administrativa que la hubiera ejecutado.

Esto significa que los daños causados a las personas como consecuencia de la privación de la libertad a la que hubieran sido sometidos antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991, deben ser imputados al Estado con fundamento en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos-, los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886 y los criterios de responsabilidad patrimonial que para esa época había desarrollado la jurisprudencia y fundamentalmente, con el criterio de falla del servicio, con el alcance que entonces se le había dado, esto es, que habrá lugar a la declaración de responsabilidad demandada, en la medida en que se compruebe que en el proceso se incurrió en error al imponer la medida de aseguramiento al demandante.

3.2 La privación de la libertad en vigencia de la Constitución de 1991 y del artículo 414 del decreto 2700 de 1991

El artículo 28 de la Constitución consagra el derecho a la libertad, pero prevé también la posibilidad de la privación de este derecho, bien como pena o medida de aseguramiento siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) cumplimiento de

las formalidades legales, y (iii) la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

También ha señalado la Corte Constitucional que la privación de la libertad, como medida de aseguramiento, no contraviene la presunción de inocencia, ni ninguna otra disposición constitucional, en tanto dicha medida tiene carácter preventivo y no sancionatorio, ni desvirtúa la presunción de inocencia, dado su carácter precario, que no permite confundirla con la pena, aunque, por razones de justicia y equidad sea posible computar el tiempo de la detención como parte de la pena.

Pero, además de cumplir con las exigencias constitucionalmente señaladas, la detención preventiva debe obedecer a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena:

"...El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción".

Las exigencias señaladas en la Constitución para la procedencia de la medida de aseguramiento armonizan con lo dispuesto en las normas internacionales de derechos humanos que son aplicables en el derecho interno, por mandato de los artículos 93 y 94 de la misma Constitución. Son ellas: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En desarrollo de esas disposiciones de orden superior, el artículo 338 del Decreto 2700 de 1991 establecía que la detención preventiva era procedente "cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso"⁴, requisito probatorio en relación con el cual la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- ha señalado:

⁴ En el artículo 356 de la ley 600 de 2000, se estableció que la detención preventiva "se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso", y el artículo 308 de la ley 906 de 2004 establece: "El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y

"La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador. Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve cuando se revela solo como una entre varias causas probables y podrá darte menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causal posible del hecho indicado"⁵.

En vigencia de la actual Constitución se expidió el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991-Código de Procedimiento Penal, que establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva, u otra providencia con iguales efectos, debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible. El texto de esa norma era el siguiente:

"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".

Se aclara que las consideraciones que sobre la norma se hacen en esta oportunidad están limitadas al contenido del segundo aparte y además, marginadas de cualquiera otra interpretación extensiva o analógica que pudiera hacerse de la misma. Vale decir, que no se fijará el alcance del primer

asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia"

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1997, exp. 9858.

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*. Esto porque la determinación del alcance de esa disposición se circunscribirá al caso concreto, que claramente se inscribe en una de las causales de responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad.

En este orden de ideas, se señala que de manera unánime, la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente⁶, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, 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.

En otros términos, cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el sindicado no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicado, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquél.

⁶ A juicio de la Sala, el derecho a la indemnización por detención preventiva debe ser el mismo cuando el proceso termine no sólo por sentencia absolutoria, sino anticipadamente por preclusión de la investigación (art 443) o auto de cesación de procedimiento (art. 36), por cuanto éstas son decisiones equivalentes a aquella para estos efectos. Ver, por ejemplo, sentencia de 14 de marzo y 4 de mayo de 2002, exp: 12.076 y 13.038, respectivamente, y de 2 de mayo de 2002, exp: 13.449.

3.3. La vigencia de la Ley 270 de 1996 y la aplicación del art. 414 del Decreto 2700 de 1991

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece que "Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".

{...}

La Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus Ramas u órganos hubiera sido "abiertamente arbitraria", dicha disposición 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 aquellos 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. Sobre este aspecto ha dicho la Sala:

"Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta "porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible", se configura un evento de detención injusta....".

Ahora, es cierto 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 2001⁷-, y que ni este código, ni el subsiguiente -Ley 906 de 2004-

⁷ Sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 15.463. En el mismo sentido, sentencias de 23 de abril de 2008, exp. 17.534 y de 25 de febrero de 2009, exp. 25.508, entre otras.

⁸ Mediante la ley 906 de 2004 se expidió un nuevo código de procedimiento penal, aunque la ley 600 de 2000 se continuó aplicando en relación con los delitos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución.

contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad. En consecuencia, en relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 no podrá invocarse el artículo 414 como fuente normativa de la responsabilidad estatal.

Pero, la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y la carencia en los subsiguientes códigos de procedimiento penal de una norma con el mismo contenido de ese artículo, no impiden deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en 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.

Esto porque 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.

El concepto de daño antijurídico, como se ha señalado en la jurisprudencia y en la doctrina se desliga de su causación antijurídica.

Por lo tanto, 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.

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, cuando se cumplan estrictamente los requisitos constitucional y legalmente previstos para la imposición de esa medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, sin que se requiera realizar ninguna valoración diferente, cuando se profiere sentencia absolutoria o su equivalente, por haberse demostrado que esa persona no ha incurrido en ninguna conducta digna de reproche penal, porque en tal caso la medida devendrá injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido, porque en tal caso los daños causados con su detención serán antijurídicos.

En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser declarada en todos aquellos casos en los cuales se dicte sentencia penal absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, con fundamento en el segundo segmento normativo del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, cuando la decisión penal se profiera en vigencia de esa norma, esto es, cuando la sentencia penal o su equivalente se hubieran proferido durante el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, al margen de que la privación de la libertad la hubiera sufrido el sindicado aún antes de la vigencia de la norma, porque sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.

Si la sentencia penal absolutoria o la providencia equivalente se hubieran dictado con posterioridad al 24 de julio de 2001, el fundamento normativo de la decisión reparatoria lo será el artículo 90 de la Constitución, dado que los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 corresponden realmente a eventos de daño antijurídico, por tratarse de una privación injusta de la libertad, aunque causados con una conducta jurídicamente irreprochable del Estado.

Finalmente, en el evento de que se reclame la indemnización de 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)."

CASO CONCRETO

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas que resultan relevantes:

Copia auténtica del Informe de Registro y Allanamiento FPJ18 de fecha 28 de agosto de 2009 en cumplimiento de la orden de registro y allanamiento emanada por la Fiscalía Seccional No. 007 de Cartagena (fls. 50-56).

Copia auténtica del Acta de Derechos del Capturado emanado por la Policía Judicial de fecha 28 de agosto de 2009, mediante el cual se aprehende al señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO (fl. 57).

Copia auténtica del Acta de Audiencia de Control Posterior a Diligencia de Allanamiento y Registro de fecha 29 de agosto de 2009, mediante el cual la Juez Promiscuo Municipal de Soplaviento- Bolívar con funciones de control de garantías, legaliza el allanamiento en el domicilio del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, legaliza su captura e impone medida de aseguramiento en establecimiento carcelario de Ternera (fl. 71).

Copia auténtica del escrito de acusación en contra del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO presentado por la Fiscalía Seccional 35 de Cartagena ante

el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cartagena, de fecha 28 de septiembre de 2009 (fl. 72-77).

Copia auténtica del informe pericial de análisis de estupefacientes rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Norte, de fecha 23 de diciembre de 2009, mediante el cual se concluye que "LA MUESTRA RECIBIDA Y ANALIZADA EN ESTE LABORATORIO NO CONTIENE ESTUPEFACIENTE" (fls. 80-81).

Copia auténtica del Acta de Audiencia de fecha 18 de enero de 2010 celebrada por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Garantías, mediante el cual el Juez concede la libertad al señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO (fl. 83).

Copia auténtica del Acta de Audiencia de fecha 23 de septiembre de 2010 celebrada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, mediante el cual se decreta la preclusión de la investigación a favor de JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO por atipicidad de la conducta, cesa con efecto de cosa juzgada la persecución penal, se revoca la medida de aseguramiento y se ordena a la Fiscalía cancelar todos los pendientes ordenados con ocasión de la investigación realizada. (fl. 97-98).

Con base en las pruebas recaudadas, resulta evidente la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la privación de la libertad acaecida en la persona de JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, según se menciona en los hechos de la demanda y de lo probado en el proceso, la captura del demandante se produjo el día 28 de agosto de 2009, y puesto en libertad el 18 de enero del año 2010, es decir estuvo privado de la libertad por un total de 4 meses y 21 días, por orden del Juzgado Promiscuo Municipal de Soplaviento- Bolívar con funciones de control de garantías.

De las anteriores pruebas se le crea a esta Sala la convicción que el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, fue capturado y puesto a disposición de la Policía Judicial, así, como recluso por 4 meses y 21 días y luego puesto de forma inmediata en libertad, previo compromiso, tal como consta en la audiencia realizada por el Juez Sexto Penal Municipal de Cartagena con funciones de control de garantías y grabada en medio magnético aportado

en CD que contiene la grabación en audio de la misma (fl. 91), creando por tanto la convicción jurídica frente a dicha situación.

Así las cosas, se comprueba la causación de un daño antijurídico contra el demandante, consistente en la privación de la libertad del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, la cual se tornó en injusta, por cuanto la misma Fiscalía Seccional 35 de Cartagena manifiesta al Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, que se precluya la investigación por atipicidad de la conducta del hoy demandante, la que fue aprobada y ordenada en forma inmediata el día 23 de septiembre de 2010 y absuelto de toda responsabilidad.

La preclusión de la investigación por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes del que fue objeto el señor QUINTERO OSPINO se dio por la no existencia de prueba que acreditara su responsabilidad, lo cual, como se vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos por el legislador, a partir del artículo 90 de la Constitución Política, como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

Es así como se evidencia la responsabilidad del Estado en los perjuicios causados a partir de la privación de la libertad a la que fue sometido el demandante, y ello es así, por cuanto, si bien es cierto es cometido del Estado, el garantizar el mantenimiento del orden social, no lo es menos que también es su obligación proteger a los ciudadanos en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (art. 2º C.N.), debiendo adoptar las medidas pertinentes para que la restricción de sus derechos se ajuste a las perceptivas normativas existentes para cada caso con miras a garantizar la efectividad de la medida, pues resulta un verdadero desatino mantener a los ciudadanos injustamente privados de su libertad so pretexto de cumplir una función investigativa.

Ahora bien, en el *sub examine* fue la Fiscalía quien solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión para el imputado, conforme a la función prevista en el artículo 308 numeral 1º, en concordancia con el 313 numeral 2º del C.P.P., que rezan:

"Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal

General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, **se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga**, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

"1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

"2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

"3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia." (Subraya y Resalta la Sala)

Así las cosas, al haber sido el Juez Promiscuo Municipal de Soplaviento Bolívar con función de Control de Garantías quien legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento al hoy demandante, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, por la supuesta comisión de la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, sin quedar plenamente comprobado que éste hubiese cometido dicha conducta, o más bien la conducta era atípica, obligado es concluir que esa privación injusta fue la generadora de perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial causados a los demandantes, razones que determinan la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los demandantes.

Teniendo en cuenta las pruebas arimadas al plenario, se puede afirmar que la medida de aseguramiento del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO tuvo una duración de cuatro (4) meses y veintiún (21) días, es decir, desde el 28 de agosto de 2009 al 18 de enero de 2010.

Sobre la medida impuesta, considera la Sala que no tenían los demandantes el deber jurídico de soportarla, pues como se decidió en la audiencia celebrada el día 23 de septiembre de 2010, la conducta era atípica.

Los hechos anteriormente probados permiten concluir que, efectivamente, el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO fue objeto de medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado de responsabilidad porque no existió prueba que acreditara la responsabilidad del sindicado en el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, lo cual, como se vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos por el legislador, a partir del

artículo 90 de la Constitución Política, como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

PERJUICIOS MATERIALES

La parte actora reclama como perjuicios materiales en la modalidad de **lucro cesante** la suma de \$15.600.000, dinero que dejó de percibir mientras permaneció privado de la libertad y encausado penalmente hasta la fecha de preclusión de la investigación el día 23 de septiembre de 2010, puesto que se le privó de adquirir tal suma por no poder seguir ejerciendo su trabajo de conductor con ingresos diarios de \$40.000 en la ciudad de Cartagena.

Como prueba de lo anterior aporta certificado emitido por el señor JOSE DE LA CRUZ OSPINO SOTO de fecha 31 de enero de 2012, y mediante el cual informa que el señor JORGE QUINTERO OSPINO trabajó como conductor de un vehículo de servicio público de su propiedad, ganándose \$40.000 diarios de lunes a sábado, desde junio de 2008 al 28 de agosto de 2009. (ff. 99).

También milita a folios 199 al 202 el testimonio rendido por el señor JOSE DE LA CRUZ OSPINO SOTO, quien ratifica que el señor JORGE QUINTERO OSPINO trabajó como conductor de un vehículo de servicio público de su propiedad, ganándose \$40.000 diarios.

Así las cosas, como el actor estuvo privado de la libertad durante 4 meses y 21 días, se tomará la suma de \$40.000 diarios que devengaba como conductor de vehículo de servicio público de lunes a sábado, lo que al mes daría la suma de \$1.040.000 mensuales, para un total de \$5.200.000 lo dejado de percibir.

La actualización de esta suma se hará con base al índice de precios al consumidor observado para el año 2014, de esta forma:

Fórmula

$$Va = \frac{\text{Índice Final} \times Vh}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (Va) se determina multiplicando el Valor Histórico

20
10
20

(Vh) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de remuneración dejada de percibir durante los cinco meses de encarcelamiento (\$5.200.000) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha (113,98 diciembre/13), por el índice vigente a la fecha en que debió efectuarse el pago (102,12, septiembre/2009).

$$Va = \frac{113,98 \times (\$5.200.000)}{102,12}$$

$$Va = \$5.803.917$$

En consecuencia, se reconocerá a favor del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO la suma total de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE (\$5.803.917 m/cte) por concepto de **lucro cesante**.

PERJUICIOS INMATERIALES:

Daño moral: En el libelo introductor, se solicita se reconozca la suma de 100 salarios mínimos para cada uno de los demandantes, por la tristeza, angustia, dolor, aflicción, estigmatización vivido a causa de la privación injusta de la libertad.

