

PROYECTO:
JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1397
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: JOSE RAMOS ALFARO Y OTROS
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-10271-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



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

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

SALA DE DECISIÓN No 004

304 - **III**
1ª Instancia

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO.

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 10.271
Demandante: JOSÉ RAMOS ALFARO Y OTROS.
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.
Tema: Caducidad de la acción .

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 dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por JOSÉ RAMOS ALFARO y otros quienes a través de apoderado judicial interpusieron acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor JOSÉ RAMOS ALFARO y otros instauraron demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de los artículos 2 y 5 de la resolución 1787 del 23 de septiembre de 1994, suscrita por el alcalde (sic) la época, GABRIEL ANTONIO GARCÍA ROMERO.
2. Como consecuencia de la primera declaración se ordene el restablecimiento del derecho de mi representado, esto es que las 360.000 mil acciones se ofrezcan a los trabajadores en la proporción (sic) resulte de dividir el número total de acciones por cada trabajador individualmente considerado.
3. Que igualmente se condene al distrito de Cartagena Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al pago y a la financiación de las acciones preferenciales a razón de \$ 9.500.00, por cada una de ellas.
4. Que como pretensión subsidiaria se conmine al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al pago (sic) de la daño emergente y el lucro cesante en los términos establecidos en esta demanda.
5. Que la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984.

Hechos relevantes

1. "El Concejo Distrital de Cartagena de Indias, mediante Acuerdo 05 de Marzo 11 de 1994, ordenó la disolución, y liquidación de la actual empresa de servicios públicos, como también la creación de una empresa de Economía Mixta de ASEO, ACUEDUCTO y ALCANTARILLADO.
2. En el artículo 12, del mencionado acuerdo, se ordenó, dar la primera opción de las acciones a privatizar, a las organizaciones solidarias, pensionales y de trabajadores, esto último en cumplimiento del artículo 60 de la Constitución Nacional.
3. Que mediante resolución número 1787 del 23 de Septiembre de 1994, y en el artículo segundo, ordenó la creación de la empresa denominada AGUAS DE CARTAGENA S.A., para la prestación de los servicios públicos de Acueducto, alcantarillado y aseo, con un capital de social de cuatro mil millones de pesos (4.000.000), compuesta por acciones ordinarias y privilegiadas de un valor nominal de \$10.000.00 de clase A. B y C., reservando para los trabajadores del total de 400.000 acciones solo 45. El distrito se reservó solo 40.000 acciones, esto es el 10 por ciento del total igualmente se reservaron para el socio operador 204.000 acciones."

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículo 60
- Acuerdo 05 del 11 de Marzo de 1994 artículo 12.

Como concepto de la violación señaló lo siguiente:

“El desconocimiento del acuerdo es evidente dado que solo del total esto es 400.000 acciones se ordena ofrecer a los trabajadores el 11.25 por ciento, y se reservan para un socio operador el 51 por ciento, reserva ilegal y arbitraria, pues éste porcentaje obligatoriamente debía ser ofrecido a los signatarios señalados en los artículos 12 de la disposición acuerdal y 60 de la constitución nacional.

La sociedad fue constituida con violación de las disposiciones citadas por ello es imprescindible declarar la nulidad del artículo segundo en comento.

En lo que respecta a la OMISIÓN DE PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, es claro que el artículo quinto de la resolución 1787 del 23 de septiembre de 1994, al ordenar que regiría en la fecha de su expedición avaló un procedimiento secreto de un acto que producía efectos particulares, lo que está expresamente prohibido por los artículos 46 del Decreto 01 de 1984, y 1., y 7 de la ley 57 de 1985.”

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito de Cartagena de Indias contestó de forma extemporánea.

Alegatos de conclusión

Con auto de fecha Veinticinco (25) de Junio de mil novecientos noventa y siete (1997), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas y posteriormente, a través de auto adiado en abril 3 de 2013 se clausuró el debate probatorio y se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante,

quien ratificó los argumentos expuestos en la demanda; mientras que la parte demandada consideró que se debe declarar probada parcialmente la excepción de cosa juzgada, puesto que el H. Consejo de Estado ya se pronunció sobre la legalidad de las normas aquí acusadas.

3. Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, guardó silencio en esta oportunidad.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Tramitada la primera 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

Es competente esta Corporación, con base en las facultades conferidas en los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 1º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

CADUCIDAD

La caducidad debe entenderse como un fenómeno procesal que se presenta como consecuencia del vencimiento del término fijado en la ley para entablar la correspondiente demanda en ejercicio de una determinada acción. Se erige sobre el principio de seguridad jurídica, y de ahí que encuentre su sustento como una figura eminentemente objetiva que determina la oportunidad para intentar la acción con la cual se

pretende sacar adelante derechos presuntamente socavados. Se resalta su carácter irrenunciable, pues aún en contra de la voluntad del titular del derecho de acción, el mero paso del tiempo impide el ejercicio de la acción, condicionándose así a un margen temporal el acceso a la administración de justicia.

Tratándose de acciones contencioso-administrativas, la caducidad igualmente encuentra su razón de ser en la necesidad de limitar a los administrados al momento de discutir sus intereses, creándose así la certeza necesaria a sus decisiones y a su situación ante determinado evento litigioso.

"En suma la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción se constituye en un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial!"

La oportunidad para advertirla es al momento de admitir la demanda correspondiente; sin embargo, lo anterior no ata al funcionario judicial a que ante la evidencia de su operancia, - incluso al momento de dictar sentencia - pase desapercibida tal irregularidad; todo lo contrario, de encontrarse probada, debe procederse a su declaratoria de oficio.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico está dirigido a determinar, si en el presente caso se configuró la caducidad de la acción, para acusar de nulidad los artículos 2º y 5º de la Resolución 1787 de 1994, bajo el entendido que, desde el momento de la ejecución de dicho acto administrativo y hasta la presentación de la

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B"
Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009) Radicación número: 08001-23-31-000-2003-02500-01(1134-07) Actor. JOSE LUIS ACUÑA HENRIQUEZ Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

demanda, se sobrepasó el término de 4 meses dispuesto por el art. 136 del C.C.A para acudir a esta jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y, a su vez por haber tenido los hoy demandantes pleno conocimiento de dicha Resolución para el día 29 de septiembre de 1994.

TESIS DE LA SALA

Esta Sala declarará probada de oficio la excepción de caducidad de la acción, por cuanto la ejecución del acto administrativo demandado se produjo en el mes de diciembre de 1994 agotándose su finalidad, cuál era, la de crear la empresa de servicios públicos de acueducto y alcantarillado ACUACAR. En ese sentido, desde ese momento debe entenderse que los ex trabajadores de la extinta empresa de servicios públicos de Cartagena disponían del término de cuatro meses para acudir a la jurisdicción; hecho que finalmente ocurrió de forma extemporánea el día 18 de agosto de 1995.

Así mismo se considera que, si en gracia de discusión se aceptara la situación de contabilizar el término de caducidad a partir de la publicación o notificación del acto, y no desde su ejecución, se llegaría a igual conclusión, como quiera que en el *sub lite*, ello sucedió en el mes de septiembre y octubre de 1994, conforme ha determinado en pronunciamientos anteriores esta Corporación, al conocer acciones de reparación directa; que buscaban la declaratoria de responsabilidad del Distrito de Cartagena de Indias, por la omisión de dar a conocer a los ex trabajadores de la extinta Empresa de Servicios Públicos de Cartagena, el contenido de la Resolución 1787 de 1994.

También se desprende lo anterior, de la petición presentada el día 29 de septiembre de 1994 por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Servicios Públicos, solicitándole al Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, que aplicará de forma correcta el Acuerdo 05 de 1994, y, no como lo dispuso en la Resolución 1787 de 1994, de tal manera que, desde el día 29 de septiembre de 1994, los hoy demandantes tuvieron conocimiento de la resolución acusada y, desde ese momento comenzó el cómputo de 4 meses para acudir ante la jurisdicción.

CASO CONCRETO

Sea lo primero decir que, en ejercicio de la presente acción, a través de apoderado judicial, los ex trabajadores de la extinta Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena, solicitan la nulidad de los artículos 2º y 5º de la resolución 1787 de 1994. La citada resolución, amparada en el acuerdo 05 de 1994, facultó Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias para que ordenará la creación de la empresa ACUACAR, con observancia de la participación accionaria de los demandantes en la nueva entidad.

Visto lo anterior, se tiene que la caducidad de la acción corresponde a un presupuesto procesal de la acción, el cual busca imponer un límite razonable al ejercicio las diversas acciones que pretendan hacer uso los administrados, como quiera que la oportunidad para su ejercicio no puede prologarse de forma indefinida, bajo el entendido que ello conllevaría a la inobservancia del principio de seguridad jurídica.

En concordancia con lo anterior, la caducidad de la acción se encuentra establecida en el artículo 136 del CCA² y, sobre aquella, el H. Consejo de Estado³ se ha pronunciado de la siguiente manera:

"CADUCIDAD DE LA ACCION – Finalidad / CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Término / CADUCIDAD DE LA ACCION – Concepto /

La caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual "[...] el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica,

² ARTICULO 136 CADUCIDAD DE LAS ACCIONES <Código derogado por el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente.> <Subrogado por el artículo 136 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente >

1. La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

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

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B"
Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009)
Radicación número: 08001-23-31-000-2003-02500-01(1134-07) Actor: JOSE LUIS ACUÑA HENRIQUEZ Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.". Por su parte, la providencia ya mencionada expresó, en cuanto al establecimiento de un término para la interposición de este tipo de acciones, que "[...] La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general." En suma la caducidad comporta el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción se constituye en un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial."

Así entonces, conforme a lo anterior, debe entenderse que el término a partir de cual se inicia el cómputo para verificar el cumplimiento de este requisito, varía conforme a las siguientes situaciones a saber: (i) Desde la notificación del acto; (ii) Desde su publicación; (iii) a partir de su comunicación; y, (iv) a partir de su ejecución; siendo específicamente sobre este último, respecto de la situación que sirve de directriz para el cómputo del término de la caducidad en el *sub examine*.

Pues bien, al respecto, conforme lo dispuesto por el artículo 5º de la Resolución 1787 de 1994, aquella dispuso que entraría a regir desde el momento de su expedición, estableciendo específicamente para los ex trabajadores de la extinta Empresa de Servicios Públicos, que se les

comunicaría en aviso publicado en diario de amplia circulación la forma en que se daría su participación accionaria en la nueva entidad. Sin embargo, no debe perderse de vista que la finalidad primordial era la creación de la nueva empresa, circunstancia que obligaba a que de forma previa se le informara a ese grupo de personas, su situación con relación a la nueva empresa.

Pues bien, en el material probatorio allegado al proceso, se observa la escritura pública N° 5.427 del treinta (30) de diciembre de 1994, suscrita en la Notaría Segunda del Circulo de Cartagena de Indias, que da cuenta de la constitución de una sociedad de economía mixta, denominada AGUAS DE CARTAGENA S.A., ESP, **el día 30 de diciembre de 1994**, conforme se dispuso en el Acuerdo 05 de 1994 y la Resolución 1787 de 1994, como se cita a continuación.

Acuerdo 05 de 1994 artículo 6°.

*“Autorizase al Alcalde Mayor, **hasta el 31 de diciembre de 1994**, para que constituyera una sociedad de Economía Mixta con amplia y democracia participación del capital privado y público, en la cual podrá asumir en forma directa o indirecta la prestación de los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo , desarrollando las funciones de regulación control, y contratación de las actividades necesarias para garantizar la calidad, continuidad y permanencia de estos servicios en la ciudad de Cartagena y sus corregimientos y en los Municipios del área Metropolitana, si esta llegare a constituirse.”*

Con base en las facultades conferidas por el acuerdo citado, el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias, expidió la Resolución N°. 1787 de 1994, ordenando lo siguiente:

“2°. Ordenase la creación de un Empresa de Economía Mixta denominada EMPRESA AGUAS DE CARTAGENA S.A., E.S.P.” (...)

Conforme se desprende de los documentos relacionados, se evidencia de forma diáfana que, el objetivo primordial para el cual fue facultado el Alcalde del Distrito de Cartagena de indias a través del Acuerdo 05 de

1994, y para lo cual expidió la Resolución 1787 de 1994, se agotó el día 30 de diciembre de 1994.

Así entonces, debe entenderse que desde el día 31 de Diciembre de 1994, empezó el término de cuatro (4) meses que dispone el artículo 136 del C.C.A para que los demandantes ejercieran la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la resolución 1787 de 1994, como quiera que, conforme a lo preceptuado por la norma citada, la caducidad se empieza a contabilizar a partir del día siguiente de la notificación, publicación y o ejecución del acto, como sucedió en este caso

De tal suerte que, en el presente caso el terminó de caducidad vencía el día 1º de mayo de 1994 y, como quiera que la demanda se presentó el día 18 agosto de 1994, se entiende que operó la caducidad de la acción para la interposición de la presente acción.

Visto lo anterior, la Sala abordara el estudio del otro aspecto que sostiene la tesis expuesta de forma precedente en esta sentencia, referente al cómputo de la caducidad de la acción, a partir del momento en que el Distrito de Cartagena de Indias dio a conocer a los ex trabajadores de la Extinta Empresa de Servicios Públicos de Cartagena, el contenido de la Resolución 1787 de 1994.

Pues bien, sea lo primero decir que, en oportunidades anteriores esta Corporación se ha pronunciados por vía de acción de reparación directa⁴, sobre la publicidad que el Distrito de Cartagena de Indias le brindó a los ex trabajadores de la extinta Empresa de servicios Públicos de Cartagena, respecto del contenido de la Resolución 1787 de 1994. En aquella oportunidad, se solicitó la declaratoria de responsabilidad del Distrito de Cartagena de Indias, por la omisión en dar la publicidad ordenada por la citada resolución; resolviendo esta Corporación conforme a lo probado en aquellos procesos que, el Distrito de Cartagena de Indias, sí dio aviso a los

⁴ Sentencia de esta Corporación de fecha 21 de marzo de 2013. MP. Doctor Arturo Matson Carballo. Rad. 13-001-33-31-005-1996-10911-01. Demandante: Martín Andrés Villadiego. Demandado Distrito de Cartagena de Indias y sentencia de fecha 23 de julio de 2013. MP. Doctora Marcela López Álvarez. Rad. 13-001-23-31-000-1996-10926-01. Demandante: Agustín Lara Rodríguez. Demandado Distrito de Cartagena de Indias.

pluriemencionados extrabajadores del contenido de la Resolución 1787 de 1994.