En este punto es necesario anotar que el daño se presume para la víctima directa de la privación injusta de la libertad, así como para sus padres, hijos, cónyuge, y hermanos.

Para la tasación de los perjuicios morales se tendrá en cuenta el núcleo familiar del demandante y la intensidad sufrida por las víctimas indirectas, que por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por el directo implicado en la investigación penal, por lo tanto una vez verificado el grado de parentesco entre los demandantes y una persona privada injustamente de su libertad, es posible presumir el dolor y aflicción de aquellos, con lo que emana su legitimación en la causa material por activa.

Obra en el proceso copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO (fl. 100), YURIS PAOLA QUINTERO LEON (fl.

101), MABEL MILENA QUINTERO OSPINO (fl. 102), ANDRES DAVID QUINTERO OSPINO (fl. 103), DANIEL QUINTERO OSPINO (fl. 104), HEINER QUINTERO OSPINO (fl. 105), ALBERTO QUINTERO OSPINO (fl. 106), ALFRETH QUINTERO OSPINO (fl. 107), RUSMIT QUINTERO OSPINO (fl. 108), YOCELIN QUINTERO OSPINO (fl. 109).

Para el *sub examine*, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO en su calidad de víctima directa de la privación injusta de su libertad, de igual manera está demostrado el parentesco de la víctima directa con sus padres los señores JORGE ANTONIO QUINTERO CASTRO y MABEL RAMONA OSPINO SOTO, su hija la menor YURIS PAOLA QUINTERO LEON y sus hermanos DANIEL, HEINER, ALBERTO, ALFRETH, RUSMIT, YOCELIN, ANDRES DAVID y MABEL MILENA QUINTERO OSPINO.

Ahora bien, con respecto a la señora CARMEN MARIA LEON RAMIREZ, no se encuentra demostrada su calidad para actuar como compañera permanente, debido a que se aportaron dos declaraciones extrajudicio (fl. 90-91), sin acreditar mediante prueba testimonial la existencia de la unión marital de hecho, pues si bien en las declaraciones de los señores JORGE ELIAS FLOREZ HERRERA (fls. 192-195), DENIS MARINA GOMEZ MONGUA (fls. 196-198) y JOSE DE LA CRUZ OSPINO SOTO (fls. 199-202), manifestaron que el señor JORGE QUINTERO OSPINO vivía con su compañera permanente, ninguno de los testigos hizo mención alguna de la señora CARMEN LEON RAMIREZ, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa con respecto a la mencionada señora, propuesta por la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL.

En relación con la prueba de los daños morales, frente al tipo de responsabilidad estudiado el Consejo de Estado ha señalado⁹:

"... Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de daños morales a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejo Penente Dr. Germán Rodríguez Villanizar, sentencia de 14 de marzo de 2002, radicación número 25000-23-26-000-1993-9097-01(12076. Actor Jaime Valencia Martínez y Otros, Demandado: Ministerio de Justicia y el Derecho.

angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999: "A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél..."

Y en otra oportunidad reiteró¹⁰:

"...Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor ... así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes..."

Es claro entonces, de acuerdo con lo acabado de citar, que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo no ha exigido pruebas del daño moral sufrido por las víctimas y su parientes cercanos, al partir de la acertada presunción de dar por existente el sufrimiento, desasosiego, congoja y frustración que conlleva la privación de la libertad, sea en centro de reclusión penal o domicilio, más cuando posteriormente se declara inocente al detenido.

Bajo estas orientaciones, y teniendo en cuenta la pauta jurisprudencial para el reconocimiento de los perjuicios morales dependiendo del tiempo que dure la privación efectiva de la libertad, el Consejo de Estado sobre la tasación de dicho perjuicio mediante providencia de fecha 28 de agosto de 2013. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero Radicación N° 000-1996-00659-01 la cual unificó lo concerniente a los perjuicios por privación injusta de libertad y estableció lo siguiente:

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente Dr.: Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número. 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

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 manera 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. (..)"

En consecuencia y una vez precisado lo anterior, acogiendo el parámetro propuesto por el Consejo de Estado esta Sala reconoce por concepto de perjuicios morales al demandante la suma de 50 SMLMV, como quiera la privación supera los 3 meses pero no es mayor de 6 meses.

En lo que atañe a las víctimas indirectas, por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por el señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO, por lo que la indemnización será inferior, posición que ha sido asumida por esta Sala de decisión así:

1. JORGE ANTONIO QUINTERO CASTRO	Padre	25 smlmv
2. MABEL OSPINO SOTO	Madre	25 smlmv
3. YURIS QUINTERO LEON	Hija	25 smlmv

4. DANIEL QUINTERO OSPINO	Hermano	12,5 smlmv
5. HEINER QUINTERO OSPINO	Hermano	12,5 smlmv
6. ALBERTO QUINTERO OSPINO	Hermano	12,5 smlmv
7. ALFRETH QUINTERO OSPINO	Hermano	12,5 smlmv
8. RUSMIT QUINTERO OSPINO	Hermano	12,5 smlmv
9. YOCELIN QUINTERO OSPINO	Hermano	12,5 smlmv
10. ANDRES QUINTERO OSPINO	Hermano	12,5 smlmv
11. MABEL QUINTERO OSPINO	Hermana	12,5 smlmv

COSTAS.

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 C.C.A.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la NACIÓN- RAMA JUDICIAL- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa con respecto de la señora CARMEN MARIA LEON RAMIREZ e indebida representación del demandado, propuestas por la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR administrativa, patrimonial y solidariamente responsable a la NACION- RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de los perjuicios causados a los demandantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero:

1. Para el señor **JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO:**

- Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de **lucro cesante** la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE (\$5.803.917 m/cte) y
- Por concepto de **daño moral** la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de víctima directa de la detención injusta.

2. Para cada uno de los señores JORGE ANTONIO QUINTERO CASTRO y MABEL RAMONA OSPINO SOTO, se les reconocerá una suma de dinero equivalente a VEINTICINCO (25) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de padres de la víctima directa.
3. A la menor YURIS PAOLA QUINTERO LEON se le reconocerá una suma de dinero equivalente a VEINTICINCO (25) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES en su calidad de hija del señor JORGE ALBEIRO QUINTERO OSPINO.
4. Para cada uno de los señores DANIEL, HEINER, ALBERTO, ALFRETH, RUSMIT, YOCELIN, ANDRES DAVID y MABEL MILENA QUINTERO OSPINO se reconocerá la suma equivalente a DOCE PUNTO CINCO (12.5) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES en su calidad de hermanos de la víctima directa.

QUINTO: NEGAR la demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A, atendiendo los términos de la sentencia C-188 de 1999

proferida por la Corte Constitucional.

SÉPTIMO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

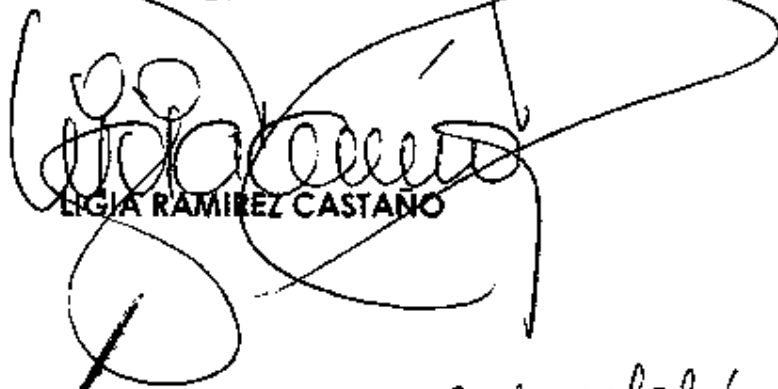
OCTAVO: En firme ésta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A.

NOVENO: Una vez 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 aprobado en sesión de la fecha,

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE ELIFCE FANDEÑO GALLO

Dxbt



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0133
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: BLAS ENRIQUE SAN MARTIN TAPIA
DEMANDADO	: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2012-00155-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE 2014

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) 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
SUBSECCION ESPECIAL DE DESCONGESTION
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Enero Veinticuatro (24) de dos mil catorce (2014)

SENTENCIA No. 006 /2014

2ª Instancia

Tema: Reajuste Asignación de Retiro - IPC

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-003-2012-00155-01
Demandante: BLAS ENRIQUE SAN MARTIN TAPIA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL "CASUR"

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

En atención a los artículos 115 de la Ley 1395 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde, por tratarse de un asunto que ya ha sido decantado por este Tribunal y por encontrarse en litigio los derechos de la tercera edad.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor BLAS ENRIQUE SAN MARTIN TAPIA instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL "CASUR" para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad del Oficio No. 1129/OAJ del 1° de junio de 2011, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual negó al actor el reajuste anual de la asignación de retiro con base en la variación anual del IPC, certificada por el DANE.

2.- Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a reajustar la asignación de retiro del actor, con base en el IPC, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que para que el derecho sea restablecido, el reajuste y liquidación de la asignación mensual de retiro del actor, debe afectarse y reflejarse año por año.

HECHOS

Los hechos más relevantes de la demanda se resumen a continuación:

Como soporte fáctico de sus pedimentos, el señor BLAS ENRIQUE SAN MARTIN TAPIA expone que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL le reconoció la asignación de retiro a partir del 26 de marzo de 1980 y en vigencia de los años 1997, 1999, 2002 y 2004, se le reajustó la asignación de retiro en un porcentaje inferior a la variación del IPC del año inmediatamente anterior, afectándole la base prestacional con una diferencia en su contra.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora invoca como violadas las siguientes disposiciones: Preámbulo y los Artículos 2, 13, 25, 48, 53, 58, 90, 229 de la Constitución Nacional, Ley 4 de 1992, Ley 100 de 1993, parágrafo 4º, del artículo 279, Ley 238 de 1995, artículo 1º Ley 285/95; Ley 923/04, Decreto 4433/04, Decretos 1211, 1212 y 1213/90. Estatutos de la Fuerza Pública.

Como concepto de violación de las normas acusadas, expresa que la demandada para negar los derechos reclamados por el actor, dice que la ley 100 de 1993, es una norma de carácter general que regula prestaciones de personal no uniformado y los Decretos 1212 y 1213 de 1990 son las normas de carácter especial que regulan la carrera de oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional siendo ilegal la aplicación de dos normas, porque la una regula el sistema general de pensiones y las otras decretos 1212 y 1213 de 1990, regulan prestaciones del personal de la Policía Nacional, argumentación contraria con los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional en las reiteradas sentencias donde se ha sentado doctrina, de que los regímenes especiales se ajustan a la constitución cuando contemplan iguales o superiores prestaciones que los contemplados en el régimen general.

Afirma que la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, conforme el artículo 1º de la Ley 238/95, extiende los "derechos y beneficios" establecidos en el artículo 14 y 142 para los que tienen asignación de retiro de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, indicando en forma expresa que el contenido de los artículos 14 y 142 son aplicables a los miembros de la Fuerza Pública, con asignación de retiro.

Adicionalmente, expresa que los mandatos superiores consignados en la Carta Magna, desarrollados en la Ley 100 de 1993, artículo 14, extendidos por el legislador a los pensionados de la Fuerza Pública, mediante Ley 238 de 1995, igualmente consignados en la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, constituye para las cajas pagadoras de pensiones de la Fuerza Pública, la obligación de

oficio, reajustarlas anualmente en los porcentajes mínimos que se reclaman (IPC).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada no contestó la demanda.

III. SENTENCIA CONSULTADA

El Juez Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil trece (2013), y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. 1129/OAJ fe (sic) fecha 1 de junio de 2011, proferido por la Caja de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual, negó al señor Blas Enrique San Martín Tapia el reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro de conformidad a las variaciones del índice de precios al consumidor.

SEGUNDO: ORDENAR a la Caja de Retiro de la Policía Nacional realizar los reajustes de la Asignación de Retiro del señor Blas San Martín Tapia, con aplicación del porcentaje del Índice de Precios al Consumidor, para los años correspondientes a 1997, 1999, 2002 y 2004.

TERCERO: ORDENAR a la Caja de Retiro de la Policía Nacional, al pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los índices de precios al consumidor, a partir del tres (03) de mayo de dos mil siete (2007) y hacia el futuro hasta que se efectúe el pago de la presente sentencia.

CUARTO: DECLARAR prescritas las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, causadas con anterioridad al tres (03) de mayo de dos mil siete (2007).

(...)"

Estimó el Juez a quo, que confrontando los porcentajes aplicados por la demandada con el Índice de Precios al consumidor de los años 1997, 1999, 2002 y 2004, advierte que la variación porcentual del IPC resulta ser más

favorable al demandante, al ser cuantitativamente superior al incremento aplicado por el Gobierno Nacional.

Señala que la petición de reajuste y pago de la asignación de retiro con base en el IPC fue radicada en la entidad el día 3 de mayo de 2011, por lo que únicamente procede el pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo al IPC, a partir del 3 de mayo de 2007 y hasta la fecha de pago de la sentencia.

Afirma que, si bien están prescritas las diferencias anteriores al 3 de mayo de 2007 y por tanto no se pagaran al actor, si deben tenerse en cuenta para reajustar su asignación de retiro.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendarado el 28 de noviembre de 2013, esta Corporación aprehendió el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo establecido en artículo 184, inciso 4 del C.C.A., dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 87).

En esta oportunidad procesal las partes en litigio guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA

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

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

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

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

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

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

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

Así se observa que el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional fue notificado personalmente del auto admisorio de la demanda por intermedio de la Gobernación de Bolívar el día 24 de agosto de

2012, (fl. 33), y fijada en lista entre el 4 y 17 de septiembre de 2012 (fl. 28 rvs.), observando la Sala que la entidad demandada no contestó la demanda, ni alegó de conclusión.

Determinada la procedencia del grado de consulta, esta Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, analizará la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena el 16 de agosto de 2013.

CADUCIDAD.

De conformidad con lo previsto en el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A., pueden demandarse en cualquier tiempo los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas.

Como quiera que el presente asunto cobija el estudio de una prestación de tal carácter, no hay lugar a verificar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

PROBLEMA JURÍDICO.

Como problema jurídico, la Sala deberá determinar si los reajustes de la asignación de retiro estuvieron conforme al ordenamiento jurídico, es decir, si el accionante tiene derecho al reajuste del IPC tal y como se declaró en la sentencia consultada, o si por el contrario, al reajuste de la asignación de retiro del señor BLAS SAN MARTIN TAPIA le es aplicable inexorablemente el régimen prestacional de la Fuerza Pública.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, dado que la entidad demandada debe reconocer y pagar las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del Índice de Precios al Consumidor para que luego, tales diferencias sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se trata del Oficio No. 1129/OAJ de fecha 1º de junio de 2011, proferida por el Director General de la Caja de sueldos de Retiro de la Policía Nacional por medio de la cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro por concepto de reconocimiento del índice de precios al consumidor "IPC" del AG @ BLAS ENRIQUE SAN MARTIN TAPIA (fl. 14-16).

En sede administrativa el señor BLAS ENRIQUE SAN MARTIN TAPIA, presentó derecho de petición de fecha 3 de mayo de 2011 (fl. 17-20), solicitando el reajuste de la asignación de retiro de los años 1997, 1999, 2002 y 2004, con base en el I.P.C., la que fue atendida mediante Oficio No. 1129/OAJ de fecha 1º de junio de 2011, negando dicha solicitud, agotando así la vía gubernativa como lo dispone el art. 63 del C.C.A. y, por tanto, habilitando a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado en la forma como lo establece el art. 135 ib.

DEL CASO EN CONCRETO.

Respecto al reajuste de la asignación de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es procedente aplicar la Ley 100 de 1993 (I.P.C.) y no el sistema de oscilación consagrado en las normas especiales cuando aquélla comporte un resultado más favorable en cada uno de los años en que se compruebe tal favorabilidad.

Sobre el tema es necesario dejar claro, en primera medida, que esta Sala para dirimir el asunto que nos ocupa acoge integralmente los conceptos expuestos por la H. Corte Constitucional en cuanto se refiere al análisis de la normas que regulan la fijación de la asignación de retiro y de la pensión de invalidez a que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, su compatibilidad e incompatibilidad con otras remuneraciones provenientes del tesoro público y

con otras pensiones, de manera que se puede concluir que tienen similitud a pesar que guardan sus propias características.

Así las cosas, es preciso aceptar como lo ha mencionado la jurisprudencia, que el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es de carácter especial hasta el punto que contempló la asignación de retiro en reemplazo de las pensiones de jubilación y de vejez precisamente para que pudieran incrementarse como los sueldos de los miembros activos, según la regulación que venía rigiendo, creando una garantía de la cual no han disfrutado los demás servidores públicos, sobre la base de atender las condiciones de la función sometida a los continuos riesgos de su cumplimiento; sin embargo, esta circunstancia no la puede convertir en una prestación diferente en su esencia a la pensión, bien de jubilación, o bien de vejez.

Sobre este mismo tema el H. Consejo de Estado¹ expresó:

**"LAS ASIGNACIONES DE RETIRO SE ASIMILAN A LAS PENSIONES DE VEJEZ Y DE INVALIDEZ.
Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares.**

Estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 20 del artículo 36 del decreto 4433 de 2004."

En este orden de ideas y desde el punto de vista prestacional se puede decir, que la asignación de retiro señalada en las normas legales para los miembros de la Fuerza Pública, tiene la misma naturaleza jurídica que la pensión, es decir, cubre el riesgo de la seguridad social al proteger a un servidor que cesa en su labor auxiliado con un pago económico y, por lo mismo, esa naturaleza jurídica es similar a las demás pensiones prevista para todos los servidores públicos y privados. En consecuencia, las normas que regulen aspectos sobre esta prerrogativa y que de alguna manera, se hagan extensivas a pensionados

¹ Rad: 250002325000200607954-01 de fecha 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paez.

sometidos a regímenes especiales, deben aplicarse también a los miembros retirados de las Fuerzas Militares y de la Policía que, gocen de pensión de invalidez o de asignación de retiro.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que en el presente asunto, que el servidor retirado de la Fuerza Pública, tiene derecho a que la entidad demandada revise los incrementos de su asignación de retiro y verifique cuál es el mayor porcentaje de cada año para su reajuste, a partir de 1997 si del aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza Militares y de Policía, fijado en la escala salarial porcentual, o del Índice de Precios al Consumidor - IPC, que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de manera que, en cada año se aplique el porcentaje de mayor valor en orden a realizar el incremento, teniendo en cuenta que sólo se debe utilizar uno de estos porcentajes, el más favorable, no los dos de manera concomitante el mismo año, toda vez que, no son acumulables porque se generarían dos aumentos no ordenados por la ley para el mismo periodo fiscal o anualidad.

En consecuencia, la Sala considera que el acto administrativo demandado, viola normas superiores, lo que permite inferir que le asiste razón al accionante, de manera que se confirmará la sentencia consultada.

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

De la Prescripción.

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

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

Como un modo de extinción de derechos particulares contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 la prescripción cuatrienal, es decir, que ellos prescriben en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles. Para que dicha figura opere, es indispensable que concurren todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad, frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en lograr su cumplimiento. En casos como el presente, obran tales presupuestos, pues la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia. A partir de ese momento, el demandante contaba con el término de cuatro (4) años para deprecar el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro con el factor prima de actualización y sucedió que la solicitud se entabló por fuera de este lapso. En efecto, para resolver el sub-júdice, necesario es acudir al término prescriptivo que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, norma que contempla la prescripción especial de las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, como son las que perciban los miembros de la Fuerza Pública. Conforme a lo anterior, haciendo uso de la analogía es dable acudir a la regla prescriptiva que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que la postura de la parte actora implicaría admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley 4ª de 1992 serían imprescriptibles, aserto que no es de recibo dado que solamente los derechos laborales de tracto sucesivo de orden vitalicio, salvo excepciones legales, quedan amparados por esta prerrogativa. Respecto de esta clase de derechos, prescriben las mesadas no reclamadas en los términos preclusivos establecidos para el efecto, pero el derecho en sí no se extingue y se hace exigible en cualquier momento."²

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

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

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

Como ya se expuso, la prescripción que en esta providencia se decreta es en relación con los derechos correspondientes a los años anteriores al 20 de febrero de 2002, por haberse presentado la petición el 20 de 2006, no obstante, debe precisar la Sala que en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC, en los años 1997, 1999 y 2001 en lugar del

² Rad No 76001-23-31-000-2003-03373-01(6537-05) de fecha 24 de agosto de 2006, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado (E)

principio de oscilación que se le aplicó, la entidad debe efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes conforme al cuadro que aparece a folios 15 y 16.

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

Y en otro pronunciamiento de la máxima Corporación³, se expresó:

“REAJUSTE DE LA ASIGNACION DE RETIRO – Prescripción cuatrienal

El actor reclama en la demanda el reajuste de su asignación de retiro, que ha venido percibiendo, por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. Para el inicio de dichas anualidades la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual estableció un período de 4 años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho. A partir del 31 de diciembre de 2004, mediante el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 el Gobierno Nacional modificó el término prescriptivo de 4 años, disminuyéndolo a un período de 3 años, de la siguiente forma: “Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles” [...]. Para la Sala es claro que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia. Nótese que de la lectura de la norma transcrita, el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004.”

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

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

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. sentencia de 15 de noviembre de 2012, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicado (0907-2011)

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

AÑO	INCREMENTO GOBIERNO	IPC	DIFERENCIA
1997	18,86%	21,63%	-2,77%
1999	14,91%	16,70%	-1,79%
2002	5,99%	7,65%	-1,66%
2004	6,48%	6,49%	-0,01%

De lo anterior se concluye que:

- ✓ Para los años 1997, 1999, 2002 y 2004 le resulta más beneficioso la asignación del IPC.
- ✓ Las diferencias que se generaron con anterioridad al 3 de mayo del 2007 se encuentran prescritas (artículo 174 del Decreto 1211 de 1990), teniendo en cuenta la fecha en que se efectuó la reclamación para la reliquidación que lo fue el día 3 de mayo de 2011; pero se ordenará el pago de las mismas desde el 3 de mayo de 2007 en adelante, tal como lo dispuso el Juez de primera instancia.
- ✓ No serán pagados los reajustes con anterioridad 3 de mayo de 2007; sin embargo, afectan la base de liquidación.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELIEZER FANDINO GALLO

DLBF


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0134
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER F ANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: CAROLINA HOYOS PALACIO Y OTRO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2007-00171-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO (24) DE ENERO DE 2014	

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) 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., veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carolina Hoyos Palacio y Otro.
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa
Expediente: 13-001-33-31-012-2007-00171-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de fecha 12 de septiembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

Los señores Manuel Darío Díaz Hoyos y Carolina Hoyos Palacios, por medio de apoderado judicial, concurrieron 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 Defensa Nacional, a fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES.

Que se declare la nulidad del acto ficto negativo generado con la petición presentada ante el Ministerio de Defensa, el día 14 de septiembre de 2006, por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actualización.

Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el reconocimiento de la prima de actualización, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la pensión de beneficiarios, incorporando en su asignación básica los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima sobre el sueldo básico.

Se ordene que los reajustes anuales de ley a partir del 1º de Enero de 1996, se liquiden teniendo en cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta dicho año la prima de actualización.

Que se tenga en cuenta el reajuste, para el cómputo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las otras primas (que conforman la prestación) sobre dicho sueldo básico reajustado.

Que se ordene a la demandada cancelar en forma indexada todas las sumas dejadas de pagar.

Que se condene en costas a la demandada.

3. HECHOS

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

Que en la actualidad son beneficiarios de la asignación de retiro debidamente reconocida por el ministerio, al señor Gonzalo Díaz Núñez.

Que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, solicitaron el reconocimiento de la prima de actualización y el correspondiente reajuste de la pensión, sin obtener respuesta alguna por parte del ente demandado, configurándose el silencio administrativo negativo.

Que con el objeto de equiparar las asignaciones de retiro y pensiones del personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en los grados de teniente coronel y/o capitán con los rangos superiores, se creó el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública.

Que en virtud de lo anterior, se expidió el Decreto 335 de 1992, mediante el cual se estableció que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, tendrían derecho a percibir mensualmente una prima de actualización.

Por último, manifiestan que la prima de actualización introdujo variaciones en su base prestacional creando un derecho que nunca caduca así exista el fenómeno de la prescripción de mesadas. (fls. 3-6)

4. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia él *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, basado en lo siguiente:

La juez de instancia estimó que había operado el fenómeno de la prescripción para el reclamo de la prima de actualización, toda vez que la solicitud se presentó con posterioridad al término de los cuatro años previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

De igual modo, consideró improcedente la inclusión de la prima de actualización en la base prestacional de la asignación de retiro, puesto que con el Decreto 107 del 15 de enero de 1996, se estableció la escala salarial

porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (fls. 126-135)

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por los apelantes en calidad de demandantes, se contraen a los siguientes aspectos:

Señalan que si bien es cierto que la prima tuvo un carácter temporal, también lo es que sus efectos durante el tiempo que estuvo vigente son de carácter permanente.

En tal sentido aclaran que bajo ningún supuesto se está solicitando que se siga pagando dicha prima, pues lo que se procura es la reliquidación de la pensión por la no inclusión de este factor salarial, que tuvo efectos permanentes en la prestación.

Reiteran, que lo pretendido es la reliquidación de una prestación periódica con base en la prima de actualización, en tanto constituye factor salarial, cuyos efectos son de carácter permanente por la variación causada sobre la base prestacional.

Añaden que por ser la prima de actualización una prestación periódica que modifica la asignación de retiro, la solicitud de reliquidación no tendría término de caducidad.

Aducen que el A- quo se limitó hacer relación de la prescripción de la acción y el término de caducidad, sabiendo que lo que se está solicitando es que se incluya en las prestaciones básicas factores salariales que no tienen término de caducidad así opere prescripción de mesadas.

por el Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No. 11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar, en primer lugar, que se violaba el derecho de igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, en segundo lugar, que se desconocía el mandato previsto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenaba establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública¹.

Con fundamento en lo anterior, solo a partir de la expedición de las sentencias precitadas y como consecuencia de los efectos ex tunc de las mismas, el personal en retiro quedó habilitado para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la prima de actualización, toda vez que antes de la anulación de tales actos, éstos gozaban de la presunción de legalidad y, por lo tanto, no era posible obtener el reconocimiento y pago de la prima de actualización.

Siguiente el hilo de lo expuesto, basta precisar que con relación a la oportunidad para reclamar el derecho, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia de 3 de septiembre de 2009², acogió el criterio expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 2008, con ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en tanto determinó el carácter temporal y transitorio de la prima de actualización, así:

"Como puede observarse, la conclusión a la que llegó la Sala es que la

¹ El Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No. 11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

² Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, M.P. Carmen Amparo Ponce Delgado

prima de actualización tiene un carácter transitorio y temporal y no de tracto sucesivo, por haberse agotado entre los años 1993-1995.

Y si tenemos que dicha prestación se causa en forma inmediata o concluyente, no podemos aplicarle válidamente lo preceptuado en el art. 113 del decreto 1213 de 1990 en cuanto a que la reclamación escrita interrumpe el término de prescripción pero por un lapso igual, pues tal hipótesis está claramente dirigida a las prestaciones que son periódicas, como por ejemplo, la pensión de jubilación o de vejez, cuyas mesadas corren el riesgo de extinguirse paulatinamente por el transcurrir del tiempo, y con ocasión de la inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

Así, la sanción prevista en el citado decreto 1213 para la prima de actualización, entre otros derechos y prestaciones, se agota al dejar pasar el primer periodo cuatrienal, porque al finalizar el mismo, el interesado pierde la totalidad de las sumas correspondientes a los años 1993-1995; y al contrario, si presenta una solicitud en tal sentido antes de la expiración del término, como ocurrió en este caso, es evidente que no puede volver a transcurrir en su contra un nuevo término sancionatorio de 4 años, cuando dichos valores ya fueron reclamados en tiempo, y no existe el riesgo de perder nuevas sumas que se causen hacia futuro, como si ocurre con las prestaciones periódicas.³"

En consecuencia, se colige que la prescripción del derecho a la prima de actualización por parte del personal de las fuerzas militares y de la policía en retiro, opera cuando sea solicitada después de transcurridos 4 años contados a partir de la ejecutoria de las sentencias que declararon la nulidad de las expresiones "que lo devengue en servicio activo" y "reconocimiento de" de los decretos antes mencionados.