Al respecto, la Sala trae a colación el más reciente de los pronunciamientos sobre el tema, la sentencia del 13 Septiembre de 2013, donde se resolvió acción de reparación directa presentada por el señor CASIMIRO GUERRERO ÁVILA, en contra del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS; y donde se partió **del supuesto que ese grupo de personas conoció de los avisos publicados en el diario el universal a través de los cuales se publicó la Resolución 1787 de 1994, pero se cuestionó su contenido, tal y como se lee de la cita textual que hace la sentencia de los hechos consignados en la demanda:**

"5. El 24 de septiembre de 1994 en el periódico El Universal se publica el aviso No. 1 invitando a los interesados a suscribir las acciones de la empresa de servicios públicos domiciliarios que se constituyó, pero dicho aviso no coincide con el texto de la Resolución No. 1787 del 23 de septiembre de 1994" (...)

"6. El 28 de septiembre de 1994 en el Diario El Universal se publica el Aviso No. 2 — modifica y complementa el Aviso No. 1 — y en este se invita a los trabajadores de la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena en liquidación y los demás interesados a suscribir 156.000 acciones de la nueva sociedad de economía mixta"

En las consideraciones del fallo citado, se resolvió lo siguiente:

"Y es que a pesar de que el Aviso N°1 eventualmente no menciona a los trabajadores de la empresa en liquidación, si lo hacen los Avisos N°2 y N°3 publicados con posterioridad y dentro de la oportunidad señalada para hacerlo, independientemente de que no se especifique el número de acciones a que tenían derecho, que sin embargo, estaban claramente estipuladas por el Acuerdo N°05 de 1994 y que efectivamente así se llevó a cabo al momento de suscribir el capital social de la mencionada empresa.

Lo anterior quedó demostrado con el Acta de Constitución de la Sociedad Aguas de Cartagena SA. E.S.P. que reposa en el folio 142 del expediente, y que contiene la relación de accionistas trabajadores de la Empresa Pública en liquidación, en donde aparecen todos aquellos ex trabajadores junto con el sindicato que motivados por la invitación que les hiciere el Distrito, suscribieron sus respectivas acciones. Las mismas ascienden según el reporte a 163.700 y confirman una vez más la intervención real y concreta de este sector, en la formación del capital social de ACUACAR SA E.S.P."

Y continúa diciendo:

“Lo que si se observa en el expediente a folio 92, una copia del aviso de oferta pública de constitución de la empresa AGUAS DE CARTAGENA S.A.E.S.P., aportada por dicha empresa, de cuya lectura no es posible establecer las irregularidades por el accionante, por lo contrario lo que se evidencia en el aviso de oferta pública mencionado, es que los ex trabajadores y pensionados de la extinta Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena se les garantizo su participación en el capital accionario de la nueva Empresa de Economía Mixta, toda vez que se les menciona en forma expresa como destinatarios de la primera vuelta de oferta pública.”

El anterior pronunciamiento acogió los argumentos expuestos por esta Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 2004, con ponencia de la Dr. Olga Salvador de Vergel, acción que fue presentada por Antolín Negrete Burgos contra el Distrito de Cartagena de Indias, así como como diversos pronunciamientos de la presente anualidad⁵ sobre el mismo tema.

En virtud de los pronunciamientos referenciados, la sala colige que, si en gracia de discusión se aceptará que en el *sub lite*, el término de caducidad se debe contabilizar desde el momento en que se le dio a conocer la Resolución 1787 de 1994 a los ex trabajadores de la Empresa de Servicios Públicos de Cartagena; también lo es que, debe entenderse que ello sucedió, antes de la constitución de la empresa AGUAS DE CARTAGENA, de acuerdo a las invitaciones públicas que se hicieron a ese grupo de personas, conforme a lo resuelto en el fallo citado. En ese aspecto, la Sala debe precisar que, es necesario que las decisiones que se adopten por esta Corporación sean coherentes entre aquellas, como quiera que resultaría a todas luces violatorio del principio de seguridad jurídica, que sobre los mismos temas se profieran decisiones diferentes; tal como en el presente caso, donde en en las sentencias reverenciadas, esta Corporación declaró que el Distrito de Cartagena de Indias, sí le dio

⁵ sentencia de esta Corporación de fecha 21 de marzo de 2013 MP. Doctor Arturo Matson Carballo Rad. 13-001-33-31-005-1996-10911-01 Demandante Martín Andrés Villadiego Demandado: Distrito de Cartagena de Indias y sentencia de fecha 23 de julio de 2013. MP Doctora Marcela López Álvarez Rad. 13-001-23-31-000-1996-10926-01 Demandante Agustín Lara Rodríguez Demandado Distrito de Cartagena de Indias

publicidad a la Resolución 1787 de 1994, argumento que, servirá en esta oportunidad para fundar la declaratoria de caducidad de la acción

En concordancia con lo anterior, la Sala se ampara en el documento que milita a folio 65 del plenario, de fecha 29 de septiembre de 1994, en virtud del cual, el Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Cartagena, solicita al Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias lo siguiente:

(...) le solicitamos muy comedidamente suspenda el proceso de licitación, mediante el cual se pretende entregar a particulares e inversionistas extranjeros la prestación de los servicios que hoy prestan las E.D.P DE CARTAGENA, por ser violatorio a la Constitución Política y el Acuerdo #05 de 1994. Por cuanto es a los actuales trabajadores, a quienes nos corresponde que se nos entregue las acciones o el manejo de las Empresas, derechos consagrados en los Artículos 58 y 60 de nuestra Constitución política(...)

*(..)Además, como usted nos ha manifestado por escrito, en ocasiones anteriores que **está cumpliendo con lo establecido en el Acuerdo 05, éste en su Artículo #12 señala que la primera opción es para los trabajadores**, por lo que exigimos también el cumplimiento del acuerdo en ese Artículo."*

Pues bien, nótese que, la misiva citada tiene fecha del **29 septiembre de 1994**; en ese mismo sentido, no debe perderse de vista, que los avisos cuestionados en virtud de las acciones de reparación directa conocidas por esta Corporación, fueron publicados en los días **24 y 28 de septiembre de 1994**. De tal suerte, se observa de forma diáfana que efectivamente los ex trabajadores de la empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena para el día **29 de septiembre de 1994**, tuvieron pleno conocimiento del contenido de la Resolución 1787 de 1994; fecha desde la cual empezó a correr el término de caducidad de la acción, como quiera que, la publicación de aquel cumplió cabalmente con su finalidad, tal y como se desprende del documento citado.

Si bien es cierto que en el presente caso la Resolución 1787 de 1994 fue

publicada en la Gaceta Distrital del día 18 de abril de 1994, también lo es que la finalidad de la publicidad de los actos administrativos se circunscribe en dar a conocer su contenido a sus destinatarios, situación que tal y como se explicó sucedió el día 29 de septiembre de 1994.

En conclusión, se tiene que en el presente caso se configura la caducidad de la acción respecto de la resolución 1787 de 1994, por haberse ejecutado dicho acto administrativo el día 30 de diciembre de 1994, y haberse presentado la demanda el día 18 de agosto de 1995. En igual sentido, y en aras de ser más garantista con los demandantes, se determinó que, si se contabilizaba en este caso el término de caducidad de la acción desde el momento en que ese grupo de trabajadores tuvo conocimiento de la Resolución 1787 de 1994, esto es, el día 29 de septiembre de 1994, cuando le solicitaron al Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias, que diera aplicación apegada a la ley del acuerdo 05 de 1994, de igual forma se entiende que operó la caducidad de la acción.

La emisión de un pronunciamiento de fondo

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

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

En ese sentido, el fallo inhibitorio⁶, que conduciría a dejar las puertas de la administración de justicia, abiertas al presente debate judicial, sería inocuo, antieconómico e ineficaz, pues es palmario que el actor, precisamente por no haber hecho uso a tiempo del medio de control que tenía a su alcance, no podrá incoar nuevamente la acción ejercida; de manera que, frente a una administración de justicia que debe evitar a todas luces inhibirse, obligada a prevenir su congestión y llamada a ser eficaz, no resulta congruente dejar de proferir un fallo de mérito como el que se dictará.

Al respecto, si bien en torno a los efectos procesales de la caducidad de la acción ha habido opuestas posiciones jurisprudenciales, se considera que el fallo de fondo se impone, en aras de aplicar los aludidos principios y con asidero en razonamiento jurisprudencial que se cita, compartido por esta Sala⁷.

Consecuente con lo anterior, se declarará probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada y se denegaran las pretensiones de la demanda.

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.

⁶ Sentencia C-666/96. Los fallos inhibitorios han de ser excepcionales, conforme a la doctrina vigente de la Corte Constitucional, quien ha señalado que, "la inhibición aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de extinguir los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se fundó objetivamente y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella."

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 26 de abril de 2006, radicación número: 2001-23-31-000-1997-00342-01 (15306) Actor: Sociedad Agrícola y Ganadera Granados y Sandoval Ltda. "Por lo tanto, si se encontró que tuvo ocurrencia real el hecho jurídico de la caducidad de la acción, debió no solo mencionarse en la parte motiva, sino también declararse en la resolutoria, que implica que el fallo no es inhibitorio. Tanto es así, que el demandante no puede volver a proponer nueva demanda entre las mismas partes, los mismos hechos e idéntico objeto. Lo anteriormente dicho tiene fundamento en otra previsión de Ley, según la cual la caducidad de la acción es excepción de fondo (artículo 97 último inciso C.P.C.). El artículo antes citado es claro en indicar que ese hecho constituye por su naturaleza una excepción de fondo, aunque en el proceso civil se puede promover como excepción previa al decir: "También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción..."

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 probada de oficio la excepción de caducidad de la acción.

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

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, si no es impugnada, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



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

SALA DE DECISIÓN N° 004

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

Magistrada Ponente: LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Radicación: 10.271

Clase de proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DERECHO

Demandante: JOSÉ RAMOS ALFARO Y OTROS

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Sentencia complementaria

Procede la Sala a pronunciarse de oficio sobre la adición de la sentencia de fecha 22 de Noviembre de 2013, por medio de la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

ANTECEDENTES

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., el señor JOSÉ RAMOS ALFARO Y OTROS interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, para que previo el trámite a que hubiere lugar se acceda a las siguientes:

Pretensiones

"1. Que se declare la nulidad de los artículos 2 y 5 de la resolución 1787 del 23 de septiembre de 1994, suscrita por el alcalde (sic) la época, GABRIEL ANTONIO GARCÍA ROMERO.

2. Como consecuencia de la primera declaración se ordene el restablecimiento del derecho de mi representado, esto es que las 360.000 mil acciones se ofrezcan a los trabajadores en la proporción (sic) resulte de dividir el número total de acciones por cada trabajador individualmente considerado.

3. Que igualmente se condene al distrito de Cartagena Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al pago y a la financiación de las acciones preferenciales a razón de \$ 9.500.00, por cada una de ellas.
4. Que como pretensión subsidiaria se conmine al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias al pago (sic) de la daño emergente y el lucro cesante en los términos establecidos en esta demanda.
5. Que la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984."

Hechos.

1. "El Concejo Distrital de Cartagena de Indias, mediante Acuerdo 05 de Marzo 11 de 1994, ordenó la disolución, y liquidación de la actual empresa de servicios públicos, como también la creación de una empresa de Economía Mixta de ASEO, ACUEDUCTO y ALCANTARILLADO.
2. En el artículo 12, del mencionado acuerdo, se ordenó, dar la primera opción de las acciones a privatizar, a las organizaciones solidarias, pensionales y de trabajadores, esto último en cumplimiento del artículo 60 de la Constitución Nacional.
3. Que mediante resolución número 1787 del 23 de Septiembre de 1994, y en el artículo segundo, ordenó la creación de la empresa denominada AGUAS DE CARTAGENA S.A., para la prestación de los servicios públicos de Acueducto, alcantarillado y aseo, con un capital de social de cuatro mil millones de pesos (4.000.000), compuesta por acciones ordinarias y privilegiadas de un valor nominal de \$10.000.00 de clase A. B y C., reservando para los trabajadores del total de 400.000 acciones solo 45. El distrito se reservó solo 40.000 acciones, esto es el 10 por ciento del total igualmente se reservaron para el socio operador 204.000 acciones."

Conforme a los hechos y pretensiones planteadas, la Sala de Decisión 004 de Esta Corporación, dictó sentencia de fondo el día 22 de noviembre de 2013, declarando probada la excepción de caducidad de la acción y, en consecuencia se negaron las pretensiones de la demanda, como se lee de la parte resolutive de dicha sentencia:

"FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de caducidad de la acción.

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

LO OBSERVADO

Se percata la Sala, que luego de haberse dictado la sentencia correspondiente en el sub lite y, estando el expediente en Secretaría para efectos de su notificación, que obra memorial a folio 762 a 768 del plenario, presentado por el apoderado de los actores en este proceso, en el cual, el señor JOSÉ JOAQUÍN MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, solicita que sea reconocido como demandante en este proceso, puesto que, aduce que fue trabajador de la extinta Empresa de Servicios Públicos de Cartagena, razón por la cual afirma, que se encuentra legitimado por activa para comparecer en este proceso, bajo el entendido que la resolución de la cual se solicita la nulidad en el *sub judice*, afecta por igual a ese grupo de personas.