En síntesis, con fundamento en el anterior criterio, este Tribunal acoge la postura en relación con el reconocimiento a los miembros en retiro, la prima objeto del presente proceso, desde 1º de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre del año 1995; siempre y cuando se haya presentado la solicitud dentro de los cuatro años siguientes a la ejecutoria de las sentencias del H. Consejo de Estado que hicieron extensivo tal reconocimiento al personal en retiro de las fuerzas militares y la policía nacional, ello dado el carácter temporal y transitorio que se le otorgó a la prima de actualización.

³ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección "a". sentencia del 8 de mayo de 2008. radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07); C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Es menester resaltar que una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización lo cual no ofrece duda alguna, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se presente en la asignación de retiro.

Como se anotó, la prima de actualización es un factor que se adicionó inicialmente al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido se hizo con la asignación de retiro; por ello, no es procedente ordenar al tiempo que se pague la prima de actualización al personal en retiro que no la percibió durante los años 1993 a 1995, y por otro lado, se reajuste la asignación por los mismos períodos con dicho factor.

Sobre este último punto es oportuno precisar que la Sala mayoritaria de esta Corporación venía sosteniendo que la prima de actualización modificaba la base pensional de la asignación de retiro, sin que pueda ser considerada tal decisión como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

En efecto, vasta resaltar que este Tribunal inicialmente adoptó el criterio que la prima de actualización incide en el valor de la base de la asignación de retiro y, por ende, debía constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que estuvo vigente dicha prestación), ordenando así realizar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello había lugar.

Sin embargo, sobre este tema el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴, ha venido decantando el siguiente criterio, que resulta menester acoger:

“En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1º de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado.

En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico.”

En dicha jurisprudencia, el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la prima de actualización sobre la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996. En tal sentido ha considerado lo siguiente:

“(…)”

En este aspecto⁵, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años

⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013. Rad. 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12).

⁵ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009; Rad.0084-2008. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.”

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

“(…)”

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicando a la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública retirados.

Sobre tal postura, resulta importante precisar que si bien la Sección Segunda no ha proferido una sentencia de unificación en tal sentido, lo cierto es que éste ha sido criterio reiterado de todas las subsecciones, por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la posición única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección Segunda del Consejo de Estado y en esa medida constituye referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste tanto de salario básico como de asignación de retiro con base en la prima de actualización.

Por lo anterior y acogiendo criterio desarrollado por esta Corporación sobre este tópico en la sentencia de Sala Plena de Descongestión del 16 de diciembre de 2013⁶, se colige la improcedencia respecto al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización, dado que dicho

⁶ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena de Descongestión, Sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013, Radicación: 13-001-33-31-006-2008-00202-02. M.P. Marcela López Álvarez.

valores, se entiende que fueron incorporados a la asignación en aplicación del principio de oscilación de la escala gradual porcentual.

Así las cosas y en lo que respecta al caso en estudio, se concluye que la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de la liquidación de la asignación básica o de retiro, pues tal y como lo ha venido reconociendo la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado, este valor quedó incorporado cuando se implementó la escala gradual porcentual, lo cual se aplica tanto activos como retirados, en razón del principio de oscilación que rige a partir del año 1996, en virtud del Decreto 107 de dicho año.

En este orden de ideas, se comparten las razones esgrimidas por el A-quo para negar las pretensiones de la demanda; por lo que se confirmará la sentencia recurrida.

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 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

CONFIRMAR la sentencia del 12 de septiembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda.

PRIMERO: Abstenerse de condenar en costas.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carolina Hoyos Palacios y Otro.
Demandado: Ministerio de Defensa Nacional
Expediente: 13-001-33-31-012-2007-00171-01

SEGUNDO: 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 MANDOÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0135
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER F ANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ELIZABETH JULIO OLANO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2011-00203-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE ENERO DE 2014	

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) 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., dieciséis (16) de enero de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Elizabeth Julio Olano y otros.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Expediente: 13-001-33-31-004-2011-00203-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 8 de marzo de 2013 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Los señores Elizabeth Julio Olano, Danclif Antonio Alviz Julio, Jorge Alviz Bustamante, Jorge Alviz Julio, Emelzon Alviz Julio y Manuel Darío Alviz Julio, 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. PRETENSIONES.

Se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de las lesiones causadas a Danclif Antonio Alvilz Julio el 9 de febrero de 2011.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de indemnización, 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 para cada uno de los demandantes.

- Por concepto de perjuicios por la alteración grave de las condiciones de existencia en razón a la disminución de su capacidad laboral derivada de las lesiones que sufrió, trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la víctima directa.

- Por daños materiales, en la modalidad de lucro cesante, ciento sesenta millones seiscientos ochenta mil pesos (\$160'680.000) a favor del lesionado

Se dé cumplimiento al fallo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Se condene en costas a la entidad accionada.

3. HECHOS.

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

Aducen los accionantes que el 9 de febrero de 2011, el señor Danclif Antonio Alviz Julio se encontraba trabajando en el Castillo San Felipe de ésta ciudad, prestando sus servicios como barman en un evento organizado por el Hotel Hilton, cuando agentes de la policía realizaban un procedimiento de persecución y captura de dos presuntos delincuentes en ese sitio, y que uno de los uniformados confundió a ese libelista con los sospechosos, y le disparó con su arma de dotación, causándole graves heridas (fls. 7-10, cdno. 1).

4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda mediante apoderada (fls. 52-56, cdno. 1), quien manifestó que no le constaban las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos durante los cuales resultó herido Danclif Alviz Julio y se opuso a las pretensiones del libelo, bajo el argumento que no existían pruebas suficientes para determinar la responsabilidad extracontractual de la entidad accionada.

En ese sentido adujo que a raíz de los hechos materia de controversia se habían iniciado sendas investigaciones disciplinarias y penales militares, pero que a la fecha de la contestación no se había establecido responsabilidad alguna en cabeza de los agentes presentes en el sitio donde ocurrió el insuceso.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 8 de marzo de 2013 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 350-366, cdno. 2), se declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la parte demandada de las lesiones causadas a Danclif Alviz Julio, tras considerarse que las pruebas recaudadas, principalmente las testimoniales, evidenciaban que mientras en momentos en que dicho libelista prestaba sus servicios como barman en un

evento en el Castillo de San Felipe de esta ciudad, resultó herido en medio de un enfrentamiento sostenido en dicho sitio entre agentes de policía y presuntos delincuentes.

En respaldo de su decisión manifestó la *a quo* que el actor al ser lesionado con motivo del operativo policial aludido desarrollado por los uniformados en cumplimiento de sus funciones, fue sometido a una carga superior a la que tenía el deber de soportar, por lo que el Estado estaba llamado a responder por el sometimiento de la víctima directa a un riesgo excepcional, materializado en el daño antijurídico consistente en las heridas causadas a la víctima directa durante el intercambio de disparos en cuestión.

Al respecto, puntualizó la juez de primer grado que era irrelevante el hecho de que no exista certeza de qué arma de fuego provino el proyectil que impactó al accionante, pues la responsabilidad estatal se configuró por la sola circunstancia de haber sido herido el actor en medio del enfrentamiento armado aludido.

En consecuencia, condenó a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, al pago de los siguientes montos indemnizatorios:

- Por concepto de lucro cesante, doscientos cincuenta y ocho millones setecientos sesenta y siete mil trescientos cincuenta y nueve pesos (\$258'767.359) a favor de Danclif Alvis.
- Por concepto de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales a favor de la víctima directa y de cada uno de sus padres, y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los hermanos del lesionado.

- Por daño a la salud, ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales a favor de Danclif Alviz.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 385-391, cdno. 2), manifestando que si bien es cierto que existió un enfrentamiento armado entre policías y presuntos delincuentes, también lo es que en el marco de las investigaciones disciplinarias y penales adelantadas con motivo de la lesión del actor, no se ha podido demostrar que lo haya herido un uniformado.

De otra arista adujo el extremo recurrente que la tasación de las indemnizaciones reconocidas por concepto de perjuicios morales y de daño fisiológico fue excesiva y desproporcionada respecto de la gravedad de las lesiones y secuelas sufridas por Danclif Alviz.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante presentó alegatos de cierre, manifestando que la entidad demandada no explicitó claramente en el recurso de apelación que formuló contra el fallo de primer grado, los cargos sobre los cuales se edificó su impugnación (fls. 426-433, cdno. 2).

Así mismo, el extremo pasivo presentó alegatos de conclusión insistiendo, básicamente, en los argumentos planteados en su alzada (fls. 437-443, ib.).

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del *sub judice*.

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo a adelantar el estudio de fondo del presente asunto, es menester precisar que la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional ostenta la condición de apelante único, razón por la cual la competencia para conocer del recurso de apelación se circunscribe a los motivos de inconformidad planteados por esa entidad, sin que pueda desmejorarse su situación ni enmendarse la providencia impugnada en la parte que no fue objeto del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿El daño antijurídico acreditado dentro del sub judice, consistente en las lesiones causadas a Danclif Alviz Julio el 9 de julio de 2011 durante un enfrentamiento entre agentes de policías y terceros, es imputable –y bajo qué título– a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional?

En caso afirmativo, ¿Es proporcional a la gravedad del resultado lesivo y de sus repercusiones en los accionantes, la tasación de las indemnizaciones por concepto de perjuicios morales y de daño a la salud a cuyo pago fue condenada la entidad demandada?

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

En torno del título de imputación aplicable en asuntos en los que un civil es víctima dentro de un enfrentamiento armado o persecución policial del que es ajeno, no existía unanimidad en el seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda vez que mientras que por un lado se propugnaba por el análisis bajo la teoría del *Riesgo Excepcional* o la *Falla del servicio probada*¹, por otro lado se alzaba la tesis del *Daño Especial*. El gran debate se centraría en torno a la posibilidad de exculpación del Estado cuando se encontrara probada la causal del hecho de un tercero. A juicio de los que defienden la primera de las tesis, esta causal de exculpación rompe con el nexo causal, por lo que es imposible endilgar responsabilidad al Estado. Ahora bien, uno de los requisitos del *Daño Especial* es la existencia de causalidad entre el hecho lícito del Estado y el daño causado, razón por la cual a la luz de éste título no puede aplicarse la tesis de ruptura del vínculo causal por el hecho de un tercero. En efecto, los defensores del régimen de *Daño Especial* fundan la responsabilidad en la prevalencia de los principios constitucionales de equidad, igualdad y solidaridad, en donde juega un papel muy importante la actividad del Estado, como ejecución de una función pública.

Ésta última postura se unificó en sentencia de fecha 22 de marzo de 2012 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del expediente 22.206, con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourt, providencia en la que se acogió el título de daño especial, razón por la cual en la actualidad el nexo de causalidad en estos casos es sólo jurídico, en la medida en que su

¹ Esta tesis fue probijada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en las siguientes providencias. sentencia de 26 de marzo de 2008, radicación 76001-23-31-000-1995-01435-01(16734). C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 11 de noviembre de 2009, radicación 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927). C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18523, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 17626, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En todos estos proveídos se indicó que en tratándose de lesiones o muerte causadas a civiles en el marco de confrontaciones armadas entre la fuerza pública y terceros presuntos delincuentes, el Estado estaba llamado a responder en aplicación del título de riesgo excepcional o de falla del servicio, si y sólo si, se demostraba que la lesión hubiera sido infligida por un agente del orden. pues en la hipótesis contraria, es decir, si la herida había sido ocasionada por uno de los presuntos delincuentes, se estructuraba la causal existente del hecho del tercero.

estructuración se verifica con la demostración de que el daño fue ocasionado por el Estado en cumplimiento de una actividad propia o de sus funciones.

Para mayor ilustración se extractan los apartes más relevantes del fallo unificador aludido:

47. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que cabe declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en aquellos eventos en los que la actuación legal y legítima de la administración provoca un daño a un derecho jurídicamente tutelado y rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas. Así, con base en la teoría del daño especial, ha considerado que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños causados a particulares en desarrollo de acciones legítimas de defensa o ataque a cargo de las fuerzas armadas.

48. En estos casos, el fundamento del juicio de responsabilidad no es la falla del servicio o en el incumplimiento de los deberes estatales, sino la existencia de un daño antijurídico que debe ser indemnizado debido a que excede el sacrificio que cualquier ciudadano debe soportar para permitir el normal funcionamiento del Estado y de las instituciones públicas.

49. En el caso concreto, se tiene establecido que los demandantes sufrieron un daño antijurídico que no tenían por qué soportar. Así mismo, existe prueba de que este daño se produjo en desarrollo de un operativo militar de registro y control de área, en el que tropas del Batallón de Contraguerrillas n.º 33 del Ejército Nacional sostuvieron un enfrentamiento armado con miembros del frente 18 de las FARC. Sin embargo, las pretensiones de la demanda fueron desestimadas por el Tribunal Administrativo de Córdoba sobre la base de que no era posible establecer si la bala que acabó con la vida de la señora Martha Cecilia Domicó fue disparada por los agentes estatales o por los subversivos:

“50. La Sala encuentra que la decisión del a-quo tiene plena justificación bajo el régimen de responsabilidad de falla del servicio. En efecto, en ausencia de una prueba técnica que permita establecer con certeza que fue el Ejército el que produjo la muerte de la señora Domicó, no hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa del Estado debido a que no se puede afirmar que éstos actuaron por fuera de sus atribuciones constitucionales y legales.

51. Sin embargo, los hechos y pruebas obrantes dentro del expediente permiten concluir, en aplicación del principio iura novit curia, que no es la falla del servicio el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, sino el de daño especial. Y, en estas circunstancias, es evidente que la prueba acerca de quién fue el autor material del disparo

causante de la muerte carece de relevancia para efectos de declarar la responsabilidad administrativa del Estado, pues basta con demostrar – como en efecto lo está dentro del proceso que ahora ocupa la atención de la Sala– que hubo un daño y que éste se produjo en desarrollo de un operativo militar, en el que participaron agentes estatales.

52. Al respecto conviene recordar que, para efectos de atribuir responsabilidad al Estado por los daños derivados de enfrentamiento armados entre individuos o grupos armados al margen de la ley y agentes estatales, cobra especial relevancia la distinción entre la actividad del Estado, entendida como manifestación o ejecución de una función pública, y las acciones realizadas por sus agentes. De esta manera se tiene que si el daño se produjo dentro de la acción de persecución y enfrentamiento ejecutada legítimamente por los miembros de la fuerza pública contra la delincuencia, éste se entiende cometido con ocasión del funcionamiento del servicio, y por ende resulta imputable al Estado a título de daño especial.”

La anterior tesis había sido planteada con absoluta claridad por esa Corporación en proveído de 11 de noviembre de 2009, en los siguientes términos:

“Como se aprecia, el daño especial constituye un título jurídico de imputación que sirve para atribuir la responsabilidad en cabeza de la administración pública cuando el daño irrogado tiene su origen en una actividad lícita del Estado, sin que tenga que provenir directamente de la concreción de la actividad pública, es decir, es posible que en el plano material (ser) el daño haya sido producido por un tercero (v.gr. delincuentes o terroristas), pero en la dimensión de la imputación (deber ser) sea atribuido en cabeza de la administración pública, en tanto que fue producido dentro de la prestación o ejecución de una actividad lícita por parte del Estado que rompió las cargas públicas.

“Por lo tanto, si bien la muerte de la señora Palacio de Rendón no hubiese acontecido si el ataque guerrillero no se hubiera perpetrado, lo cierto es que el mencionado análisis causal resulta insuficiente en el plano de la imputación, ya que el daño y los perjuicios irrogados a los demandantes son el producto de una concreción de la actividad compleja que supone la actividad legítima de repeler la violencia que impera en nuestro país, razón por la que los daños que se originan en este tipo de enfrentamientos o ataques rompen el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, como quiera que el ordenamiento jurídico no

establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado.”²

En síntesis, cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de lesiones ocasionadas a civiles con ocasión de enfrentamiento entre la fuerza pública –en cumplimiento de la función de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de las personas al repeler este tipo de ataques– y presuntos delincuentes, se aplica el título de imputación objetivo consistente en el **daño especial**, como quiera que se trata de daños originados en el rompimiento del principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, dado que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado a personas ajenas a las mismas.

Bajo la égida de ese sistema objetivo de responsabilidad, al demandante le corresponde la carga de probar la existencia del daño antijurídico y la circunstancia de haber sido causado con motivo de un enfrentamiento armado entre agentes del orden público –en cumplimiento de sus funciones legítimas– y presuntos delincuentes o grupos delincuenciales, sin que sea necesario verificar que la herida haya sido ocasionada por los miembros de la fuerza pública involucrados en la reyerta.

4. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

En el caso de marras no se discute la causación del daño antijurídico invocado, consistente en las lesiones causadas con arma de fuego a Danclif Alviz Julio el 9 de febrero de 2011, ni tampoco que dicho resultado lesivo se produjo en el marco de un enfrentamiento armado entre miembros de la policía y presuntos delincuentes en el Castillo de San Felipe de esta ciudad, en momentos en que el lesionado prestaba sus servicios como barman en un evento realizado en ese

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 17802, C.P. Enrique Gil Botero

sitio, pues tales supuestos fácticos, amén de haber sido plenamente acreditadas en el curso del proceso³, no fueron objeto de cuestionamiento alguno por la entidad demandada en el recurso formulado contra el fallo de primera instancia.

En efecto, la controversia planteada en la alzada se contrae a dos (2) aspectos fundamentales, en primer lugar a la supuesta inimputabilidad del daño al extremo pasivo por la carencia de prueba que demuestre que el proyectil que hirió al señor Alviz fue disparado por un policía y, en segundo lugar, a la alegada desproporción en que habría incurrido la juez de primera instancia en la tasación de las indemnizaciones por concepto de perjuicios morales y de daño a la salud a cuyo reconocimiento y pago fue condenada la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

4.1. Para desestimar el primero de los cargos enunciados, baste reiterar que la Sección Tercera del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en forma unificada ha decantado que en los eventos en que se verifique que un civil ha resultado lesionado en medio de enfrentamiento sostenidos entre miembros de la fuerza pública -en cumplimiento de su deber de proteger los derechos de las personas y mantener del orden público- y presuntos delincuentes, el Estado está llamado a responder bajo la égida del título objetivo de imputación de daño especial, sin que para ello sea relevante o necesario probar que la herida fue infligida por uno de los agentes oficiales involucrados en la confrontación, pues con el solo hecho de que la lesión se origine en un enfrentamiento armado en el que participan uniformados, constituye un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que está obligado a soportar el perjudicado. Tesis que fue reafirmada por el Consejo de Estado en fallo de 2 de mayo de 2013, en los siguientes términos:

³ Con el informe administrativo de novedad elaborado por el Comandante de la Estación Caribe Norte de esta ciudad con motivo de los hechos materia de la litis (fl. 59, cdno. 1) y los testimonios rendidos por Samuel Díaz (fls. 79-81, ib.) y José Gregorio Ferril (fls. 82-84, ib.).

“[D]e conformidad con las declaraciones de los señores... las heridas sufridas por las mujeres tuvieron lugar como consecuencia del enfrentamiento entre los atracadores y los agentes integrantes de la Policía Nacional.

*De conformidad con lo anterior, se encuentra que el **daño** ocasionado a la señora Dalis Adriana Ordóñez Bohórquez resulta imputable a la entidad demandada, en aplicación del título de imputación objetivo consistente en el **daño especial**, como quiera que se trata de una lesión originada en un enfrentamiento entre la fuerza pública —en cumplimiento de la función legítima de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de las personas al repeler este tipo de ataques— y un grupo delincuencia, el cual rompe el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, “dado que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado”⁴*

En ese orden de ideas, resulta diáfano que como en el *sub judice* se demostró la ocurrencia del enfrentamiento armado entre policías y presuntos delincuentes y que en medio del cruce de disparos resultó herido accidentalmente el demandante, quien no estaba involucrado en la reyerta, se estructuró la responsabilidad extracontractual de la entidad accionada por el daño especial consistente en el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que estaba obligado a soportar Danclif Alviz Julio, con motivo de las lesiones que sufrió durante la confrontación.

4.2. Definido lo anterior, corresponde analizar el reproche formulado por el apelante respecto de la tasación de las indemnizaciones por perjuicios morales y daño a la salud cuyo pago fue ordenado en primera instancia.

4.2.1 Perjuicios Morales

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en los eventos en los que una persona resulta lesionada por causa imputable al Estado, ello desencadena a cargo de éste la indemnización de

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2013, radicación . 190012331000200002798 – 01 (26256), C.P. Mauricio Fajardo Gómez

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 los padres, hijos, cónyuge o compañero permanente, hermanos, abuelos y nietos, 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. Así lo señaló dicha Corporación en proveído de 5 de julio de 2012, como pasa a verse:

"con la simple acreditación de la relación de parentesco, así como con los registros civiles de nacimiento, se presume que tanto los padres como los hermanos sufrieron un perjuicio de orden moral, derivado de la pérdida de su hijo y hermano. En efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario ha sufrido el perjuicio solicitado."⁵

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 vigentes⁶, salvo cuando: (i) **obre prueba idónea que demuestre que el daño antijurídico fue desencadenado por una conducta punible y,** (ii) **el hecho ilícito haya sido objeto de una investigación y sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada**, caso en el cual será procedente condenar por una suma superior⁷.

En el asunto de marras si bien se estructuró la responsabilidad extracontractual estatal con motivo de las lesiones personales causadas a

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 23.643. C.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

⁶ 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 Enriquez, y sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16.058. C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ 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.

Danclif Alviz Julio, no se acreditó que ese hecho ilícito haya sido objeto de una sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada; de ésta manera, la tasación del perjuicio moral causado a los libelistas con las heridas sufridas por la víctima directa, debe regirse por la regla de cuantificación general, es decir, hasta por el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones sufridas por el perjudicado directo.

Mediante la sentencia impugnada se condenó a la parte accionada a pagar, a título de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales a favor de la víctima directa y de cada uno de sus padres, y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los hermanos del lesionado.

Ahora bien, según fue demostrado en el proceso, las lesiones de Danclif Alviz le ocasionaron una pérdida de la capacidad laboral del cincuenta y cuatro punto setenta por ciento (54.70%), según lo dictaminó la Junta Regional de Calificación de Invalidez Regional Bolívar (fls. 333-336, cdno. 2).

En tal medida, estima la Sala que tal y como adujo la parte recurrente, los montos resarcitorios reconocidos por concepto de esta categoría de perjuicios lucen desproporcionados frente al porcentaje de pérdida de capacidad laboral ocasionada al lesionado, razón por la cual se reducirán en aras de acompañarlos al grado de invalidez que sufrió, en la siguiente forma:

A favor de Danclif Alviz Julio, en su condición de víctima directa, cincuenta y cinco (55) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Jorge Alviz Bonfante y Elizabeth Julio Olano, padres del lesionado (fl. 31, cdno. 1), el cincuenta por ciento (50%) de lo correspondiente a la

víctima directa, es decir, la suma equivalente a veintisiete punto cinco (27.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Jorge Arturo, Manuel Darío y Emeizon David Alviz Julio, hermanos de Danclif Alviz (fls. 32-34, cdno. 1), el veinticinco por ciento (25%) de lo correspondiente al perjudicado directo, es decir, la suma equivalente a trece punto setenta y cinco (13.75) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

4.2.1 Daño a la salud

Mediante el fallo recurrido se condenó al extremo pasivo al reconocimiento y pago de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales a favor del lesionado, a título de daño a la salud, por concepto de la disminución de su capacidad laboral con motivo de las lesiones que le fueron ocasionadas el día de los hechos materia de la litis.

La anterior decisión fue cuestionada por la entidad accionada, bajo el argumento que dicha cifra indemnizatoria es excesiva y desproporcionada frente al daño antijurídico causado al actor.

En orden a definir éste punto de la alzada es menester precisar que la categoría autónoma de daño hoy denominada daño a la salud, 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-, en los siguientes términos:

“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.

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“... 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.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría

autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.”⁸

En el caso concreto fue demostrada la afectación de la integridad física del accionante, materializada en la fistula AV entre arteria femoral y vena femoral derechas, neuropatía femoral derecha grado IV, alteración en la movilidad de la articulación coxofemoral y de la rodilla derechas, trastorno por estrés postraumático y alteración escrotal, que conllevaron a la disminución del cincuenta y cuatro punto setenta por ciento (54.70%) de su capacidad laboral (fls. 333-336, cdno. 2) y, en tal medida, emerge claro que con motivo del hecho lesivo le fue irrogado al señor Alviz un daño a la salud y que, por ende, debe reconocérsele la correspondiente indemnización por tal concepto.

En relación con 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 laboral⁹, estimativo que debió tomarse como punto de referencia para tasar la indemnización a reconocer al demandante por este concepto, ello, con base en los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud fijados por aquella Corporación mediante sentencia de 18 de julio de 2012, que seguidamente se extracta:

“El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso

⁸ 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.

⁹ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 17 de agosto de 2007, expediente 30.114. C.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 4 de diciembre de 2007, de 1º de octubre de 2008, expediente 27.268 y del 4 de mayo de 2011, expediente 17.396, C.P. Danilo Rojas Betancourth; de 19 de octubre de 2007, expediente 30.871, de 28 de marzo de 2012, expediente 22.163 y de 5 de julio de 2012, expediente 21.928. C.P. Enrique Gil Botero.

judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley.

De allí que si existen criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como "hobbie" ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima "a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio", y una perspectiva dinámica o subjetiva – que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima."¹⁰

En ese orden de ideas, para la tasación del resarcimiento por daño a la salud debe tenerse en cuenta el espectro objetivo, determinado por la magnitud de la lesión y el grado de incapacidad que le produjo, y el componente subjetivo, referente a las circunstancias subjetivas particulares que –en ciertos eventos– hacen más gravosa la afectación de la integridad psicofísica de la víctima.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de marzo de 2012, expediente 22.163, C.P. Enrique Gil Botero.

Bajo estos supuestos, con sustento en el criterio objetivo¹¹ y mediante una regla de tres simple, se observa que en primera instancia debió reconocerse a favor de Danclif Alviz Julio, a título de daño a la salud, un monto indemnizatorio equivalente a doscientos dieciocho punto ocho (218.8) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta la gravedad de sus lesiones y el porcentaje de la incapacidad laboral que le generó.

Así pues, resulta evidente que no asistió razón al apelante al afirmar que la cifra indemnizatoria de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes reconocida por esta categoría de perjuicio fue excesiva respecto de la afectación fisiológica del perjudicado directo pues, por el contrario, dicho monto fue inferior al que correspondía a la luz de la gravedad de las secuelas físicas y psíquicas que padece el lesionado.

Por tal motivo, se desestimaré éste cargo, no sin antes precisar que como la sentencia de primera instancia fue apelada solamente por la entidad demandada, le está vedado a la Sala incrementar la indemnización bajo estudio para tasarla en la forma señalada por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo para estos casos, pues con ello se desmejoraría la situación de quien ostenta la calidad de apelante único.

4.3. Recapitulación

De acuerdo con lo expuesto, se confirmará por las razones señaladas en esta providencia la sentencia apelada mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, con excepción del numeral tercero de su parte resolutive, el cual será modificado en el sentido condenar a la parte

¹¹ Como quiera que no había lugar a tener en cuenta el componente subjetivo o dinámico del daño a la salud, por no existir circunstancias que hagan más gravosa la afectación de la integridad psicofísica de la víctima.

demandada a pagar a los accionantes por concepto de perjuicios morales, las sumas *ut supra* tasadas.

5. COSTAS

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, pues no encuentra la Sala en la conducta de las partes 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 8 de marzo de 2013 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, con excepción del numeral Tercero de su parte resolutive, el cual se modificará en el siguiente sentido:

“TERCERO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

- a.) A Danclif Antonio Alviz Julio, en su condición de víctima directa, cincuenta y cinco (55) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- b.) A Jorge Arturo Alviz Bonfante y Elizabeth Julio Olano, en calidad de padres del perjudicado directo, veintisiete punto cinco

(27.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia para cada uno.

c.) A Jorge Arturo Alviz Julio, Manuel Darío Alviz Julio y Emelzon David Alviz Julio, en calidad de hermanos del lesionado, trece punto setenta y cinco (13.75) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia para cada uno.

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

Ejecutoriada la presente 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 ELÉCER FANDIÑO GALLO


ARTURO MATSON CARBALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13001-33-31-004-2011-00203-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0136
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER F ANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: JUAN CARLOS LOAIZA QUINTERO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2006-00067-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO (24) DE ENERO DE 2014	

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) 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., veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Juan Carlos Loaiza Quintero
Demandado: Ministerio de Defensa-Armada Nacional
Expediente: 13-001-33-31-001-2006-00067-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

El señor Juan Carlos Loaiza Quintero, 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 Defensa-Armada Nacional, a fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES.