CONSIDERACIONES

EL INSTRUMENTO PROCESAL DE LA ADICIÓN DE SENTENCIAS

La adición de providencias es procedente, bien se trate de autos o de sentencias, tal y como lo establece el inciso final del artículo 311 del C.P.C., motivo por el cual se trata de una figura procesal que opera cualquier tipo de providencia judicial.

La finalidad de la adición de sentencia es, garantizar una etapa procesal en la cual el juez pueda constatar, de oficio o a petición de parte, la ausencia de decisión o resolución de uno de los extremos de la Litis o de cualquier otro aspecto que debía ser objeto de pronunciamiento expreso.

En ese orden de ideas, con este instrumento se brinda la posibilidad al juez oportunidad al juez de que corrija lo que, en términos generales se conoce como un fallo *citra petita*, es decir, se faculta al operador judicial para que, ante la verificación de la ausencia de una manifestación con relación a uno de los puntos de la controversia, realice un pronunciamiento a través de una sentencia complementaria en la cual se resuelvan los supuestos que no fueron objeto de análisis y, por consiguiente, de decisión.

En primer lugar, la norma aludida impera que, la adición de sentencias solo es viable dentro de su ejecutoria. En ese orden encuentra la Sala que la solicitud de aclaración, fue solicitada en tiempo, como quiera que nos encontramos dentro del término de la ejecutoria de la sentencia.

Así entonces, establecida la oportunidad de la solicitud, procede la Sala a estudiarla de fondo.

En efecto, mediante convocatoria a Sala de decisión 004 de 22 de Noviembre de 2013, se decidió el asunto de la referencia, profiriéndose la correspondiente sentencia de primera instancia.

Pues bien, evidencia la Sala que, en el caso objeto de estudio, se presenta la figura del listis consorcio facultativo por pasiva, como quiera que, la resolución acusada en virtud de esta acción, está dirigida a un grupo exclusivo de personas, comprendidos por los ex trabajadores de la extinta Empresa de Servicios Públicos de Cartagena.

En concordancia con lo anterior, el señor JOSÉ JOAQUÍN MARTÍNEZ RODRÍGUEZ presenta poder, solicitado que sea tenido como demandante en el *sub lite*, puesto que aduce la calidad de ex trabajador de la citada empresa. Para tal fin, aportó la Resolución 232 de diciembre 16 2003, a través de la cual la Empresa de Servicios Públicos de Cartagena le reconoció pensión de jubilación, documento que le brinda certeza a esta Sala, sobre la calidad aducida por el señor MARTÍNEZ RODRÍGUEZ.

Visto lo anterior, la Sala procederá al análisis de la procedencia o no del ingreso del señor MARTÍNEZ RODRÍGUEZ al proceso, bajo la figura del listis consorcio facultativo por activa.

Al respecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción¹ ha dicho:

LITISCONSORCIO NECESARIO - Noción / LITISCONSORCIO FACULTATIVO O VOLUNTARIO - Existencia

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO , D.C. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010)
Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00073-01(38341) Actor: JAIRO DE JESUS HERNANDEZ VALENCIA Y OTROS Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS Y OTROS Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA- APELACION AUTO

Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única "relación jurídico sustancial" (art. 51 C. de P. Civil); en este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos. En cambio, el litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil). En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin su presencia porque el contenido de la sentencia en últimas no lo perjudica ni lo beneficia. Sólo contándose con su presencia en el proceso, la decisión que se adopte en la sentencia lo vinculará, dado que en ella se decidirá sobre sus propias pretensiones o sobre las razones que esgrime en su defensa. La intervención facultativa sólo podrá ejercerse hasta antes de que se profiera sentencia de única o primera instancia y dentro del término previsto para la interposición de la acción correspondiente, esto es, siempre que no hubiese operado la caducidad (art. 52 ejusdem).

De conformidad con el fallo citado, el litisconsorte facultativo se puede integrar, hasta antes que se dicte la correspondiente sentencia en el proceso. De tal manera, en el sub judice la sentencia tiene registro de proyecto de fecha 21 de noviembre de 2013 y, el memorial a través del cual se solicita la intervención en calidad de Litis consorcio facultativo fue presentado en la secretaría de esta Corporación el día 15 de noviembre de 2013, razón por la cual su solicitud se entiende acorde al momento procesal establecido por la ley, pues aún no se había dictado sentencia.

Sin embargo, la sentencia citada dispone que, para que sea aceptada la solicitud de litis consorte facultativo, se debe cumplir con todos los presupuestos procesales de la acción, tal como lo es el de la caducidad.

En ese orden de ideas, la Sala observa que la solicitud el actor desconoció el término de caducidad de cuatro (4) meses, que para tal fin dispone el artículo 136 del C.C.A, como quiera que se dejó establecida en la sentencia del 22 de noviembre de 2013, los demandantes tuvieron conocimiento efectivo de la resolución 1787 de 1994 en dos momento a saber: (i) entre el mes de septiembre y octubre de 1994, cuando la Resolución 1787 de 1994 se publicó en el diario El Universal de Cartagena; y, siendo más garantistas ii) el día 31 de diciembre de

1994, cuando se ejecutó lo dispuesto por la citada resolución, la creación de la Empresa Aguas de Cartagena.

Así entonces, el actor debió presentar su demanda, siendo más garantista, dentro de los cuatro meses siguientes al 31 de diciembre de 1994; situación que solo viene a suceder el día 15 de noviembre de 2013, cuando había operado en demasía la caducidad.

Por todo lo expuesto, la Sala dejara por resuelto este extremo de la Litis, afirmando que no hay lugar a aceptar la comparecencia del señor JOSÉ JOAQUÍN MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, por haber operado en su contra la caducidad de la acción.

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

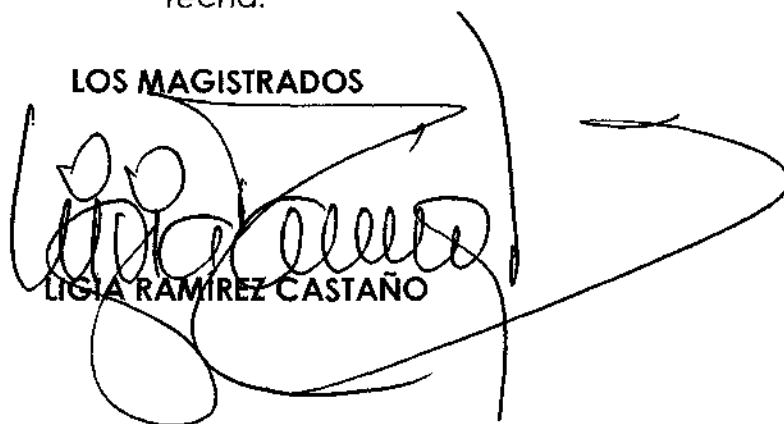
FALLA:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de fecha veintidós (22) de noviembre de 2013, con un nuevo numeral que dispondrá:

CUARTO: NEGAR la solicitud de intervención en este proceso al señor JOSÉ JOAQUÍN MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, por haber operado en su contra la caducidad de la acción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

FAB

AUSENTE CON PERMISO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

PROYECTO
JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1398
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: DINNY LUZ ALVARADO BOHORQUEZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2001-00086-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso

E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 6647718



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002**

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

SALA DE DECISIÓN No. 004

SENTENCIA No. 301, ~~720~~ 2013

2º instancia

**Tema: *Atentado terrorista – Aplicación teoría del Daño Especial – Evolución
Jurisprudencial.***

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

**Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-000-2001-00086-01
Demandante : DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ Y OTROS
Demandado : NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
Y OTROS**

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de Reparación Directa instaurado a través de apoderado judicial, por DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ en nombre propio y en representación de su menor hija MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL- ARMADA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de reparación directa, las demandantes pretenden que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. PRETENSIONES

1. "Que la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional- Policía Nacional- Armada Nacional, son responsables administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales ocasionados a: DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ, en su condición de compañera permanente, a MARIA CLAUDIO (sic) LIEVANO ALVARADO, en su condición de hija, por la muerte violenta de que fue víctima su compañero y padre CLAUDIO LIEVANO MORENO ocurrida el 8 de enero de 1999, en el Municipio de San Pablo (Bolívar).

2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional- Policía Nacional- Armada Nacional a pagarle al (sic) demandantes: DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ, en su condición de compañera permanente, a MARIA CLAUDIO LIEVANO ALVARADO en su condición de hija, por concepto de daños morales y materiales padecidos y que seguirán padeciendo como familiares del occiso CLAUDIO LIEVANO MORENO; con quien tenía profundos lazos afectivos, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día 8 de enero de 1999, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables. El pago del equivalente del gramo oro al tiempo de la ejecutoria de la sentencia se hará con base en el certificado de su valor expedido por el Banco de la República.

3. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional- Policía Nacional- Armada Nacional condénese a pagarle a los demandantes por concepto de daños morales lo siguiente:

A la compañera del occiso:

DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ, cinco mil gramos oro puro....(5.000 grs) oro puro.

A su hija

MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, cinco mil gramos oro puro....(5.000 grs) oro puro."

1.2. LOS HECHOS

Los hechos relevantes se resumen de la siguiente manera:

Sostiene el libelista que el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO y la señora DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ convivieron en unión libre por más de 20 años y de dicha relación nació la su hija MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO.

Afirma que el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, se desempeñaba como empleado de la Caja Agraria del Municipio de San Pablo (Bol.) recibiendo ingresos mensuales de \$500.000.

Manifiesta que desde el día 7 de diciembre de 1998 los pobladores escucharon rumores sobre la incursión de grupos paramilitares quienes cometerían una masacre en el casco urbano de San Pablo, sin embargo a pesar de las amenazas, ninguna de las autoridades civiles y militares desplegaron acción alguna para proteger la vida de los habitantes de ese municipio.

Señala que el viernes 8 de enero de 1999 aproximadamente a las 11:45 p.m., arribaron a la cabecera Municipal de San Pablo- Bolívar, a través del Rio Magdalena cuatro lanchas que transportaban cerca de 60 hombres quienes vestían prendas de uso privativo de las fuerzas militares, portaban armas de largo alcance y en el brazo llevaban una cinta morada, según alcanzaron a notar algunos habitantes.

Aduce que el grupo paramilitar se dividió en dos, uno de los cuales procedió a atacar la Base de la Policía, mientras el otro inició el recorrido de muerte por tres establecimientos nocturnos de la localidad: Discoteca Los Espejos, Sodería el Paraíso y los Billares Puerto Amor.

Indica que en el Establecimiento "Billares Puerto Amor", el grupo paramilitar disparó indiscriminadamente contra los ciudadanos que allí se encontraban, después de realizada la masacre se dirigieron hacia la "Sodería El Paraíso"

donde asesinaron a varias personas, luego se dirigieron a la Discoteca "Los Espejos" y las personas que se encontraban departiendo en aquel sitio, sintieron las ráfagas anteriores y cerraron de inmediato el establecimiento y minutos después los paramilitares golpearon la puerta y amenazaron a sus ocupantes con poner una granada sino abrían la puerta. De inmediato entraron al lugar y obligaron a acostar a todos sus ocupantes sobre el piso y al salir dispararon contra tres de las personas que allí se encontraban, entre las víctimas el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO.

Sostiene que la incursión paramilitar dejó un saldo de 14 personas muertas, dos heridas y un secuestrado, luego huyeron en las chalupas en las que se habían transportado.

Expresa que la mayoría de los hechos luctuosos fueron cometidos en lugares adyacentes a la estación de policía de San Pablo, sin que estos desarrollaran operaciones de persecución contra los responsables de la masacre quienes huyeron por el Río Magdalena, donde existe presencia de flotillas de la Armada Nacional y se dirigieron en dirección al corregimiento de Cerro Burgos en el Municipio de Simití donde se estableció la existencia de una base paramilitar seis meses atrás.

Agrega que horas antes de los condenables sucesos la Policía Nacional realizó patrullajes por las principales vías del municipio, incluidos los establecimientos públicos donde se consumó la masacre.

De igual manera afirma que se tiene conocimiento que en esta región tiene presencia el Ejército Nacional y su presencia es permanente tanto en el río Magdalena como en el Río Cimitarra, sin embargo y a pesar de los continuos operativos militares desplegados en esta región, el grupo paramilitar llegó al Municipio de San Pablo con la más absoluta libertad e impunidad, generando los trágicos hechos, lo que sin lugar a dudas compromete por acción y por omisión a los efectivos militares en el crimen.

Manifiesta que voceros campesinos han denunciado que las masacres desarrolladas en el Sur de Bolívar fueron cometidas por y/o con participación directa del ejército, igualmente el Comité Regional para la Defensa de los Derechos Humanos, alertó el día 21 de diciembre de 1998 al Viceministro del Interior Jorge Mario Eatman, que estaban anunciadas nuevas incursiones paramilitares y le solicitó tomar las medidas necesarias para que garantizara la vida de los pobladores civiles del Magdalena Medio, sin embargo y a pesar de las reiteradas denuncias, la actuación de las Fuerzas Militares fue nula.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACION – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL: Sostiene la apoderada de la parte demandada, que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues para endilgar responsabilidad se requiere probar negligencia o culpa en la conducta omisa, de igual manera se requiere que demuestre plenamente la entidad y extensión del daño en sus modalidades material y moral para hacerse acreedor de una indemnización.

Afirma que dentro del expediente no se ha probado que con anterioridad a los hechos de la demanda alguno de los actores haya denunciado amenaza contra su vida, o que las entidades demandadas tuvieran conocimiento de la mencionada incursión paramilitar, como tampoco se ha demostrado la falla del servicio de las mismas por omisión, fuera de lo dicho por los demandantes.

Agrega que la Policía Nacional no se quedó inerte ante la presencia de grupo al margen de la ley, ya que la estación de policía de la localidad fue atacada para evitar su reacción armada y por lo tanto tuvo que responder a dicho ataque con los medios a su alcance, por lo tanto dicha institución se encontraba en imposibilidad física y en inferioridad numérica de evitar los posteriores homicidios que fueron perpetrados en tal municipio.

Propone como excepción la falta de legitimación en la causa por activa de la señora DINNI ALVARADO BOHORQUEZ y la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, puesto que a la demanda se anexaron una serie de declaraciones

ante notario, pero dichas declaraciones fueron sin la audiencia de la contraparte y para que tengan valor de plena prueba deben ser ratificados mediante testimonio.

En lo referente a la legitimidad de la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, sostiene que no ha demostrado fehacientemente su calidad de hija de la víctima, pues al libelo introductorio se anexo copia del certificado de registro civil de nacimiento sin nota marginal de reconocimiento del padre, por ende al no existir matrimonio de por medio entre los padres, no hay presunción legal de la paternidad.

NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO Y ARMADA NACIONAL: Afirma el apoderado de las entidades demandadas que se opone a todas y cada unas de las pretensiones de la demanda, porque existe una causal de exoneración de responsabilidad de la administración -el hecho de un tercero- toda vez que la muerte del señor CLAUDIO LIEVANO MORENO fue ocasionada por paramilitares, lo cual significa que no se dio la falla del servicio por acción u omisión de las autoridades.

Sostiene que en cuanto a la actuación del Ejército y la Armada Nacional a quien la parte actora imputa omisión de sus deberes, tales acusaciones son temerarias, pues si bien es cierto, que el Estado tiene el deber constitucional de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, no es menos cierto, que resulta imposible cubrir con tal proyección hasta el último rincón de nuestra geografía y mucho menos es posible poner un soldado o un policía para cuidar de cada uno de los asociados.

III. CAMBIO DE COMPETENCIAS

En desarrollo de las previsiones contenidas en el Acuerdo PSAA06-3345 de 2006 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se crearon los Juzgados Administrativos en el territorio nacional, el proceso de la referencia fue remitido al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por competencia, quien adelantó la primera instancia en este asunto.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena dictó sentencia el 19 de diciembre de 2011, declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de la señora DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ, propuesta por la Nación -Ministerio de Defensa- Policía Nacional y en consecuencia denegó las pretensiones de la demanda.

La Juez *a quo*, consideró que en cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, afirma que en la demanda fueron presentadas dos declaraciones extrajudiciales donde manifiestan que la demandante hacia vida marital con el fallecido, sin embargo esas dos declaraciones no son suficientes para demostrar que existía una unión marital de hecho vigente entre la señora DINNI LUZ y el fallecido CLAUDIO LIEVANO.

Con respecto de la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO, sostuvo que fue anexado al expediente documento original del registro civil de nacimiento, figurando como padre el interfecto.

Manifiesta que de las pruebas obrantes en el expediente no es posible concluir que la toma por parte de las autodefensas al Municipio de San Pablo haya tenido su origen con la complicidad de un miembro activo del Estado.

Considera que en el relato de la demanda, ni en el expediente no se puede apreciar que el acto terrorista estuviera dirigido directamente contra las catorce personas que fallecieron en la incursión paramilitar ni mucho menos en contra del señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, o que éste hubiera solicitado protección a las autoridades por que existían amenazas contra su vida.

Señala que no se logra concluir que el hecho ocurrido el día 8 de enero de 1999, en el cual resultó muerto el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO pudiere ser de aquellos que se consideran previsibles, pues de las declaraciones recibidas como parte de las indagaciones realizadas por la Policía Nacional y fiscalía luego de ocurrido el hecho, los pobladores no habían recibido amenazas de parte de la organización criminal responsable del acto, solo existían rumores, pero nunca se presentó ante la autoridad denuncia alguna acerca de la toma para que el Estado le brindara una protección mayor a dicha población, es

más, la estación de policía contaba para el día de los hechos con 31 uniformados para proteger a la comunidad.

Indica que con respecto al nexo de causalidad se deduce que al no haber omisión por parte de las entidades demandada no cabría el nexo de causalidad ya que el mismo demandante afirma que al momento en que estaban atacando al comando de policía, 40 hombres armados se dedicaron a masacrar todo lo que encontraban a su paso, por lo tanto no se encuentra demostrado que el Estado por su acción u omisión sea responsable por falla en el servicio por el daño ocurrido en la persona del señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, lo que hace considerar nugatoria las pretensiones de los demandantes.

V. IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011, por estar inconforme con la decisión adoptada por la Juez de primera instancia.

En cuanto a la falta de legitimación en la causa por activa, manifiesta que en el escrito de demanda fueron allegadas varias pruebas documentales con fundamento en el artículo 77 del C.P.C., aplicable al contencioso administrativo de acuerdo al artículo 168 del C.C.A., entre las mismas se encuentran dos declaraciones juramentadas extrajuicio en las que se da cuenta de la unión marital de hecho por más de 20 años entre el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO y la señora DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ.

Afirma que tales pruebas fueron allegadas con el escrito de demanda y que las mismas fueron trasladadas a la demandada quien tuvo la oportunidad procesal para ejercer su derecho a la contradicción del material probatorio, precisamente en la contestación de la demanda, allí era dable manifestar y soportar alguna inconducencia frente al medio probatorio.

En cuanto a la responsabilidad de la entidades demandadas, indica que se encuentra debidamente probada en el proceso la falla del servicio, al ser claro el comportamiento omiso de las autoridades demandadas, a quienes se les impone constitucionalmente el deber general de comportamiento tendiente a

la protección de la vida, honra y bienes de de los ciudadanos y en especial a quienes son objeto de asesinatos por parte de las fuerzas organizadas al margen de la ley, existiendo y estando probado que el día 8 de enero de 1999 fue perpetrada una masacre en el Municipio de San Pablo (Bol.) por parte de grupos paramilitares y que de ello, es decir de la inmediatez y la previsión del ataque se tenía un conocimiento previo, se había informado a las autoridades civiles y militares de los ataques que se venían presentando, de manera sistemática, por cuenta de grupos paramilitares de la región que constituían una violación estructural de los derechos fundamentales de la población civil de la zona rural y urbana del Municipio de San Pablo, lo que culminó con la muerte de 14 personas, hecho que a todas luces se presenta como un crimen de lesa humanidad y que subsiguientemente no contó con la protección de los policiales y posterior persecución y captura de los homicidas.

Señala que tras esta situación, que era de conocimiento público por cuenta de la opinión nacional y regional por su evidente notoriedad, los demandados tenían el deber constitucional y legal de proteger los derechos de las víctimas de estos asesinatos en el Municipio de San Pablo (Bol.) previniendo el ataque, tomando las medidas necesarias de protección, repeler el ataque, perseguir y capturar a los grupos paramilitares, por vía terrestre o fluvial, todo ello sin realizar, generando tan grave daño a la población civil de de dicha municipalidad y el desplazamiento forzado de miles de campesinos de la región.

Agrega que, es así que las decisiones jurisdiccionales no pueden apartarse de la realidad del conflicto armado que vive nuestro país, de tal forma que el asesinato de población civil por parte de las fuerzas organizadas al margen de la ley con la aquiescencia de las fuerzas militares y de policía, hacen evidente la responsabilidad del Estado y su obligación de reparar los daños causados, por su omisión en la protección especial que sobre la población civil le pesa.

VI. TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiado el 30 de mayo de 2012, se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del

Circuito de esta ciudad (fl. 419) y, con providencia del 25 de enero de 2013, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 421).

En esta oportunidad las partes en litigio alegaron de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandante. Sostiene la apoderada de la parte actora que se encuentra demostrado que el homicidio de CLAUDIO LIEVANO MORENO fue perpetrado directamente por miembros de grupos paramilitares que operan en la zona, quienes desplegaron una violenta persecución contra la población civil, de tal forma que ante esta actuación generalizada y sistemática de violación de derechos humanos por tales actores armados, el Estado adquiere una obligación de protección especial la cual fue omitida, sin que pueda liberarse alegando una supuesta exposición al daño de la víctima, ni su negligencia en denunciar los hechos consecutivos de amenazas, cuando tales denuncias podían agravar el riesgo contra la vida.

Alegatos de la parte demandada (Nación-Ministerio de Defensa- Policía, Armada y Ejército Nacional): Sostiene la apoderada de la entidad demandada que no existe duda que estamos ante un atentado terrorista dirigido indiscriminadamente contra los habitantes del Municipio de San Pablo (Bol.) el día 8 de enero de 1999, cuando un grupo al margen de la ley, al parecer paramilitares procedieron por un lado atacar a la base de policía y por otro lado atacaban a las personas que se encontraban en los establecimientos nocturnos, es decir, que la acción delincencial de los paramilitares, no solo tenían como finalidad afectar a la Estación de la Policía Nacional ubicada en dicha población, ya que su propósito final era la alteración del orden público.

Señala que si bien los daños sufridos por los demandantes son consecuencia del conflicto armado interno, éstos no le son imputable al Estado, toda vez que este no es el resultado de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal; no está demostrado que la víctima haya perdido la vida como consecuencia de un ataque dirigido contra un establecimiento

militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Tramitada la segunda 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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

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

CADUCIDAD

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que el hecho que origina la demanda, esto es la muerte del señor CLAUDIO LIEVANO MORENO como consecuencia de la masacre perpetrada por grupo al margen de la ley tuvo ocurrencia el día 8 de enero de 1999, y la demanda se presentó el 8 de diciembre de 2000 (fl. 84), es decir dentro del término de caducidad de 2 años que prevé el artículo 136 del C.C.A, para ejercer dicha acción.

PROBLEMA JURÍDICO

De la lectura de la demanda y del expediente que con ella se origina, observa la Sala que existen dos problemas jurídicos a resolver: i) Establecer si las declaraciones extraproceso aportados con la demanda deben ser valorados probatoriamente y ii) si en autos están o no demostrados los elementos que

permitan declarar la responsabilidad de las entidades demandadas, con ocasión de los hechos que plantea la parte actora.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada será revocada en su numeral 2º de la parte resolutive, pues si bien se comparte la decisión de la *a quo* en cuanto declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la señora DINNI ALVARADO BOHORQUEZ, no es menos cierto que la teoría del daño especial resulta ser la más acertada a la hora de darle solución al caso que hoy se estudia, por lo que es procedente la imputación de responsabilidad a las entidades demandadas.

✓ De la falta de legitimación en la causa por activa de la señora DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ

La Juez *a quo*, consideró que en cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la señora DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ, se encontraba probada toda vez que las dos declaraciones extrajuicios donde manifiestan que la demandante hacia vida marital con el fallecido, no son suficientes para demostrar que existía una unión marital de hecho vigente entre aquélla y el interfecto CLAUDIO LIEVANO.

La accionante por su parte, sostiene que tales pruebas fueron allegadas con el escrito de demanda y que las mismas fueron trasladadas a la demandada quien tuvo la oportunidad procesal para ejercer su derecho a la contradicción del material probatorio, precisamente en la contestación de la demanda.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado¹ mediante sentencia de fecha 21 de febrero de 2011, sentó su posición respecto a la importancia de la legitimación en la causa por activa y la prueba del parentesco para la prosperidad de la acción de reparación directa en eventos en los que se persigue la indemnización por el daño originado en una lesión o muerte de un familiar:

¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 21 de febrero de 2011, proceso radicado 76 001 23 31 000 1998 00386 01 (25458).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

RAD: 13-001-23-31-000-2001-00086-01

REPARACIÓN DIRECTA

Página. 13

"...La Sala entiende, como su precedente lo señala, que la calidad de damnificado y el parentesco son elementos sustanciales al momento de reclamar la indemnización cuando se trata de imputar la responsabilidad del Estado, por lo que encuentra necesario precisar varias cuestiones en relación con la legitimación en la causa. La doctrina procesal señala,

"Sabemos que por lo general es en la sentencia cuando el Juez estudia la legitimación en la causa.

"Sin embargo, en ocasiones el Juez tiene el deber de examinarla para la admisión de la demanda, y ello ocurre por lo común cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido, en el mismo auto admisorio de la demanda o posteriormente, pero sin debate probatorio previo. Tal caso ocurre en el juicio ejecutivo, inclusive para las tercerías, en el de mejora de la hipoteca o reposición de la prenda o exigibilidad de la obligación no vencida, en el de quiebra o concurso de acreedores, en el de sucesión por causa de muerte, y cuando no hay oposición del demandado, en los juicios de lanzamiento del arrendatario o restitución al arrendador, separación de bienes, alimentos, expropiaciones, deslinde y amojonamiento, servidumbres, posesorios, cesión de bienes, pactos accesorios de la compraventa, rendición de cuentas, controversias entre condueños, divisorios, venta de cosa hipotecada o dada en prenda, prestación o relevo de fianza y otorgamiento de otras cauciones.

"Otras veces existe etapa probatoria, pero la admisión de la demanda está condicionada no solamente a que se cumplan los presupuestos procesales de la acción previos del juicio —como sucede en todos los juicios— sino además a que aparezca la prueba de la debida legitimación del demandante y su interés para obrar. Así ocurre en los juicios de jurisdicción voluntaria, como los de interdicción, nombramiento de curadores, licencias para enajenar bienes de incapaces, y en algunos contenciosos, como el de autorización para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus expensas o por el mismo deudor si se trata de otorgar un documento, el de pago por consignación, el de reducción de la hipoteca o de la pena estipulada y fijación de intereses y en los asuntos varios en que el Juez resuelve con conocimiento de causa o breve y sumariamente o con prudente juicio, de acuerdo con el título XLV del Código de Procedimiento Civil.

"Es decir en los juicios especiales se examina siempre la legitimación en la causa y el interés para obrar del demandante y del demandado si lo hay, para la admisión de la demanda, conforme a nuestro Código. Sin duda, esto es un acierto, pues así se evitan procesos inútiles y pérdida de dinero al Estado y a las partes, y de tiempo a éstas y a los Jueces.