Que se declare la nulidad del Oficio 001012 DPSOC-177 de fecha 10 de mayo de 2006, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la prima de actualización.

Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el reconocimiento de la prima de actualización, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro, incorporando en su asignación básica los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima sobre el sueldo básico.

Se ordene que los reajustes anuales de ley a partir del 1° de Enero de 1996, se liquiden teniendo en cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta dicho año la prima de actualización.

Que se tenga en cuenta el reajuste, para el cómputo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las otras primas (que conforman la prestación) sobre dicho sueldo básico reajustado.

Que se ordene a la demandada cancelar en forma indexada todas las sumas dejadas de pagar.

Que se condene en costas a la demandada. (fls. 2-3)

3. HECHOS

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

Afirma el grado de Capitán de Corbeta en la Armada Nacional, siendo retirado del servicio en el año 2004.

Señala que se encontraba activo, durante los años 1992, 1993, 1994 y 1995, periodo en el cual tuvo vigencia la prima de actualidad.

Que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992 y sus decretos reglamentarios, solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, en el sentido que se incorporara en la asignación básica los porcentajes establecidos como prima de actualización.

El Ministerio de Defensa-Armada Nacional negó la reliquidación y el correspondiente reajuste, mediante el Oficio 001012 DPSOC-177 del 10 de mayo de 2006.

Finaliza, esgrimiendo que la prima de actualización produjo variaciones en su base prestacional creando un derecho que nunca caduca así exista el fenómeno de la prescripción de mesadas. (fls. 3-5)

4. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia él *a quo* negó las pretensiones de la demanda, basado en lo siguiente:

La juez de instancia, señaló que la prima de actualización fue creada con carácter temporal y su vigencia estuvo condicionada hasta tanto se consolidara la escala salarial porcentual, supuesto que se configuró con la expedición del Decreto 107 de 1996.

En tal virtud, estimó que la prima de actualización no tuvo incidencia en la base prestacional del personal que la percibió en servicio activo y consecuentemente respecto de las asignaciones reconocidas con posterioridad a su vigencia.

En este orden de ideas, arguye que las disposiciones que consagran la prima de actualización como factor computable de la asignación de retiro, hacen referencia a las asignaciones de retiro causadas durante su vigencia, lo que indica que la mencionada prima no tiene incidencia respecto de las asignaciones causadas a partir del 1º de enero de 1996.

Así, consideró que la entidad demandada al negar el reajuste de la asignación de retiro, lo que hizo fue reconocer el carácter temporal y transitorio que ostentó la prima de actualización, por tal razón descarta la presunta violación de los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

Finalmente precisó que respecto al contenido del Decreto 106 de 1996 opera la presunción de legalidad, por tal motivo le correspondía al actor aportar las pruebas que acreditaran que dicha normativa omitió incorporar los porcentajes de la prima en la escala gradual porcentual que rigió a partir del año 1996. (fls. 71-80)

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por los apelantes en calidad de demandantes, se contraen a los siguientes aspectos:

Esgrime que en el sub iudice, lo que se persigue es la variación de la base prestacional y de tal manera se nivele su asignación de retiro. En otras palabras, lo que procura es la reliquidación de la asignación por la no inclusión de este factor salarial, que tuvo incidencia en la base prestacional.

Señala que la asignación de retiro es una prestación periódica que modifica la asignación básica y por ende la asignación mensual en actividad; es por ello que la solicitud de reliquidación por la no inclusión de dicho factor, no podrá esta revestida de ningún término de caducidad.

Añade que a la entidad demandada le compete demostrar que realmente con la existencia del Decreto 107 de 1996, se nivelaron los salarios y asignaciones del personal de las fuerzas militares y policías.

Finalmente recalca que lo procurado es el incremento en la asignación de retiro, a partir de la inclusión de la prima de actualización en la base prestacional que se tuvo en cuenta para liquidar la misma. (fls. 82-86)

6. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió el recurso de apelación por auto de fecha 8 de abril de 2013 (fl. 88), siendo admitido por esta corporación por medio de proveído de fecha 12 de junio de 2013 (fl. 91).

A través de auto del 8 de julio de 2013 (fl. 93), 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 demandante guardó silencio y la entidad demandada solicita que se confirme la sentencia recurrida (fls. 94-95).

El Agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el accionante a que se le compute la prima de actualización dentro de su asignación básica y, además, se ordene la reliquidación y reajuste de la misma, cuando devengó la referida prima estando en servicio activo?

2. CASO CONCRETO.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte recurrente, los desata la Sala bajo el estudio de los siguientes argumentos:

Sea lo primero manifestar que la prima de actualización fue creada mediante el Decreto 335 de 1992 y fue desarrollada posteriormente por los Decretos 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995. En los mencionados actos se estableció que dicha prima sería percibida únicamente por Oficiales y Suboficiales en servicio activo y sólo éstos tendrían derecho a que se les computara en su asignación de retiro.

No obstante lo anterior, esta perspectiva cambió a raíz de las sentencias de fecha 14 de agosto de 1997¹ y 06 de noviembre de 1997², proferidas por el H. Consejo de Estado, dándole otro sentido a los decretos previamente citados y armonizándolos con la Ley 4ª de 1992, ley marco de salarios y prestaciones; de tal forma, que a partir de estos fallos, debe entenderse que la prima de actualización cobija tanto al personal activo como retirado de la Fuerza Pública. En razón a lo anterior, es a partir de estas sentencias que surge el derecho para el personal retirado de la Fuerza Pública de acceder a la prima de actualización.

La pluricitada prima, fue creada como un beneficio de carácter temporal, cuyo fin primordial era nivelar periódicamente los sueldos de los miembros de las Fuerzas Militares hasta que se expidiera, por parte del Gobierno Nacional, la escala gradual porcentual, mediante la cual, se hiciera de manera definitiva dicha nivelación.

Al respecto, esta corporación se ha pronunciado sobre el carácter temporal de la prima de actualización, acogiendo lo manifestado por el H. Consejo de

¹ Expediente 9923 C P Dr Pájaro Peñaranda

² Expediente 1423 C P Dra Clara Forero de Castro

Estado sobre la incorporación de la prima de actualización, de la siguiente manera³:

“...Se concluye entonces que la mencionada prima de actualización prevista para los años 1992 a 1995, no se previó como factor salarial de carácter permanente, sino que su propósito era nivelar la remuneración al personal activo y retirado de la Fuerza Pública, hasta cuando se consolidara la escala gradual porcentual para dicho personal, la cual se llevó a cabo desde el 1° de enero de 1996, fecha a partir de la cual el artículo 39 del Decreto 107, señaló que surtiría efectos fiscales, por lo tanto, no tiene incidencia alguna sobre la asignación de retiro a partir del año 1996, por su carácter eminentemente temporal...” (Negrillas fuera de texto)

Con base en el anterior pronunciamiento, se concluye, que la prima de actualización tuvo un carácter temporal, pues el Gobierno Nacional para el año 1996, debía establecer la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal de la Fuerza Pública, lo que realizó finalmente mediante el Decreto 107 de 1996, razón por la cual, la prima de actualización no es un factor que deba ser incluido para computar la asignación básica, ya que sólo fue una prestación que se causó mientras entraba en vigencia el mencionado decreto.

Por lo anterior y en lo que respecta al caso en estudio, se tiene según lo afirmado en la demanda que el actor se encontraba en servicio activo mientras estuvo vigente la prima, al ser retirado del servicio a partir del año 2004(fl. 3), razón por la cual, no resulta procedente la inclusión del porcentaje correspondiente a la prima de actualización en la asignación básica, pues ésta ya fue incluida mediante el Decreto 107 de 1996.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual, denegó las pretensiones de la demanda.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 27 de enero de 2011, Exp 1168-10, C P Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

CONFIRMAR la sentencia del 25 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda.

PRIMERO: Abstenerse de condenar en costas.

SEGUNDO: 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 ELÍASER RANDEÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0137
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ISAIS HINCAPIE MONCADA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2012-00203-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO (24) DE ENERO DE 2014	

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, VEINTINUEVE (29) 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
J&G



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SUBSECCIÓN ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

Cartagena de Indias, D.T. y C., Enero Veinticuatro (24) de dos mil catorce (2014).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 004 /2014

1ª instancia

Tema: **PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

Magistrada de Descongestión: **LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO**

Clase de acción: REPARACIÓN DIRECTA
Referencia: 13001-33-31-000-2012-00203-00
Demandante: ISAIAS HINCAPIE MONCADA Y OTROS
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011, PSSA12 9201 de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA** ha sido promovido por los señores **ISAIAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA**, actuando calidad de víctima y en representación de su menor hijo **RICARDO JOSÉ HINCAPIÉ LLERENA**; **ANA ROSA ROMÁN BERRIO** en calidad de cónyuge de la víctima; **LAURA MONCADA DE HINCAPIÉ**, en calidad de madre del señor **ISAIAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA**; y **ROSAURA, ISAIAS IVAN, KARINA PAOLA HINCAPIÉ ROMÁN**, en calidad de hijos de la víctima, contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Han sido formuladas por los demandantes, en los siguientes términos:

Los demandantes **ISAIAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA**, actuando calidad de víctima y en representación de su menor hijo **RICARDO JOSÉ HINCAPIÉ LLERENA**; **ANA ROSA ROMÁN BERRIO** en calidad de cónyuge de la víctima; **LAURA MONCADA DE HINCAPIÉ**, en calidad de madre del señor **ISAIAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA**; y **ROSAURA, ISAIAS IVAN, KARINA PAOLA HINCAPIÉ ROMÁN**, en calidad de hijos de la víctima solicitan se declare administrativamente responsable a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor **ISAÍAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA** ; quien posteriormente fuera dejado en libertad luego de haberse absuelto por el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, Sala Penal.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a los demandantes, como reparación del daño ocasionado los perjuicios materiales e inmateriales que resulten probados dentro del proceso y se actualicen los rubros indemnizatorios reconocidos de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

2. Hechos relevantes.

“Primero: El Dr. **HINCAPIÉ MONCADA** fue vinculado a la Rama Judicial en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Arjona, mediante concurso público de méritos.

Segundo: En ejercicio de su función judicial le correspondió tramitar un proceso ejecutivo donde actuaba como parte la doctora **DORA FANNY VARGAS DE CORREA**.

Tercero: La DRA. **DORA FANNY VARGAS CORREA** instauró denuncia penal contra el Dr. **ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA** en su condición de Juez Promiscuo Municipal, por el presunto delito de concusión.

Cuarto: El Dr. **HINCAPIÉ MONCADA** fue vinculado al proceso penal mediante

indagatoria y el día 1º de abril de 2002 la Fiscalía Quinta delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena le fue resulta la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, ni sustitución por detención domiciliaria. (...)

Octavo: En la etapa de juzgamiento, el abogado de la defensa solicita la libertad por vencimiento de términos y es negada mediante auto de fecha 9 de abril de 2003, pero al ser apelada la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante auto de 27 de mayo de 2003 revocó el auto y consideró procedente otorgarle la libertad al doctor **ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA**, terminándose así más de un año de privación injusta de la libertad.

Noveno: Finalmente mediante sentencia de 28 de mayo de 2010, la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, profirió sentencia absolutoria a favor del doctor **ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA.**"

LA CONTESTACIÓN

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Mediante apoderado judicial designado para tal efecto, contestó a demanda afirmando que en el *sub lite*, la investigación penal a la que estuvo vinculado el señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA, y dentro de la cual se profirió la medida restrictiva de su libertad, estuvo amparada en las pruebas que legal y oportunamente se allegaron a la investigación; que fueron objeto de valoración por el Fiscal encargado, quien determinó en su momento que se reunían los elementos de juicio necesarios para imponer medida de aseguramiento al señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA.

Explica, que el procedimiento adelantado por su representada se ciñó a los parámetros legales y constitucionales que lo gobiernan, tal como lo dispone el artículo 250 de la C.P, que faculta a su apadrinada para el ejercicio de la acción penal en el Estado colombiano. De tal manera que, aceptar que cada vez que se se precluya una investigación o se absuelva al procesado, deviene en la responsabilidad administrativa y patrimonial de su apadrinada, sería tanto como afirmar, que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar investigación

penal alguna, dado que estarían completamente limitados,

DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha Cuatro (04) de abril de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.209-210).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha veinticuatro (24) de septiembre del 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (fl. 218). En esta oportunidad procesal la parte demandada NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN ratificó los argumentos expuestos en su contestación de la demanda por su parte el Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

1. Parte demandante:

El apoderado de la parte demandante, presentó sus alegatos de conclusión solicitando que se aplique al presente caso, la nueva postura de responsabilidad objetiva, que sobre el tema de privación injusta de la libertad ha elaborado el H. Consejo de Estado.

Actuación en nombre propio de la Dra. ANA ROSA ROMÁN BERRIO, quien funge como demandante.

En su escrito de alegados, la Dra. Román Berrio señala que el H. Consejo ha determinado que el régimen de responsabilidad aplicable en los supuestos de privación injusta de la libertad, es objetivo. De tal manera, solicita a esta Cooperación que se acoja el precedente citado.

Así mismo, solicita que se repare integralmente a las víctimas en este proceso, conforme lo ha señalado la Corporación de Cierre de la Jurisdicción.

2. Parte demandada:

El apoderado de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en su escrito de alegatos ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda .

3. Intervención del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no emitió concepto de fondo en este proceso, dado que no solicitó el expediente para tal fin. (fl.218 rev)

SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A., en concordancia con los artículos 65 a 73 de la ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

La presente acción fue iniciada oportunamente, en razón a que la providencia por la cual El Tribunal Superior del Distrito Superior de Cartagena – Sala Penal, absolvió al señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA del delito de concusión que le imputó la Fiscalía tiene fecha del 28 de mayo del dos mil diez, y la demanda fue presentada el día 21 de marzo 2012, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si la detención de la que fue objeto el señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA le generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad para el Estado, cuando posteriormente se le absolvió del delito de concusión que le imputó la Fiscalía General de la Nación.

Joaquín Castro Solís fue privado de la libertad en tres oportunidades: (i) desde el 17 de julio de 1985 hasta el 13 de diciembre de 1985; (ii) desde el 1º de octubre de 1996 hasta el 6 de febrero de 1997 y (iii) entre las 9:30 y las 11:00 a.m. del 21 de junio de 1998. Por lo tanto, deben tenerse en cuenta las normas que durante esos lapsos han establecido el derecho a la reparación por los daños que se causen como consecuencia de la privación injusta de la libertad, esto es: (3.1.) las normas que regulaban el asunto antes de la expedición de la Constitución de 1991; (3.2.) la Constitución de 1991 y el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, que desarrollo el artículo 90 constitucional en el tema que aquí se trata y (3.3.) la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

3.1. La reparación por privación de la libertad antes de la Constitución de 1991

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, la jurisprudencia consideraba que la responsabilidad proveniente de fallas en la administración de justicia debía ser atribuida a la culpa personal de funcionario judicial que hubiera incurrido en dolo, culpa, retardo injustificado o error inexcusable y que de manera excepcional, había lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando dichas fallas fueran propiamente administrativas. Esto, en razón del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada y por falta de norma legal que autorizara la indemnización de perjuicios en los supuestos de error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Pero, a pesar de la carencia de normas que en forma explícita ordenaran la reparación de perjuicios causados con los errores judiciales o el funcionamiento anormal de la administración de justicia, la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio judicial podía ser deducida de los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución Política de 1886, que establecían el deber de las autoridades de la República de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares"; que "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes" y que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

El derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad encontraba también soporte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el voto unánime de sus

asociados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, ratificado por la ley 74 de 1968, que establece que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación" (art. 9º num. 5) y que "cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido posteriormente indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido" (art. 14, num. 6).

Igualmente, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la ley 16 de 1972, que en el artículo 10 establece: "Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia en firme por error judicial".

En tal sentido, bien podía haberse echado mano de la jurisprudencia elaborada en esa época para estructurar los diferentes regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas y en aplicación de esos criterios ordenar la reparación de los daños causados con la actividad judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corporación en aquel momento, deducía la responsabilidad de las autoridades públicas por los daños causados con su actividad, con fundamento en los regímenes de falla probada, falla presunta del servicio, daño especial, o riesgo excepcional. En relación con el primer régimen se requería acreditar la existencia de una falla del servicio en la conducta causante del perjuicio sufrido por el demandante y la relación causal entre ambos. Así, bien podía haberse dado aplicación a éste régimen en los supuestos de privación de la libertad, para derivar la injusticia de la medida de la antijuridicidad de la conducta del juez que la ordenaba, como se hacía en los eventos en que la demanda se dirigía contra la autoridad administrativa que la hubiera ejecutado.

Esto significa que los daños causados a las personas como consecuencia de la privación de la libertad a la que hubieran sido sometidos antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991, deben ser imputados al Estado con fundamento en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos-, los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886 y los criterios de responsabilidad patrimonial que para esa

época había desarrollado la jurisprudencia y fundamentalmente, con el criterio de falla del servicio, con el alcance que entonces se le había dado, esto es, que habrá lugar a la declaración de responsabilidad demandada, en la medida en que se compruebe que en el proceso se incurrió en error al imponer la medida de aseguramiento al demandante.

3.2 La privación de la libertad en vigencia de la Constitución de 1991 y del artículo 414 del decreto 2700 de 1991

El artículo 28 de la Constitución consagra el derecho a la libertad, pero prevé también la posibilidad de la privación de este derecho, bien como pena o medida de aseguramiento siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) cumplimiento de las formalidades legales, y (iii) la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

También ha señalado la Corte Constitucional que la privación de la libertad, como medida de aseguramiento, no contraviene la presunción de inocencia, ni ninguna otra disposición constitucional, en tanto dicha medida tiene carácter preventivo y no sancionatorio, ni desvirtúa la presunción de inocencia, dado su carácter precario, que no permite confundirla con la pena, aunque, por razones de justicia y equidad sea posible computar el tiempo de la detención como parte de la pena.

Pero, además de cumplir con las exigencias constitucionalmente señaladas, la detención preventiva debe obedecer a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena:

"...El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción".

Las exigencias señaladas en la Constitución para la procedencia de la medida de aseguramiento armonizan con lo dispuesto en las normas internacionales de derechos humanos que son aplicables en el derecho interno, por mandato de los artículos 93 y 94 de la misma Constitución. Son ellas: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre

Derechos Humanos.

En desarrollo de esas disposiciones de orden superior, el artículo 338 del Decreto 2700 de 1991 establecía que la detención preventiva era procedente "cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso"², requisito probatorio en relación con el cual la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- ha señalado:

"La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador. Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve cuando se revela solo como una entre varias causas probables y podrá darle menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causal posible del hecho indicado"³.

En vigencia de la actual Constitución se expidió el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991- Código de Procedimiento Penal, que establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva, u otra providencia con iguales efectos, debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible. El texto de esa norma era el siguiente:

"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

² En el artículo 356 de la ley 600 de 2000, se estableció que la detención preventiva "se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso", y el artículo 308 de la ley 906 de 2004 establece: "El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos. 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia".

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1997, exp 9858

hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

Se aclara que las consideraciones que sobre la norma se hacen en esta oportunidad están limitadas al contenido del segundo aparte y además, marginadas de cualquiera otra interpretación extensiva o analógica que pudiera hacerse de la misma. Vale decir, que 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. Esto porque la determinación del alcance de esa disposición se circunscribirá al caso concreto, que claramente se inscribe en una de las causales de responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad.

En este orden de ideas, se señala que de manera unánime, la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente⁴, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, 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.

En otros términos, cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el sindicado no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicado, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquél.

⁴ A juicio de la Sala, el derecho a la indemnización por detención preventiva debe ser el mismo cuando el proceso termine no sólo por sentencia absolutoria, sino anticipadamente por preclusión de la investigación (art 443) o auto de cesación de procedimiento (art 36), por cuanto éstas son decisiones equivalentes a aquélla para estos efectos. Ver, por ejemplo, sentencia de 14 de marzo y 4 de mayo de 2002, exp. 12.076 y 13.038, respectivamente, y de 2 de mayo de 2002, exp 13.449.

3.3. La vigencia de la Ley 270 de 1996 y la aplicación del art. 414 del Decreto 2700 de 1991

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece que "Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".

(...)

La Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus Ramas u órganos hubiera sido "abiertamente arbitraria", dicha disposición 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. Sobre este aspecto ha dicho la Sala:

"Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta "porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible", se configura un evento de detención injusta...."⁵.

Ahora, es cierto 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 2001⁶-, y que ni este 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.

⁵ Sentencia de 2 de mayo de 2007, exp 15.463 En el mismo sentido, sentencias de 23 de abril de 2008, exp 17.534 y de 25 de febrero de 2009, exp 25.508, entre otras.

⁶ Mediante la ley 906 de 2004 se expidió un nuevo código de procedimiento penal, aunque la ley 600 de 2000 se continuó aplicando en relación con los delitos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución

En consecuencia, en relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 no podrá invocarse el artículo 414 como fuente normativa de la responsabilidad estatal.

Pero, la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y la carencia en los subsiguientes códigos de procedimiento penal de una norma con el mismo contenido de ese artículo, no impiden deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en 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.

Esto porque 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.

El concepto de daño antijurídico, como se ha señalado en la jurisprudencia y en la doctrina se desliga de su causación antijurídica.

Por lo tanto, 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.

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, cuando se

cumplan estrictamente los requisitos constitucional y legalmente previstos para la imposición de esa medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, sin que se requiera realizar ninguna valoración diferente, cuando se profiere sentencia absolutoria o su equivalente, por haberse demostrado que esa persona no ha incurrido en ninguna conducta digna de reproche penal, porque en tal caso la medida devendrá injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido, porque en tal caso los daños causados con su detención serán antijurídicos.

En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser declarada en todos aquellos casos en los cuales se dicte sentencia penal absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, con fundamento en el segundo segmento normativo del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, cuando la decisión penal se profiera en vigencia de esa norma, esto es, cuando la sentencia penal o su equivalente se hubieran proferido durante el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, al margen de que la privación de la libertad la hubiera sufrido el sindicado aún antes de la vigencia de la norma, porque sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.

Si la sentencia penal absolutoria o la providencia equivalente se hubieran dictado con posterioridad al 24 de julio de 2001, el fundamento normativo de la decisión reparatoria lo será el artículo 90 de la Constitución, dado que los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 corresponden realmente a eventos de daño antijurídico, por tratarse de una privación injusta

de la libertad, aunque causados con una conducta jurídicamente irreprochable del Estado.

Finalmente, en el evento de que se reclame la indemnización de 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)."

CASO CONCRETO

De conformidad con lo anterior dentro del proceso obran las siguientes pruebas que resultan relevantes:

- Copia autentica de Registro Civil de Nacimiento de ISAÍAS HINCAPIÉ ROMÁN (fl. 20)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de KARINA PAOLA HINCAPIÉ ROMÁN .(fl. 21)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de ROSAURA HINCAPIÉ ROMÁN. (fl. 22)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de RICARDO JOSÉ HINCAPIÉ LLERENA. (fl. 24)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de ISAÍAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA .(fl. 19)
- Copia auténtica de Certificado de Registro Civil de matrimonio perteneciente a ISAÍAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA y ANA ROSA ROMÁN BERRIO. (fl. 18)
- Copia auténtica de la providencia de fecha 1º de Abril de 2002 (FL.24-42), en virtud de la cual la Fiscalía Quinta delegada Ante el Tribunal Superior impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor responsable del delito de concusión al señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA .
- Copia auténtica de providencia de fecha 17 de mayo de 2002 proferida

por la Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia (Fl.33-54), a través de la cual se confirmó la providencia de fecha 1° de abril de 2002, que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA. **(EN CIERTOS APARTES ILEGIBLE)**

- Copia auténtica de la providencia de fecha 29 de julio de 2002 proferida por la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, a través de la cual, al calificar el mérito del sumario profirió resolución de acusación en contra del señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA. De esta providencia, se desprende con meridiana claridad que la captura de la víctima se produjo el día 2 de abril de 2002, tal como lo afirma la entidad demandada en su provincia. **En tal virtud, la Sala tomará como fecha de privación de la libertad el día 2 de abril de 2002.**
- Copia auténtica del auto interlocutorio de fecha **27 de mayo de 2003** proferida por H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en virtud de la cual se concedió al Dr. ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA, el beneficio de Libertad provisional. **La Sala tomará como fecha de finalización de la privación de la libertad de la víctima el día 27 de mayo de 2003, fecha del auto que le concedió la libertad provisional, dado que la parte actora no aportó prueba al plenario que brindará certeza sobre la fecha exacta en que ello sucedió.**
- Sentencia de fecha 28 de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, por medio de la cual se absolvió al señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA del delito de concusión que le fuera imputado por la Fiscalía.

Con base en las pruebas recaudadas y relacionadas precedentemente, resulta evidente que, el señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA, fue privado de la libertad y recuperó su derecho, en principio, gracias a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia a través del auto del 27 de mayo de 2003, por medio de la cual se revocó el auto del nueve de abril de 2003 proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, que negó el beneficio de libertad provisional, por vencimiento de términos al señor HINCAPIÉ MONCADA. Desde ese momento,

el actor estuvo vinculado al proceso hasta que finalmente se le absolvió del delito de concusión que le imputó la Fiscalía. Del auto citado se puede extraer lo siguiente:

“Si bien para la fecha del pronunciamiento de primera instancia – 9 de abril de la presente anualidad, no habían trascurrido aún los quince (15) días que significó la demora para llevar a cabo la audiencia preparatoria por solicitud del defensor ahora recurrente, pues se vencían el 11 de abril siguiente, no se puede desconocer, de una parte, que tal solicitud fue debidamente justificada al punto de ser atendida por el Tribunal, y, de otra, que el día del otorgamiento del recurso – 12 de mayo-, incluso, no se había podido fijar fecha para llevar a cabo la audiencia pública por los motivos expuestos anteriormente, y no precisamente por maniobras dilatorias que hubieran desplegado el procesado o su representante judicial.

*En tales condiciones, encontrando la Sala que reúnan los presupuestos del artículo 365, numeral 5º, del código de procedimiento penal, procederá a revocar la decisión de primera instancia y otorgar al procesado **ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA** el beneficio de libertad provisional.”*

Posteriormente, el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena ante la falta de medios probatorios que le brindarán el grado de conocimiento de certeza de que el señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA haya perpetrado el punible de concusión, en calidad de autor o participe. De dicha sentencia se cita lo siguiente:

“ahora bien, esta Colegiatura debe señalar que lo que no se ha podido demostrar con la misma certeza, es el hecho consistente en las solicitudes que se atribuyan al aquí procesado HINCAPIÉ MONCADA, pues si bien la Dra. DORA FANY VARGAS CORREA, da cuenta de tales exigencias por parte del servidor público, su dicho no encuentra sustento en otra prueba directa, pues los testimonios de los señores ARIEL ENRIQUE CASTILLA ALCALA y CARLOS TINOCO OROZCO, solo vienen a señalar lo que les consta por información suministrada por la primera, es decir estos deponentes resultan ser testigos indirectos o de oídas, que simplemente se limitan a señalar lo que en tales circunstancias pudieron conocer.

Del mismo modo, el procesado de manera categórica ha negado los hechos endilgados en su contra y si bien no logra demostrar totalmente su ajenidad con dicho comportamiento, lo cierto es que en virtud del inveterado principio del indubio pro reo, el hecho de que no se pueda establecer sin dubitación alguna su responsabilidad, le basta para que se de aplicación al mismo y se dicte sentencia absolutoria.

Está, pues, suficientemente acreditado que el demandante estuvo sujeto por orden de la Fiscalía a la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación; así mismo se deduce del acervo probatorio que, esta compendió el periodo del 02 de abril de 2002, hasta el día 27 de mayo de 2003, cuando la Corte suprema de Justicia le concediera el benéfico de libertad provisional. La Sala precisa, que se tomará la fecha del auto que le concedió el beneficio de libertad provisional al señor HINCAPIÉ MONCADA, como punto final de la privación de la libertad a que fue sometido al actor, como quiera que no se allegó al plenario certificación del INPEC, que especificará el día exacto en que aquel fue dejado en libertad.