"En los ordinarios, en cambio, el Juez admite la demanda si ésta reúne los presupuestos procesales de la acción y previos del juicio, sin examinar las condiciones de legitimación en la causa e interés para obrar, y esto por la infortunada ausencia de norma legal que lo autorice para hacerlo. Pero se permite proponer como impedimento procesal (excepción dilatoria según nuestro Código) la carencia de cualquiera de esas dos condiciones sustanciales o de ambas, en el demandado. Conforme al artículo 333, ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, norma que no ha sido utilizada por la jurisprudencia en forma alguna y que para nosotros tiene esa importantísima misión. Recuérdese que en España FAIREN GUILLERN sostiene que la legitimación en la causa es una condición para la admisión de la

demanda. Así se evitan sentencias contradictorias y los demás problemas que surgen del hecho de no constituir cosa juzgada la sentencia inhibitoria que declare improcedente la demanda por ausencia de uno de estos dos requisitos para la decisión de fondo o de mérito".

Luego, la legitimación en la causa se entiende como la "posición sustancial" que tiene el sujeto procesal "en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exoneran de las segundas"². La legitimación en la causa, por lo tanto, permite reconocer al sujeto autorizado para intervenir en el proceso, formulando u oponiéndose a las pretensiones de la demanda (dependiendo de la calidad de sujeto activo o pasivo frente a la relación jurídica). Así mismo, la legitimación en la causa es una cuestión de mérito y no un presupuesto procesal.

Para la Sala, el a quo planteó la falta de legitimación en la causa por activa desde la perspectiva material, en relación con la cual el precedente señala,

"La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado; el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante"³.

Dicho precedente tuvo continuidad en la jurisprudencia de la Sala, pero agregándose la necesidad de distinguir entre legitimación en la causa y prueba del parentesco, ya que el artículo 86 del CCA cuando establece la acción de reparación,

"... otorga el derecho de acción a la persona interesada y no condiciona su ejercicio a la demostración con la presentación de la demanda, de su real interés porque éste es objeto de probanza en juicio. No se puede confundir la prueba del estado civil con la de la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del estado civil para deducir, judicialmente, que una persona está legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere o deduce de la prueba del estado civil el estado de damnificado del demandante, porque con la prueba del estado civil se puede colegir el dolor moral, hay veces. Por ello cuando el demandante no acredita el parentesco - relación jurídica civil - el juzgador no puede inferir el dolor, en ciertas oportunidades, y por consiguiente es indispensable demostrarlo y comprobándolo prueba el estado de damnificado y a su vez la legitimación material en la causa - situación jurídica de hecho - Entonces puede concluirse que con la demostración del estado civil se infiere el daño (presunción de damnificado) y probando el daño se demuestra el estado de damnificado"⁴.

No obstante, advierte la Sala que conforme a su precedente debe tenerse en cuenta que en,

"... un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de "... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada"⁵.

Con base en lo anterior, encuentra la Sala que los argumentos del apelante no pueden admitirse ya que se tiene consolidado el precedente según el cual cabe distinguir entre la condición o calidad de "damnificado" alegada en la demanda (legitimación de hecho, como lo consagra el artículo 86 del CCA), como interés mínimo y suficiente para el ejercicio de la acción, la cual debe proponerse al inicio del juicio contencioso administrativo, del presupuesto indispensable para que haya lugar en la sentencia a acceder a las pretensiones – legitimación material –, la que necesariamente exige la prueba suficiente y efectiva de la condición de damnificado "que le permitirá a quien demandó obtener, con la satisfacción de otros supuestos, la favorabilidad de las pretensiones. Puede ocurrir entonces que la afirmación de hecho en la demanda y a términos del artículo 86 del C. C. A. de que la parte demandante se crea "interesada" (legitimación de hecho en la causa) no resulte cierta en el proceso, y por lo tanto no demuestre su legitimación material en la causa"⁶. (...)"

Con base en el precedente, se aprecia que la legitimación en la causa, en nuestro caso por activa, es presupuesto necesario para obtención de sentencia favorable a las súplicas de la demanda, significando en su extremo activo que existe en las personas demandantes la titularidad del interés jurídico a debatir en el proceso.

Así las cosas, en las acciones de reparación directa la legitimación en la causa por activa la tiene todo aquel que invoca la condición de perjudicado con el hecho que se imputa al demandado, condición que no se deriva de su calidad de heredero, sino de la demostración que logre en el proceso de ser

efectivamente damnificado, para tener derecho a la indemnización que reclama.

En el caso que nos ocupa, las demandantes, DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ y su menor hija, MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, pretenden la indemnización de daños que alegan, experimentaron, en su condición de compañera permanente e hija de quien en vida respondía al nombre de CLAUDIO LIEVANO MORENO.

En el plenario para efectos de demostrar que la señora DINNI LUZ ALVARADO BOHORQUEZ convivió en unión marital de hecho con el hoy occiso, solo se allega como prueba las declaraciones extrajudiciales de los señores Alba Pérez De Silva y Orlando Torres López (Fls. 9-10) quienes aseguran conocer a la hoy actora de trato y de vista, y que convivió en unión marital de hecho con CLAUDIO LIEVANO MORENO. En efecto, pese a que en la demanda se anunciaron testimonios para acreditar la condición de compañera permanente del interfecto, pero ninguno de dichos testimonios fue recepcionado.

Ha de recordar la Sala, que las declaraciones extrajudiciales como la presente, no tienen mérito probatorio si no son ratificadas en el curso del proceso contencioso, toda vez que no cuentan con la contradicción de la contraparte, limitando su derecho a la defensa².

Por consiguiente, como las declaraciones aportadas fueron tomadas por fuera del presente proceso, sin la audiencia de la demandada, no fueron objeto de ratificación en este juicio en cumplimiento del artículo 299 del C.P.C., resulta claro que no pueden valorarse; así como tampoco se observa que en el

² Sobre la prueba testimonial recibida extraproceso sin citación y asistencia de la parte contra la cual se aduce, se advierte que ella carece por completo de eficacia probatoria cuando no ha sido ratificada en el proceso en el cual se pretende hacer valer, por el mismo testigo y previo el juramento de ley, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil, salvo que esté destinada a servir de prueba sumaria en los casos en los que la ley autoriza la aducción de este medio probatorio. como sucede comúnmente en los procesos civiles como por ejemplo el de deslinde y amojonamiento y el de disolución, nulidad y liquidación de sociedades (artículos 461, 628 del C. de P. C). Por consiguiente, como esas declaraciones fueron tomadas por fuera del presente proceso, sin la audiencia de la Nación, no fueron objeto de ratificación en este juicio y dado que la ley no las permite en esta clase de procesos, resulta claro que no pueden valorarse. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00023-00(17995), Actor: CARMEN LIZCANO PEREZ Y OTROS. Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA – APELACION SENTENCIA

expediente repose algún otro elemento de convicción que permita inferir la existencia de una relación de convivencia permanente entre la aludida demandante y el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, para la época en la que sucedieron los hechos, ni tampoco que a raíz de su muerte hubiere padecido sufrimiento o daño moral alguno – respecto del cual pudiere eventualmente considerarse como tercera damnificada. En este aspecto la sentencia apelada deberá ser confirmada.

✓ **De La responsabilidad extracontractual del Estado**

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene su fundamento normativo superior en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone:

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

De acuerdo con lo anterior, para que la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en cualquiera de sus niveles, sea procedente, es imprescindible que pueda imputársele un daño antijurídico, ocasionado como resultado de la acción u omisión de alguna o algunas de las obligaciones a su cargo.

Ahora bien, tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de daños antijurídicos causados con armas de fuego-, el Consejo de Estado ha aplicado como títulos de imputación principalmente, el régimen de falla del servicio presunta y el de riesgo excepcional³, siendo este último el de uso más reciente. Al respecto, sostuvo esa Corporación⁴:

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente ENRIQUE GIL BOTERO Diez (10) de junio de dos mil nueve (2009) Radicación número 50001-23-31-000-1999-04553-01(18311) Actor HERCILIO ONATRA LOAIZA Y O Demandado DEPARTAMENTO DEL META-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL MFTA Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp 17927, C P (E) Mauncio Fajardo Gómez *"En virtud de ese título de imputación objetivo el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración para exonerarse de responsabilidad deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero"* Resalta la Sala

"[...] Sobre responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por el ejercicio de actividades peligrosas (armas de fuego, conducción de vehículos automotores, redes de energía eléctrica), la Sala ha aplicado diversos títulos jurídicos en el estudio de la responsabilidad patrimonial: últimamente, la Sala ha recalificado el régimen de responsabilidad de "presunción de responsabilidad" ... por cuanto todos los elementos de la responsabilidad – hecho, daño y relación causal – deben ser probados; así, en cuanto al hecho dañador: al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho, no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, cosa que sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; y por esto mismo, el demandado no puede contraprobar el hecho, demostrando su diligencia y su cuidado. En cuanto al daño: el actor tiene que representar en el juicio la existencia de un daño que reúna las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga sobre una situación de acto o de hecho, o que esté protegida jurídicamente. En cuanto al nexo de causalidad: también el actor debe demostrarlo, con prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera la causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del Juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el adecuado nexo de causalidad. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismos y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. El demandado para exonerarse podrá probar causa extraña: o por hechos exclusivos de la víctima o del tercero o por fuerza mayor...". ⁵.

Conforme a lo expuesto, para que la responsabilidad extra contractual opere, con base en el título jurídico objetivo de imputación consistente en el riesgo excepcional, derivado de la utilización de armas, es imperativo que confluya un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado –o determinable–, que se inflige a uno o a varios individuos, la utilización, por parte de un agente de alguna entidad pública, en ejercicio de sus funciones, de un arma de dotación oficial, y de una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la utilización del artefacto peligroso antes mencionado, pues éste último elemento –el empleo de un elemento peligroso– hace, en principio, jurídicamente imputable la responsabilidad de reparar los

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010) Radicación numero 15001-23-31-000-1995-05748-01 (18756). Actor LUIS FERNANDO ORDUZ Y OTROS Demandado NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA Y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, Ponente María Elena Giraldo Gómez Rad 76001-23-31-000-1994-00069-01 (14338) Actor Rafael Antonio Artunduaga Bastos y otros Demandado Nación – Mindefensa – Policía Nacional

daños causados a la entidad demandada, salvo en los casos en los cuales ésta consiga acreditar la configuración de una eximente de responsabilidad.

El riesgo excepcional es un régimen de responsabilidad objetivo, en el cual ésta surge de la sola constatación de la existencia del daño antijurídico y su nexo causal con el servicio, independientemente de la calificación de la actuación del agente estatal como legal o ilegal, la cual resulta irrelevante para efectos de la imputación de responsabilidad a la entidad estatal, que tan solo podrá exonerarse de la misma mediante la comprobación de una causa extraña que rompa el nexo causal, como la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

También se ha considerado que si se comprueba la existencia de una falla del servicio en tales eventos, debe ser éste el régimen de responsabilidad bajo el cual se decida, pues ello conlleva poner en evidencia el mal funcionamiento de la Administración.

Así, ha reseñado la Sala dos títulos de imputación generalmente aceptados, el de falla del servicio y el de riesgo excepcional, sin embargo, el estudio conjunto del caso que hoy ocupa nuestra atención, impone la observancia del régimen de responsabilidad por **daño especial**, y que resulta siendo aquel en virtud del cual se obliga al Estado, por razones de equidad, a indemnizar los daños especiales y anormales que cause con su actividad a los particulares, sin que dicha actividad pudiese reprocharse de ilegal.

ASUNTO CONCRETO

Ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el sentido de considerar, que para que un atentado terrorista sea imputable al Estado, a título del riesgo excepcional, el ataque debe ir dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal y que ello haya generado un daño a un tercero ajeno al conflicto.

En el presente caso, se encuentra demostrado mediante la investigación realizada por la Fiscalía General de la Nación (cuadernos de pruebas 1, 2 y 3) y con las declaraciones rendidas ante el CTI de la Fiscalía por parte de los testigos presenciales de los hechos (cuaderno de pruebas 2), que el día 8 de enero de 1999, un grupo fuertemente armado identificado como de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, incursionó violentamente en el Municipio de San Pablo (Bol.) y luego de hostigar la Estación de Policía de esa población procedieron a irrumpir en los establecimientos comerciales dando muerte con arma de fuego a catorce civiles, entre ellos al señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, que en dicho ataque los subversivos utilizaron artefactos explosivos, los cuales detonaron afectando bienes y vidas; sin embargo, a la luz de las pruebas recaudadas, no es posible aseverar, que dicho ataque iba dirigido contra las instalaciones de la Policía Nacional como objetivo principal, pues el ataque de igual manera iba encaminado a la población civil.

En ese orden de ideas, de la revisión integral del expediente se concluye, que el daño sufrido por la parte actora fue como consecuencia de un ataque terrorista perpetrado por grupos insurgentes contra la población de San Pablo (Bol.) en general, y que mal haría la Sala en establecer sin lugar a equívocos, que la Policía Nacional fuese el objetivo del grupo terrorista, no obstante lo anterior, sobre el escenario que se recrea de las pruebas aportadas, es posible que se configuren los presupuestos para imputarle responsabilidad a las demandadas, pero a título del daño especial, régimen objetivo alrededor del cual han existido diversas posturas jurisprudenciales, pero que de acuerdo a la más reciente posición de la Sección Tercera del Consejo Estado⁶, permite que sea la aplicada a casos como al hasta aquí estudiado.

Al respecto se destacan *in extenso*— dada su pertinencia en el caso que se estudia —apartes del fallo en mención:

⁶CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) Expediente No 190012331000199900815 01 (21515) Actor MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA Demandada NACION- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL Acción REPARACION DIRECTA.

"...esta Sección, de manera casi general, ha propendido por declarar la responsabilidad estatal para los eventos de los ataques subversivos desarrollados dentro del conflicto armado interno, recurriendo a diferentes conceptos tales como el de daño especial, el de riesgo excepcional o incluso a regímenes que combinan elementos de los dos anteriores, pero que conservan el común denominador de la búsqueda de justicia y la reparación de los daños sufridos por las víctimas, dado el carácter antijurídico de los mismos.

1. La jurisprudencia anterior a la expedición de la Constitución del 91 sustentó la responsabilidad estatal generalmente con base en regímenes de tipo subjetivo y, excepcionalmente, objetivo. La aplicación de estos últimos surgió de la necesidad de garantizar los principios constitucionales de solidaridad y equidad.

...el Consejo de Estado introdujo otros elementos, entre los cuales se debe destacar la adopción del artículo 16 del anterior texto constitucional como fundamento normativo de la responsabilidad del Estado, en el entendido que los asociados gozaban de una serie de derechos que debían ser respetados por todos los habitantes del territorio nacional, incluyendo, obviamente, a las autoridades estatales.

Paralelamente a dichas nociones, se abrió paso a la existencia de regímenes de responsabilidad de naturaleza objetiva para aquellos casos en los cuales, pese a no evidenciarse una falla o "culpa" en la conducta de la administración - ya sea por no haber causado directamente el daño o porque su actuación se encontrara acorde a derecho-, lo cierto era que el daño se causaba dentro del marco de su funcionamiento y, por consiguiente, de no repararse, se daría la espalda a los principios de solidaridad, equidad e igualdad de las cargas públicas que son base de cualquier estado que se tilde de democrático⁷.

En consecuencia, desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, puede afirmarse sin dubitación alguna que la jurisprudencia nacional, encabezada por la de esta Sala, había decantado los pilares de la responsabilidad del Estado superando el modelo de corte civilista basado en la culpa de los agentes estatales para, en su lugar, encontrar un sistema completo de protección de los bienes de los asociados que materializaba los fines y principios del ordenamiento constitucional anterior

2.- La consagración constitucional de una cláusula general de responsabilidad debe ser entendida como el resultado del proceso histórico de consolidación de los sistemas de responsabilidad estatal.

Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de responsabilidad del Estado que expresamente señala: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas⁸."

Analizados los antecedentes históricos de esta disposición se tiene que el Constituyente estimó la necesidad de fundamentar un sistema de responsabilidad estatal que, en concordancia con la jurisprudencia ya

⁷ La teoría del daño especial fue postulada por el Consejo de Estado por primera vez en la Sentencia de 29 de julio de 1947. Diario el Siglo S.A.

⁸ Artículo 90 Constitución Política

decantada en principio por la H Corte Suprema de Justicia y posteriormente por esta Sección, fuera comprensiva no sólo de los regímenes tradicionales de falla y culpa, sino que, además, abarcara los de estirpe objetiva, entre ellos, expresamente, la concepción del daño especial. Así lo explicó el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero al rendir ponencia ante la Asamblea Nacional:

"Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada "falla del servicio público", dentro de la cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de "la responsabilidad por daño especial".

"En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social".

Resulta claro, entonces, que la razón de ser del artículo 90 fue la de resaltar el papel central de la víctima – y no del Estado– en la dilucidación de los casos en los cuales se controvertiera la existencia de la responsabilidad estatal. Tal visión resulta concordante con la consagración del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho en el cual la dignidad de los individuos ha pasado a ser la base y el centro del ordenamiento jurídico.

...En ese orden de ideas, la Sección Tercera ha entendido que la consagración del nuevo ordenamiento constitucional resulta omnicomprensiva de todos los regímenes de imputación decantados por la jurisprudencia.

...Como viene a resultar de todo lo anteriormente visto, no aparecen como razonables, ni histórica, ni jurídicamente, las voces que pretenden entender el artículo 90 constitucional como una norma basada únicamente en el criterio de la causalidad fáctica, dirigida a la acción u omisión de los agentes estatales, toda vez que dicha hermenéutica desconoce el verdadero alcance y sentido del precepto superior que consulta la totalidad de valores y principios asentados en la Carta Política, debiéndose recalcar que su consagración como norma de rango superior fue la conclusión de un proceso histórico que venía encontrando la obligación del Estado de responder no solo en caso de falla o culpa de sus agentes, sino también en otros eventos en los que el daño ocurría por efecto de circunstancias fácticas desligadas **físicamente** del actuar de la entidad estatal, pero que comprometían su responsabilidad toda vez que obedecían a causas que **jurídicamente** le eran imputables y porque, además, ocasionaban el rompimiento de las cargas públicas de los individuos.

2. Al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos. Los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.

En la actualidad, las decisiones judiciales que se consideran admisibles son únicamente aquellas que tienen como sustento, criterios o parámetros distinguibles que puedan ser revisados y analizados desde una órbita externa a la decisión misma. Bajo esa perspectiva, cada providencia judicial conlleva una elección entre diferentes opciones de solución, que, según el criterio del fallador, se escoge por mostrarse como la más adecuada al caso concreto.

...En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia.

3. El caso concreto. Al estar demostrado que el daño causado a la actora, pese a ser desde luego causado por subversivos ajenos a la demandada, se dio dentro del marco del conflicto armado interno, se compromete la responsabilidad estatal a título de daño especial.

No se encuentra probado que la demandada hubiese omitido tomar las medidas preventivas adecuadas en este evento, así como tampoco que hubiere sido informada previamente de la inminencia del ataque, ni existe prueba en el proceso indicativa de alguna circunstancia reprochable de su actuar en este caso; es decir, bajo esa perspectiva no existe la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado a título de falla en el servicio.

No obstante lo anterior, la ausencia de falla en el servicio en estos casos no puede llevar automáticamente a la exoneración de responsabilidad estatal, por cuanto el nuevo orden constitucional impone que se analice el daño antijurídico desde la óptica de las víctimas, quienes se han visto obligadas a soportar un daño que en ningún momento tenían por qué asumirlo.

Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno⁹ y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas.

...Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia¹⁰, la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado.

Y es que si bien ha sido claro para la Sección Tercera que la teoría del daño especial exige un factor de atribución de responsabilidad al Estado, es decir, que el hecho causante del daño por el que se reclame pueda imputársele jurídicamente dentro del marco de una "actuación legítima", esta "actuación" no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los que la imputación es principalmente de índole jurídica y tiene como fuente la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados."

Teniendo en cuenta que el precedente en cita recoge la evolución histórica de la jurisprudencia de las máximas Corporaciones judiciales en nuestro país, acerca de la responsabilidad Estatal, centrándose principalmente en el estudio de los distintos regímenes de imputación en casos que encuentran ocurrencia en el marco del conflicto armado Colombiano, destacándose la teoría del daño especial, aplicable cuando el daño, pese a haberse causado por un

⁹ En lo que concierne a la definición de Conflicto Armado Interno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" – Informe No. 55/97. Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina 18 de noviembre de 1997, lo definió de la siguiente manera.

"En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. ... Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados"

¹⁰De lo anterior se desprende, entonces, que el título jurídico más correcto para determinar la responsabilidad de reparar un daño será aquel que pase el análisis como el más justo. Pero ¿Qué es lo justo?. Es bien sabido que el tema es particularmente álgido en nuestros días y admite muchos enfoques de escuelas del pensamiento jurídico. No obstante si partimos de la aceptación de que la justicia es dar a cada uno lo suyo según la celeberrima sentencia de Ulpiano podemos explorar una respuesta. En efecto, esta definición, permite comprender lo que es la injusticia, que contrario a reconocer el Derecho, implica desconocerlo, lesionarlo, negarlo.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

RAD: 13-001-23-31-000-2001-00086-01

REPARACIÓN DIRECTA

Página. 25

tercero, ocurre dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos; debe esta Sala, - en relación con los hechos ocurridos el 8 de enero de 1999 en el Municipio de San Pablo (Bol.) - apartarse del estudio elaborado por la Juez de primera instancia y por esta Colegiatura¹¹ que en tiempo atrás sobre estos mismos hechos denegó las pretensiones de la demanda, para entrar a declarar responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación, pero, bajo el título de imputación del daño especial, pues de las pruebas recaudadas no se logra establecer que el objetivo específico de los insurgentes fuese la estación de Policía del Municipio San Pablo y no la población civil.

En todo caso se considera, que de acuerdo al precedente en cita, cuyas consideraciones comparte plenamente la Sala, la teoría del daño especial resulta ser la más acertada a la hora de darle solución al caso que hoy se estudia, teoría que atiende la óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen palpable, la legitimidad del Estado.

Bajo esa línea de pensamiento se concluye entonces que en el presente caso, están llamados a responder la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL- ARAMDA NACIONAL y EJÉRCITO NACIONAL, pues, descartada la teoría de la falla del servicio probada, no puede decirse que una u otra fue la que creó el riesgo, sino que resulta siendo el daño con ocasión del ataque de grupo insurgente, el hecho objetivo, que permite analizar la imputación desde el aspecto jurídico, y que tiene como fuente la obligación del Estado a través de la Fuerza Pública, de brindar protección y cuidado, a quienes resulten injustamente afectados en el marco del conflicto armado interno, debiendo entonces la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL-

¹¹ Tribunal Administrativo de Bolívar, MP. Gloria Cacéres Martínez, proceso radicado 2001-00090-00, actor: Calixta Martínez Guerra y otros vs Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Armada y Policía Nacional. sentencia de fecha 18 de agosto de 2010

ARMADA NACIONAL y POLICÍA NACIONAL responder de forma solidaria en la medida en que, como representantes de la Fuerza Pública del Estado Colombiano son las entidades llamadas a brindar la aludida protección de los administrados.

RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS

Atribuida la responsabilidad a las entidades demandadas, pasará la Sala al correspondiente estudio de reconocimiento de perjuicios, determinando, luego de la valoración probatoria en torno a la legitimación por activa para reclamar, que tal elemento se encuentra demostrado para la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, de conformidad con el registro civil de nacimiento obrante a folio 2 del expediente.

PERJUICIO MATERIAL

Daño Emergente: El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento". El daño emergente es entonces, la pérdida económica que se causa con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación. En otras palabras y, en consideración con el principio de reparación integral del daño consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, solamente puede indemnizarse a título de daño emergente los valores que empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho generador del daño.

Con respecto de este punto, solicita la parte actora que se condene a las demandadas al pago de la suma \$5.000.000) por los gastos funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogados.

Frente a tal afirmación no se prueba en el proceso la disminución patrimonial a consecuencia de algún gasto en el que haya tenido que incurrir por concepto de servicio fúnebre, por lo que se negará el reconocimiento de tal perjuicio.

Lucro Cesante: Este comprende la falta de productividad que se derive del acaecimiento del hecho, como sería para el caso lo dejado de percibir por parte de la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO en razón de la muerte de su padre el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO.

En la demanda se tasan dichos perjuicios en la suma de CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS, suma que calcula teniendo en cuenta el salario devengado por el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, que al momento de su muerte se desempeñaba como empleado de la Caja Agraria del Municipio de San Pablo (Bol.) devengando la suma de \$500.000.

Al respecto, no existe prueba en el proceso que acredite que al momento de la muerte del señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, éste laboraba en la Caja Agraria de San Pablo, pues, si bien es cierto, que al proceso se allegaron certificados suscritos por el Director y Subdirector de la mencionada caja (fls. 121-124), no es menos cierto que los mismos fueron expedidos en los años 1995 y 1996, es decir antes de la ocurrencia de los hechos, por lo cual se desconoce la actividad económica desarrollada por el interfecto para el año 1999.

Sin embargo, en cumplimiento del principio de reparación integral del daño y como quiera que constituye una posición consolidada sobre el particular, la Sala accederá a la pretensión de la parte actora, y en la respectiva liquidación a favor de la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, reconocerá perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, desde la fecha de ocurrencia de los hechos, hasta cuando la menor cumpla 25 años de edad, pues a partir de entonces la Sala entiende que los jóvenes hacen una vida independiente de su núcleo familiar.

Para la liquidación del perjuicio que se estudia a favor de la reseñada menor, se insiste, en que si bien dentro el expediente no aparece prueba de los ingresos que percibía el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO al momento de los

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

RAD: 13-001-23-31-000-2001-00086-01

REPARACIÓN DIRECTA

Página. 28

hechos, o la actividad productiva por este desempeñada, ha habido suficiente y reiterado material jurisprudencial, - compartido por esta Sala -, en donde, indistintamente del arribo de probanza tendiente a demostrar las condiciones específicas de la actividad productiva de la víctima directa, basta que logre determinarse que esta se encontraba en edad laboralmente activa.¹²

Por todo lo anterior, se accederá a lo pretendido por la parte actora, frente a la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO aplicándose para ello, la presunción desarrollada por la jurisprudencia, en el sentido de que se debe indemnizar con base en el salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos, esto es para el año 1999, la suma de \$236.438 valor que al ser actualizado a la fecha de la sentencia, resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente, esto es \$ 589.500, suma esta que será utilizada y adicionada en un veinticinco por ciento (25%) por lo que sería el concepto correspondiente a prestaciones sociales (\$147.375) y luego se descontará un 25% que eventualmente la víctima hubiera destinado en su propia subsistencia para un total de ingreso mensual definido en la suma de \$552.656,25.

La liquidación entonces comprenderá, la operación que se efectúe tomando como parámetros temporales la fecha de la ocurrencia del hecho dañoso, y la fecha en que la niña MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, alcance la mayoría de edad.

Al momento de proferirse la presente decisión, la joven MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO aún no alcanza la edad de 25 años¹³, por lo que se tomará como base de liquidación, primeramente el lucro cesante histórico o vencido, hasta la fecha de la sentencia, y el lucro cesante futuro o debido, a partir de esta fecha hasta que cumpla los 25 años de edad (26 de julio de 2022), pues, el Consejo de Estado ha considerado que hasta entonces los hijos

¹²CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B
Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., marzo diez (10) de dos mil once (2011) Radicación
número: 25000-23-26-000-1996-03221-01(19159)Actor FRANCISCO ARIAS VALENCIA Y OTROS Demandado NACION-MINISTERIO
DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA

¹³ Según certificado de Registro Civil de Nacimiento, la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, nació el 26 de julio de 1997 (fl. 2)

dependen económicamente de los padres, y que a partir de entonces hacen una vida independiente del núcleo familiar.

Indemnización debida

Hechos 8 de enero de 1999.

MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, nacida el 26 de julio de 1997 a la fecha de los hechos contaba con un (1) año y cinco (5) meses de edad.

En consecuencia, los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante se reconocerán por el periodo comprendido entre la fecha de los hechos y hasta la fecha de la sentencia: 14 años, 10 meses y 14 días: 178,46 meses.

$$S = Ra \times \frac{(1,004867)^n - 1}{0,004867}$$

$$S = 552.656,25 \times \frac{(1,004867)^{178,46} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$156.527.803,00$$

INDEMNIZACIÓN DEBIDA: \$156.527.803,00

Indemnización futura

Este periodo se liquidará desde la fecha de la sentencia hasta cuando la demandante cumpla los 25 años de edad, esto es hasta el 26 de julio de 2022, que equivale a 8 años, 8 meses y 4 días: 104,13 meses.

$$S = 552.656,25 \times \frac{(1,004867)^{104,13} - 1}{0,004867(1,004867)}$$

$$S = \$45.061.772,39$$

INDEMNIZACIÓN FUTURA: \$45.061.772,39

INDEMNIZACIÓN DEBIDA: \$156.527.803,00

INDEMNIZACIÓN FUTURA: \$ 45.061.772,39

TOTAL INDEMNIZACIÓN: \$201.589.575,4

En consecuencia, la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional – Armada Nacional y Policía Nacional, pagará por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO en calidad de hija de la víctima, la suma de DOSCIENTOS UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS CON CUATRO C/VOS MONEDA CORRIENTE (\$201.589.575,4 m/cte)

DAÑO MORAL

Se solicita en la demanda que se condene a la la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional – Armada Nacional y Policía Nacional por la violación a los derechos a la vida, debido proceso y protección judicial, a la familia, al honor, a la intimidad y a la tranquilidad, para lo cual tasó dicho perjuicio a favor de la niña MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO el equivalente a 5000 gramos oro que corresponde a la suma de \$90.000.000

El padecimiento moral se entiende como la aflicción o congoja que experimentan las víctimas como consecuencia del daño, es la alteración de su estado de ánimo. Si bien este perjuicio no se puede medir con exactitud en términos económicos, su reconocimiento más bien lo que persigue es compensar para aliviar un poco las condiciones anímicas de quienes lo padecen.

Está probado que el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO ostentaba un vínculo de consanguinidad (padre) con la demandante, de conformidad con el registro civil de nacimiento de ésta.

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, el H. Consejo de Estado ha expresado “...esta Sala ha abandonado el criterio según

el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad¹⁴."

Ahora bien, teniendo en cuenta que para la fecha de la muerte del señor Claudio Lievano, la menor MARIA CLAUDIA tenía un año de vida, y además no se demostró que su madre DINNI ALVARADO, convivía con el interfecto, no se puede predicar que la menor sufrió en gran magnitud la pérdida de su padre, sin embargo, no se puede desconocer, como lo enseña la vida social y la experiencia humana, que el suceso de muerte del progenitor priva a la menor de las condiciones fundamentales de crecimiento, desarrollo personal y sentimental, en tanto carecerá, a lo largo de su vida, de la figura paterna para recibir de él afecto y la dirección necesarios para el normal desenvolvimiento de un ser humano¹⁵, aspecto este, que produce, de forma prolongada, aflicción y dolor en MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO

Al respecto el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia de fecha 18 de enero de 2012, proceso radicado No. 21146, expresó:

"En igual sentido, se reitera la postura de la Sala según la cual los menores, en razón a su minoría de edad no son sujetos ajenos al daño moral, pues, tratándose de aflicción, angustia o daño moral propiamente dicho, la mayor o menor ausencia de conciencia o de conocimiento racional de una situación no afecta tal causación y condigno reconocimiento, porque lo cierto es que son precisamente los menores los que en un núcleo familiar, con mayor intensidad padecen o se benefician moralmente de las condiciones de su entorno, pues los infantes como ningún otro sujeto son receptores y perciben con mayor agudeza y padecen hasta inconscientemente los rigores de las calamidades familiares y así sucede, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de gozar o continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15 646, actor: Belén González y otros - William Alberto González y otra

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia de 11 de noviembre de 2002, Exp. 13 818.

condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles¹⁶.

...

Por otro lado, ha sido la postura de la Corporación, que establecido el parentesco con correspondientes registros civiles, se dé por probado el perjuicio moral con ocasión de la muerte de un hijo, esposo, padre o hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad. En efecto, científicamente, ese tipo de pérdidas es conocida como duelo, que se caracteriza por tener un componente de aflicción o dolor. Las reglas de la experiencia y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Así las cosas, cuando la demandada no desvirtúa la presunción de la aflicción causada a los demandantes por la pérdida de su cónyuge, padre, hijo o hermano, pariente en primer y segundo grado de consanguinidad, la Sala da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial que constituye un razonamiento basado en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho, ni con ningún otro medio de prueba¹⁷."

Así las cosas, teniendo en cuenta que el daño moral lo constituyen, entre otros, los sentimientos de dolor, aflicción, ansiedad, desasosiego y tristeza que naturalmente se producen en el ser humano con la muerte de un integrante de su núcleo familiar más cercano, no solo por el vínculo consanguíneo entre ellos existente sino, también, por las condiciones de convivencia, cercanía sentimental y apego que los liga, la Sala observa que dentro del plenario no obran medios probatorios que acrediten tales circunstancias, aunque, no obstante la demandante se encuentra dentro del grado de consanguinidad más próximo con la víctima, razón por la cual, con base en las reglas de la experiencia, se presume que la muerte de CLAUDIO LIEVANO en las circunstancias en que ocurrió, causó tales sentimientos en sus parientes más cercanos, de manera que estos debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹⁸. Con base en lo anterior, la Sala reconoce por concepto de

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000. Exp. 11.842.

¹⁷ Consejo de Estado. sentencia de 4 de octubre de 2007. Exp. 16 058

¹⁸ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

perjuicios morales a la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO, la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales.

DAÑO A LA SOCIEDAD

Solicita la parte actora que se reconozcan perjuicios sociales a favor de la comunidad en cuanto hace relación a la reparación social que debe recibir la población del Municipio de San Pablo, que se resumen en inversión social, parques, monumentos etc.

Frente a esta solicitud se niega por cuanto, no hace parte de la tipología del daño estudiado por la jurisprudencia y la doctrina y menos aun le corresponde a la parte actora en este asunto solicitar perjuicios por los daños causados a la comunidad, por consiguiente se denegarán las pretensiones con respecto a estos perjuicios.

De conformidad con todo lo expuesto, procederá entonces la Sala a revocar el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se concederán parcialmente las pretensiones según lo expuesto.

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 004 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo

Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se dispone

- a) **DECLARAR** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL – ARMADA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL** solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados a la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO por la muerte de su padre el señor CLAUDIO LIEVANO MORENO, ocurrida el día 8 de enero de 1999 en jurisdicción del Municipio de San Pablo (Bolívar).
- b) Como consecuencia de la declaración anterior **CONDENAR** a la **NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL –ARMADA NACIONAL– POLICÍA NACIONAL** a pagar de manera solidaria por concepto de **perjuicios morales** a favor de la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO la suma equivalente a CINCUENTA (50) S.M.L.M. V.
- c) **CONDENAR** a la **NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL – ARMADA NACIONAL -POLICÍA NACIONAL** a pagar de manera solidaria por concepto de **perjuicios materiales**, a favor de la menor MARIA CLAUDIA LIEVANO ALVARADO las siguientes sumas:
- d) CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL, OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$156.527.803,00), en la modalidad de lucro cesante histórico o debido.
- e) CUARENTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y NUEVE C/VOS (\$45.061.772,39), en la modalidad de lucro cesante futuro.
- f) Negar las demás pretensiones.

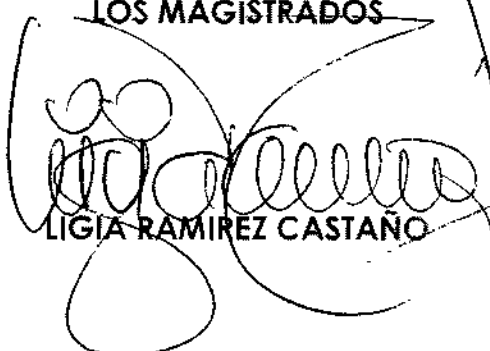
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: 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 CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

dlbt



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

JBG




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1399
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2003-00750-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TRECE (13) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



f: 152 a 163
(1.º)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 003-

Magistrado Ponente: Arturo Eduardo Matson Carballo

Cartagena de Indias, D. T. y C., Trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 319 / 2013

Tema: Supresión de cargo.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 001 2003 00750 01

II. PARTES

Demandante: JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia de fecha quince (15) de Junio de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que declaró probada de oficio la excepción de Ineptitud Sustantiva de la demanda y se inhibió de

pronunciarse sobre el fondo del asunto.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

El apoderado judicial del actor los plantea de la siguiente manera, la Sala destaca los más relevantes:

“3.1. El actor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO, prestó sus servicios personales al Distrito de Cartagena de Indias ininterrumpidamente desde el 26 de noviembre de 1985, hasta el 17 de enero de 2003, fecha ésta en que fue retirado del servicio por razón de la supresión de su cargo ordenada en el acto administrativo de carácter general y particular, es decir “mixto” denominado “DECRETO N° 0010 de 2002” fechado enero 13 de 2003, proferido por el señor CARLOS DIAZ REDONDO en su condición de Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias de manera ilegal; siendo el último cargo el de TECNICO EN SANEAMIENTO, Código 448, Grado 10.

3.2. El acto administrativo en cita le fue comunicado al actor el día 17 de enero de 2003, mediante oficio N° DTH 30994 2003, fechado enero 15 de 2003.

3.3. La asignación básica mensual del actor al momento de su retiro era de NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$956.091.00).

3.4. El acto administrativo de carácter “mixto”, contenido en el “DECRETO 0010 de 2002” fechado enero 13 de 2003, suprimió con nombre propio el cargo que desempeñaba el actor, motivo por el cual, se impone obtener previamente la NULIDAD de este tipo de acto en su carácter general, para proceder al RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO del actor, y por ello se solicitará expresamente la prejudicialidad correspondiente.

3.5. El acto administrativo generador de perjuicios a mi mandante fue expedido con falsa motivación y desviación de poder, elemento este que será determinado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la correspondiente sentencia, para, en consecuencia, obtener el restablecimiento del derecho laboral del mismo, mediante la cancelación de todos los salarios, prestaciones sociales y demás adehalas laborales que por culpa de la ilegal desvinculación deje de devengar, previa la ordenación de su reintegro al cargo que ocupaba al momento del retiro o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de los rendimientos financieros a que haya lugar.

3.6. Durante el tiempo de la relación laboral de mi mandante, observó buena conducta y prestó sus servicios personalmente sin ningún tipo de observación por parte de sus superiores y la causa de su retiro en momento alguno obedeció a procedimiento disciplinario previo o investigación disciplinaria, razón por la cual es procedente su reintegro y el pago de los valores laborales que durante su retiro deje de devengar.

(...)

3.10. No existen estudios técnicos que hayan sido elaborados para MODIFICAR la planta de cargos de la Alcaldía de Cartagena de Indias y que legalmente puedan servir de sustento suficiente para la MODIFICACION que se hizo a través del Decreto N° 010 de 2002, fechado enero 13 de 2003.

3.11. El supuesto "estudio económico" consignado en los considerandos del Decreto atacado y según el mismo Decreto "realizado por la Subdirección Administrativa del Departamento Administrativo de Salud Distrital "DADIS" no reúne los requisitos siquiera mínimos y necesarios para constituir un "estudio técnico" válido para la MODIFICACIÓN de la planta de cargos efectuada a través de dicho Decreto. Además el "estudio" en referencia fue elaborado como proyecto para REESTRUCTURAR el Departamento Administrativo Distrital de Salud "DADIS" y no para MODIFICAR la planta de cargos de la Alcaldía de Cartagena de Indias.

3.12. El supuesto "estudio económico" y no técnico al que estoy haciendo referencia, en el hipotético y remoto evento en que hubiese sido para REFORMAR o MODIFICAR la Planta de Personal de la Alcaldía de Cartagena de Indias, no estuvo fundado en necesidades del servicio o en la modernización de la administración distrital de Cartagena de Indias, en razón a que el mismo NO TUVO CONCLUSIONES que permitan subsumir las mismas en las cuales prescritas en el artículo 149 del Decreto Reglamentario 1572 de 1998, modificado por el Decreto 2504 de 1998.

3.13. Con base en la misma premisa, esto es, que la elaboración del supuesto "estudio económico" y no técnico, mal diseñado como proyecto para RESTRUCTURAR el Departamento Distrital de Salud "DADIS" y no para REFORMAR o MODIFICAR la Planta de Personal Global de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias sea el antecedente del Decreto N° 0010 de 2002 fechado enero 13 de 2003; resulta claro que el mismo no se soportó ni basó en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que complementaran como mínimo, "todos" los elementos contenidos en el Artículo 154 del Decreto 1572 de 1998.

(...)"

B- PRETENSIONES

Como pretensiones el demandante solicitó:

"2.1. Que es NULO el acto administrativo de carácter general y particular, es decir "mixto", denominado "DECRETO N° 0010 de 2002", fechado enero 13 de 2003, "por el cual se establece la Planta de Cargos de la Alcaldía de Cartagena de Indias D.T. y C., se eliminan unos cargos y se crean otros", proferido por el Alcalde de Cartagena de Indias y por el cual se suprimió el cargo del actor como Técnico en Saneamiento, Código 448. grado 10, al servicio del Distrito de Cartagena de Indias, proferido por el señor CARLOS DIAZ REDONDO en su condición de Alcalde del Distrito de Cartagena de Indias.

2.2. Como consecuencia de lo anterior, ordénese el reintegro del actor al cargo que desempeñaba al momento de su retiro o a otro de igual o superior categoría.