Sobre la medida impuesta, considera la Sala que no tenía el demandante el deber jurídico de soportarla, pues como se observa en las consideraciones de la sentencia del 28 de mayo de 2010, a través de la cual se absolvió a la víctima, se adolecían de los medios de pruebas necesarios para llegar al grado de certeza sobre la comisión del delito de concusión.

Los hechos anteriormente probados permiten concluir que, efectivamente, el señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA fue objeto de medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado de responsabilidad porque, no existía prueba contundente que lo vinculara con la comisión del delito de concusión, lo cual, como se vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos por el legislador, a partir del artículo 90 de la Constitución Política, como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

Es así como se evidencia la responsabilidad del Estado en los perjuicios causados a partir de la privación de la libertad a la que fue sometido el demandante. Ello

es así, puesto que si bien es cierto es cometido del Estado, el garantizar el mantenimiento del orden social, no lo es menos que también es su obligación proteger a los ciudadanos en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (art. 2º C.N.), debiendo adoptar las medidas pertinentes para que la restricción de sus derechos se ajuste a las perceptivas normativas existentes para cada caso con miras a garantizar la efectividad de la medida, pues resulta un verdadero desatino mantener a los ciudadanos injustamente privados de su libertad so pretexto de cumplir una función investigativa.

Así las cosas, al haber sido la Fiscalía General de la Nación quien impuso la medida restrictiva de la libertad al señor ISAIAS HINCAPIÉ MONCADA que se prolongó entre el 2 de abril del 2002 y el 27 de mayo de 2003, por la supuesta comisión del delito de Concusión, sin quedar plenamente comprobado que aquel hubiere tenido participación en el mismo, y en consecuencia resultara absuelto por el Tribunal Superior, obligado es concluir que esa privación injusta fue la generadora de perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial causados a los demandantes, razones que determinan la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los mismos.

Con base en lo anterior, dado que se ha encontrado patente la responsabilidad estatal en la privación injusta de la libertad que sufrió el señor HINCAPIÉ MONCADA, se declarará la misma en la parte resolutive de esta providencia y se procederá a la correspondiente liquidación del daño inferido a los demandantes.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

PERJUICIOS INMATERIALES

Daño Moral

Daño moral: En el libelo introductor, se solicita se reconozca la suma de 100 salarios mínimos para cada uno de los demandantes, por la tristeza, angustia, dolor, aflicción, estigmatización vivido a causa de la privación injusta de la libertad.

En este punto es necesario anotar que el daño se presume para la víctima directa de la privación injusta de la libertad, así como para sus padres, hijos, cónyuge, y

hermanos.

Para la tasación de los perjuicios morales se tendrá en cuenta el núcleo familiar del demandante y la intensidad sufrida por las víctimas indirectas, que por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por el directo implicado en la investigación penal, por lo tanto una vez verificado el grado de parentesco entre los demandantes y una persona privada injustamente de su libertad, es posible presumir el dolor y aflicción de aquellos, con lo que emana su legitimación en la causa material por activa.

Obra en el proceso copia auténtica de registro civil de Nacimiento de ISAÍAS HINCAPIÉ ROMÁN (fl. 20), KARINA PAOLA HINCAPIÉ ROMÁN (fl. 21), ROSAURA HINCAPIÉ ROMÁN. (fl. 22), RICARDO JOSÉ HINCAPIÉ LLERENA. (fl. 24) ISAÍAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA.(fl. 19); y a su vez copia auténtica de Certificado de Registro Civil de matrimonio perteneciente a ISAÍAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA y ANA ROSA ROMÁN BERRIO. (fl. 18)

Para el *sub examine*, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar del señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA en su calidad de víctima directa de la privación injusta de su libertad, de igual manera está demostrado el parentesco de la víctima directa con su madre la señora LAURA DEL CARMEN MONCADA DE HINCAPIÉ, sus hijos, KARINA PAOLA HINCAPIÉ ROMÁN, ROSAURA HINCAPIÉ ROMÁN, RICARDO JOSÉ HINCAPIÉ LLERENA y ISAÍAS ANTONIO HINCAPIÉ MONCADA, a su vez se encuentra acreditada la calidad de cónyuge de la señora ANA ROSA ROMÁN BERRIO con relación a la víctima.

En relación con la prueba de los daños morales, frente al tipo de responsabilidad estudiado el Consejo de Estado ha señalado⁷:

"... Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de daños morales a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera, Consejero Ponente Dr Germán Rodríguez Villamizar, sentencia de 14 de marzo de 2002. radicación número 25000-23-26-000-1993-9097-01(12076. Actor Jaime Valencia Martínez y Otros. Demandado Ministerio de Justicia y el Derecho

de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999: "A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél..."

Y en otra oportunidad reiteró⁸:

"...Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor ... así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes..."

Es claro entonces, de acuerdo con lo acabado de citar, que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo no ha exigido pruebas del daño moral sufrido por las víctimas y su parientes cercanos, al partir de la acertada presunción de dar por existente el sufrimiento, desasosiego, congoja y frustración que conlleva la privación de la libertad, sea en centro de reclusión penal o domicilio, más cuando posteriormente se declara inocente al detenido.

Bajo estas orientaciones, y teniendo en cuenta la pauta jurisprudencial para el reconocimiento de los perjuicios morales dependiendo del tiempo que dure la privación efectiva de la libertad, el Consejo de Estado sobre la tasación de dicho perjuicio mediante providencia de fecha 28 de agosto de 2013, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero Radicación N° 000-1996-00659-01 la cual unificó lo concerniente a los perjuicios por privación injusta de libertad y estableció lo siguiente:

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 manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente Dr Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

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. (..)"

En consecuencia y una vez precisado lo anterior, acogiendo el parámetro propuesto por el Consejo de Estado esta Sala reconoce por concepto de perjuicios morales al demandante la suma de 90 SMLMV, como quiera la privación supera los 12 meses pero no es mayor de 18 meses.

En lo que atañe a las víctimas indirectas, por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por el señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA, por lo que la indemnización será inferior, posición que ha sido asumida por esta Sala de decisión así:

1. ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA	Víctima directa	90 smlm
2. LAURA MONCADA DE HINCAPIÉ	madre	45 smlm
3. ISAÍAS HINCAPIÉ ROMÁN	Hijo	45 smlm
4. KARINA HINCAPIÉ ROMÁN	Hija	45 smlm
5. ROSAURA HINCAPIÉ ROMÁN	Hija	45 smlm
6. RICARDO JOSÉ HINCAPIÉ LLERENA	Hijo	45 smlm
7. ANA ROSA ROMÁN BERRIO	Cónyuge	45 smlm

PERJUICIOS MATERIALES

Con relación a los perjuicios materiales, el señor ISAIAS HINCAPIÉ MONCADA solicitó de forma genérica el pago de \$100.000.000 millones de pesos; por su parte, la compañera permanente de víctima, la señora ANA ROSA ROMÁN BERRIO, solicitó por concepto de perjuicios materiales la suma de \$30.000.000.

Nótese, que en el libelo introductorio de la demanda, el actor no solicitó que se condenará a la entidad demandada por concepto de lucro cesante, razón por la cual el estudio de los perjuicios materiales girar en torno al daño emergente, amén del principio de justicia rogada que gobierna las actuaciones judiciales en esta jurisdicción.

En ese sentido, en los hechos de la demanda se afirma que, en contra del señor HINCAPIÉ MONCADA se iniciaron dos procesos ejecutivos, donde le fue embargado un vehículo y el salario de la persona que aparecía como fiadora del crédito, correspondiéndole pagar a aquella el capital, interés y honorarios del abogado que no se encontraban presupuestados para el fiador, y el cual, posteriormente le correspondió asumir y cancelar al actor. Así mismo, señala que se le inició proceso ejecutivo hipotecario con el cual se le pretendía rematar el bien donde residía por lo que debió pagar intereses y honorarios de abogados.

De lo anterior, la Sala precisa que, no es dable que esta judicatura acceda al pago de las obligaciones legalmente adquiridas por el señor HINCAPIÉ MONCADA con sus acreedores, dado que la finalidad natural de toda obligación, es su cumplimiento. En ese orden, correspondía al actor cumplir con aquellas, indistintamente de la privación de la libertad a la que fue sometido, pues dicha situación en nada enerva los negocios por aquel celebrados. Sin embargo, situación diferente sucede con la forma en que el actor cumplió dichas obligaciones esto es, si aquellas le generaron emolumentos por pago de intereses o abogados; tal y como aquella lo está solicitando.

A continuación, la Sala estudiará el material probatorio allegado al proceso, para determinar si se aportaron las pruebas necesarias que le brinden certeza a la Sala, sobre el pago de los intereses y demás emolumentos solicitados por el actor.

En esa línea de argumentación, se observa que de folio 131 a 135 obran certificaciones de procesos ejecutivos las cuales se analizan a continuación:

a) Pues bien, de la revisión del expediente, observa la Sala que se allegó certificación expedida por el Secretario del Juzgado sexto civil del Circuito de Cartagena en donde consta que, en contra de los señores ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA y ANA ROMÁN BERRIO, se inició proceso ejecutivo mixto promovido por BANCAFE S.A el día 9 de mayo de 2003. en el cual se libró mandamiento de pago por valor de \$38.993.319.97, encontrándose en la etapa de alegatos de conclusión, hasta el día 10 de octubre de 2010.

Sobre la citada certificación, en consideración de la Sala, carece de la capacidad demostrativa necesaria para acreditar el daño emergente cuya reparación pretende el actor. Ello es así, puesto que si bien es cierto la fecha de inicio del proceso ejecutivo resulta coincidente con la fecha en que estuvo privado el actor de su libertad, también lo es que ese documento no certifica sobre las sumas de dinero que canceló el actor por concepto de intereses como consecuencia del incumplimiento tardeó de su obligación.

B) En ese mismo sentido, se aportó certificación expedida por el Juzgado undécimo Civil Municipal de Cartagena (fl.132), a solicitud del Dr. Paulo Enrique Martelo Rodríguez donde consta que aquel funge como apoderado de BANCAFE S.A.. dentro del proceso ejecutivo adelantado en contra del señor HINCAPIÉ MONCADA, el día 25 de marzo de 2003.

Así las cosas, con relación a la citada certificación, considera la Sala que solo tiene la finalidad de certificar la calidad de apoderado judicial del Dr. PAULO ENRIQUE MARTELO RODRÍGUEZ, de BANCAFE S.A.; no siendo así, sobre la obligación reclamada al Dr. HINCAPIÉ MONCADA. De tal manera, que ese documento resulta inane a efectos de acreditar el perjuicio endilgado a la entidad demandada.

C) Así mismo, se evidencia del plenario, que se allegó oficio N°. 311 del juzgado Cuarto Civil Municipal dirigido al Cajero Pagador de la rama Judicial, en donde le solicita el embargo y secuestro de la quinta parte del sueldo y demás emolumentos legales que devengue el Dr. HINCAPIÉ MONCADA, dentro del proceso ejecutivo promovido por el BANCO POPULAR S.A. limitándose el embargo

hasta el monto de \$13.344.328

Respecto del anterior documento, considera la Sala que, conforme se dijo de las anteriores certificaciones, carece de la capacidad demostrativa para acreditar los emolumentos por demás cancelados por el Dr. HINCAPIÉ MOLINA

Por otro lado, se aportó certificado de honorarios profesionales expedido por el Dr. WILLIAN CARABALLO CASSAB, donde certifica el pago efectuado por el Dr. HINCAPIÉ MONCADA por valor de \$15.000.000, dentro del proceso ejecutivo N°. 00195 – 03 adelantado en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cartagena.; sin embargo, dado que no se aportó copia autentica de dicho proceso, la Sala no tiene certeza de las actuaciones adelantadas por el togado; razón por la cual carece de capacidad demostrativa.

Conforme a lo anterior, La sala concluye que el actor tenía la obligación de aportar los documentos necesarios para acreditar los perjuicios endilgados a la entidad demandada, tales como los procesos ejecutivos y no solo sus certificaciones, como quiera que las certificaciones así aportadas no brindan certeza sobre el monto final de la obligación en que derivaron los procesos ejecutivos reseñados. En ese orden, el actor incumplió con la carga probatoria que le correspondía conforme los dispone el Art. 177 del C.P.C, aplicado a estos procesos en virtud del expreso principio de remisión normativa dispuesto por el artículo 267 del C.C.A, pues su negligencia probatoria impide a la Sala el reconocimiento de los perjuicios solicitados.

En igual sentido, la Sala negara la pretensión del pago de \$30.000.000 solicitada por la señora ANA ROSA ROMÁN BERRIO, dado que no aportó prueba alguna al expediente que diera cuenta del daño endilgado a la entidad demandada.

Finalmente, afirma el actor dentro de los hechos de la demanda, que a propósito de solventar sus obligaciones, se vio en la necesidad de vender una finca de su propiedad; hecho del cual no se evidencia prueba dentro del plenario.

Por todo lo expuesto, la Sala negará la pretensión referente al pago de perjuicios materiales.

CONSULTA

En consideración a que la condena impuesta supera los 300 salarios mínimos legales

mensuales vigentes, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A., se dispondrá que en el evento de que la presente sentencia no sea apelada se remita al H. Consejo de Estado con el objeto de que surta el grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativa y patrimonialmente responsable por el daño antijurídico causado al señor ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA, en virtud de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido.

SEGUNDO: Como consecuencia del numeral anterior, **CONDENAR** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a pagar a título de indemnización las siguientes sumas:

1. Por concepto de daño moral la sumas discriminados a continuación:

1. ISAÍAS HINCAPIÉ MONCADA	Víctima directa	90 smim
2. LAURA MONCADA DE HINCAPIÉ	madre	45 smim
3. ISAÍAS HINCAPIÉ ROMÁN	Hijo	45 smim
4. KARINA HINCAPIÉ ROMÁN	Hija	45 smim
5. ROSAURA HINCAPIÉ ROMÁN	Hija	45 smim

6. RICARDO JOSÉ HINCAPIÉ LLERENA	Hijo	45 sm/m
7. ANA ROSA ROMÁN BERRIO	Cónyuge	45 sm/m

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

QUINTO: Si no fuese apelada la presente providencia, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, en consideración al monto de la condena impuesta, consúltese esta sentencia ante el H. Consejo de Estado.

SEXTO: CUMPLIR la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C.A.

SÉPTIMO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, procédase al archivo, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