2.3. Así mismo condénese al Distrito de Cartagena de Indias, a pagar a mi mandante todos los salarios, prestaciones sociales y demás adehalas de carácter laboral dejados de devengar durante el término de su desvinculación, declarando que para todos los efectos laborales no existió solución de continuidad en el servicio.

2.4. Condénese al Distrito de Cartagena al pago de todos los rendimientos financieros que por concepto de ajustes al peso e intereses se generen, mes a mes, por la omisión en los pagos laborales como consecuencia del retiro ilegal del actor.

2.5. Ordénese al Distrito de Cartagena de Indias a pagar las prestaciones económicas derivadas de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2.6. Condénese en costas al Distrito de Cartagena de Indias, conforme lo dispuesto por el C.C.A.”

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

El actor señala como normas violadas:

- Constitución Nacional artículos 1, 2, 6, 25, 121, 122, 123, 209, 313 y 315.
- Ley 443 de 1998 artículo 41.
- Decreto 1572 de 1998 artículo 148 y 149.

El actor en cuanto al CONCEPTO DE VIOLACION expresa:

“VIOLACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, POR RAZON DE OMITIR EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.

La función administrativa de REFORMAR o MODIFICAR las plantas de personal de las entidades territoriales, bien sea creando, fusionando o SUPRIMIENDO cargos de la misma, es una actividad perfectamente “reglada”, esto es, que para su ejercicio el señor Alcalde de Cartagena, debió observar la totalidad del marco jurídico que le determina de accionar, circunstancias fácticas que no se tuvo en cuenta para la formación del acto acusado, por las siguientes razones:

(...) el “estudio técnico” existente lo fue para la “REESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA” del Departamento Administrativo Distrital de Salud “DADIS”, en clara alusión a la competencia constitucional asignada para los Concejos Municipales (Art. 313 numeral 6°), la cual en ningún momento fue delegada mediante facultad protempore, y por ende el Alcalde Distrital la ejerció extraordinariamente, es decir, sin facultades al proferir el Decreto N° 0010 de 2002, fechado 13 de enero de 2003.

Lo anterior permite establecer que el Alcalde de Cartagena de Indias confundió el supuesto estudio económico para la REESTRUCTURACION ADMINISTRATIVA del DADIS, con los estudios técnicos necesarios para REFORMAR las plantas de personal de las entidades territoriales, conforme al artículo 41 de la ley 443 de 1998, competencia ésta asignadas directamente por el constituyente de 1991 (art. 313 numeral 6°), sin ninguna condición distinta a la observancia de la ley al presupuesto Distrital adoptado mediante Acuerdo.

El estudio técnico que realizó el DADIS para REESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA de la misma y no para Reformar la planta de empleos de la Alcaldía de Cartagena, no se fundo (sic) en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, tal como lo ordena el artículo 41 de la ley 443 de 1998, reglamentado

por el artículo 148 y 149 del Decreto 1572 de 1998, ya que el mismo NO LO DEMOSTRÓ.

No hay criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, tal como lo exige el parágrafo del artículo 7° del Decreto 3504 de 1998, que modificó el artículo 149 del Decreto 1572 del mismo año.

D.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA (Folio 51 a 58)

La entidad demandada presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Como excepciones alegó:

- No agotamiento de la vía gubernativa.
- Inexistencia de Nulidad del acto demandado.
- Presunción de Legalidad.
- Inexistencia del Derecho invocado.

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 175 a 190)

El *a quo* declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y en consecuencia se inhibe para emitir concepto dentro del asunto, bajo las siguientes consideraciones:

"(...)

En el presente caso, tal situación se presente pues en la forma en que se realizó el retiro del cargo de la demandante así lo demuestra, en cuanto a que no obstante que con el Decreto N° 462 del 26 de Julio de 2001, se modificaron y se suprimieron algunos cargos de la planta de personal de la entidad enjuiciada, el acto administrativo que suprime el cargo del actor, el que pone a disposición de la actora la opción de recibir una indemnización u optar por el reintegro en la nueva planta de personal de la

demandada, es la Comunicación del 3 de Agosto de 2001, pues es con éste acto administrativo en que se ve reflejada la voluntad expresa de la administración de suprimir el cargo ocupado por la accionante y por consiguiente terminar su vinculación laboral.

Lo anterior, concluye que la comunicación varias veces mencionada fue la que afectó y definió la situación jurídica de la demandante, lo cual impone la necesidad de ser demandada en sede judicial si se pretendía por parte de la actora la nulidad de los actos que afectaron su situación, al no hacerlo la demanda fue interpuesta de manera incorrecta, pues era vital que junto con el Decreto 462 del 26 de julio de 2001, fuese demandada la Comunicación del 3 de Agosto de 2001, en cuenta que ambos actos administrativos forman una unidad sustancial.

Consecuencia distinta hubiese ocurrido, si el Decreto N° 462 del 26 de julio de 2001m hubiese suprimido la totalidad de los cargos de la misma denominación y clasificación a la que pertenecía el del accionante, o que el citado decreto hubiese sido preciso en señalar específicamente los cargos y los nombres de los empleados públicos a quienes se les suprimía el cargo; en estos dos eventos era indiscutible la procedencia de la acción incoada.

De los anteriores considerandos le permite definir al Despacho, que no es posible el estudio del fondo del asunto, por encontrar que no fue demandado el acto que definió la situación jurídica de la demandante, por tanto se declarará probada de oficio la excepción de ineptitud de la demanda en cuanto a que existen casos especiales y particulares donde las comunicaciones son verdaderos actos administrativos, como efectivamente sucedió en el caso particular, por lo tanto su no demanda denota una ineptitud en la demanda, por lo que habrá de proferirse un fallo inhibitorio.”

VI. LA APELACION (Folio 135 a 136)

El apoderado de la parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando la revocatoria de la misma, y a su vez que se concedan las pretensiones de la demanda, a saber:

"1. Erradamente, el fallo recurrido sustenta para negar las pretensiones de la demanda, que no fue demandada la nulidad de la comunicación mediante la cual se informó al demandante que su cargo había sido suprimido.

*2. La simple lectura del Decreto 010 de 2002, fechado enero 13 de 2003, cuya declaratoria de nulidad es el objeto de este proceso, claramente determinó en su texto y con nombre propio, la supresión del cargo que desempeñaba mi mandante **JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO** al servicio del Distrito de Cartagena de Indias.*

3. Establecido que el acto administrativo atacado suprimió expresamente el cargo que desempeñaba mi mandante, resulta claro que no era necesario demandar la nulidad del a comunicación hecha a mi mandante respecto de la supresión del cargo, pues incluso obra en el proceso copia de la constancia de publicación del acto administrativo de supresión expreso del cargo de mi mandante.

4. En virtud del error cometido por el señor juez, dejó de estudiar de fondo las pretensiones.

5. Por cuanto el acto administrativo atacado se sustentó en un estudio técnico que no concluyó la necesidad de suprimir el cargo de mi mandante y mucho menos se sustentó en criterios técnicos o económicos, conforme lo ordena la normatividad que sirvió de sustento a la demanda, dicho acto administrativo. En efecto, el estudio técnico sustento del acto administrativo, no sustentó técnica ni financieramente las razones que sustentaran la supresión del cargo de mi mandante, lo cual es requisito esencial para la supresión de un cargo de carrera administrativa, motivo por el cual la supresión del cargo de mi mandante fue llevada a cabo con evidente violación de la

ley 443 de 1998.

6. La certificación original aportada con la demanda, proveniente de la entidad demandada, permite concluir con total claridad que mi mandante ocupaba un cargo de carrera administrativa, motivo por el cual es beneficiario del debido proceso estipulado por la ley 443 de 1998 y debe ser reintegrado a su cargo."

VII. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 04 de junio de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha 14 de agosto de 2012 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.

IX.- CONSIDERACIONES.

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los juzgados administrativos del circuito de Cartagena.

2. Síntesis del caso

Se controvierte en el presente litigio por parte del señor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO, la legalidad y validez del Decreto No. 0010 del 13 de Enero de 2003, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias y a través del cual se ordenó la supresión de varios cargos de la planta de personal de la Alcaldía de

Cartagena, dentro de los cuales estaba precisamente el del demandante como TECNICO DE SANEAMIENTO CODIGO 448 Grado 10, acto administrativo del cual se pide su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente de una

parte en el reintegro de el actor al empleo que ocupaba o a uno similar o equivalente, y por otra a pagarle los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro de la entidad demandada como consecuencia de la supresión de su empleo hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.

3. Acto administrativo acusado

3.1 Decreto No. 0010 del 13 de Enero de 2003, (Folio 16 a 22) expedido por el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias y a través del cual se ordenó la supresión de varios cargos de la planta de personal de la Alcaldía de Cartagena, dentro de los cuales estaba precisamente el del demandante como TECNICO DE SANEAMIENTO CODIGO 448 Grado 10.

4. El problema jurídico a resolver.

Teniendo en cuenta los argumentos expresados por la parte demandante y la parte demandada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el acto administrativo contenido en Decreto No. 0010 del 13 de enero de 2003, expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias y por el cual se ordenó la supresión de varios cargos de la planta de personal de la Alcaldía de Cartagena, dentro de los cuales estaba precisamente el de la demandante como TECNICO DE SANEAMIENTO código 448 Grado 10, estuvo o no viciado de nulidad?

- **La supresión de empleos de carrera administrativa**

La supresión de empleos en el sector publico es un mecanismo de administración de personal, mediante el cual la autoridad competente procede a eliminar de la planta de personal de un determinado organismo, uno o varios cargos, circunstancia que comporta la separación del mismo de la persona que lo estuviere desempeñando y, por ende, la cesación en el ejercicio de funciones públicas.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, ha de concluirse que la supresión de empleos es una competencia constitucional y legal que, per se, no puede tenerse como violatoria de norma alguna y frente a la cual, una vez ejercida, los afectados pueden acudir al control de legalidad por la vía judicial condicionándose el éxito de su demanda a la prueba de la ilegalidad del acto de supresión.

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

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

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

*Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. **Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las necesidades del servicio y las técnicas de***

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

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

análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-994 de 2000

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

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

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

Artículo 148°.- Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las **necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución**, las cuales estarán **soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.**

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

1. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
2. Supresión, fusión o creación de dependencias.
3. Modificación de las funciones generales institucionales o de las dependencias.
4. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
5. Eliminación, simplificación o creación de procesos o trámites.

6. *Eliminación o reducción de prestación de servicios o la creación de nuevos servicios.*
7. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
8. *Introducción de tecnología.*
9. *Culminación o cumplimiento de planes, programas, proyectos o funciones cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajustan al desarrollo de nuevos planes, programas, proyectos o funciones de la entidad.*

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

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

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

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

aplique las normas transcritas, apartarse de lo sujeto en ellas.

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

6. El caso concreto

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

1. Copia auténtica del Decreto No. 0010 de enero 13 de 2003 (F. 16 a 22), mediante el cual la entidad demandada establece la nueva planta de cargos de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C. se eliminan unos cargos y se crean otros, suprime los no establecidos en ella.
2. Documento original contentivo del Oficio N° DTH 3094 de 2003 suscrito por la Directora de Talento Humano del Distrito de Cartagena de Indias, mediante el cual se le informa al actor que el cargo que venía desempeñando (Técnico en Saneamiento código 448 grado 10) del Departamento Administrativo Distrital de Salud DADIS, había sido suprimido.
3. Documento original contentivo de la certificación expedida por la Directora de Talento Humano de fecha 24 de abril de 2003 mediante el cual se establece que el actor fue nombrado mediante resolución N° 1580 del 26 de noviembre de 1985 emanada del Servicio Seccional de Salud de Bolívar como

PROMOTOR DE SANEAMIENTO GRADO II, desempeñándose en el cargo hasta el día 5 de junio de 1997. Posteriormente mediante Decreto de incorporación N° 0462 de fecha 30 de mayo de 1997 al actor se le incorpora a la planta de personal del Distrito, tomando posesión a través de acta de posesión N° 598 del 6 de junio de 1997 hasta el 2 de septiembre de 2001. Finalmente es incorporado al cargo de TECNICO EN SANEAMIENTO DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD "DADIS" Código 448 grado 10 desde el 3 de septiembre de 2007 (mediante Decreto de incorporación N° 0552 del 3 de septiembre de 2001) hasta el 17 de enero de 2003, cuando se expide el Decreto N° 0010 del 13 de enero 2003.

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

El segundo de ellos, para esta Sala es un simple acto de comunicación, mediante el cual se le hace saber al actor de la supresión del cargo que venía desempeñando, siendo el Decreto 0010 de 2003 el acto por el cual se ordena la supresión de dicho cargo. Distinta la posición adoptada por el Juez *a quo*, quien en sus consideraciones manifestó que en el presente caso se trata de un acto administrativo de naturaleza mixta, es decir, que el actor no solamente debió demandar el acto por el cual se reestructura la planta de personal, sino también aquel que comunica de dicha supresión; y en consecuencia de ello se inhibe de fallar el fondo del asunto.

El tercero, como se dejó dicho anteriormente, señala el tiempo de vinculación del actor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias en donde se puede evidenciar que el mismo se encontraba incorporado a la planta de personal.

Sobre el tema de "incorporaciones a la planta de personal de una entidad" el H. Consejo de Estado⁴ ha manifestado lo siguiente:

"En cuanto al argumento según el cual la administración adelantó la reestructuración del nivel central con inobservancia del Decreto No. 1572 de 1998 es necesario precisar que para la fecha de expedición de los actos acusados, por los cuales se modificó la planta de personal del Municipio de Piedecuesta Santander y se determinó el retiro del actor, se encontraba vigente la Ley 443 de 1998 y su artículo 41 ya había sido reglamentado por el Decreto No. 1572 del mismo año, precepto que prevé los parámetros y procedimientos para la modificación de plantas de personal, modificado a su vez, en algunas de sus disposiciones, por el Decreto No. 2504 de 1998, siendo estas las normas a las que debió sujetarse la administración municipal para expedir los actos impugnados. Tratándose de supresión de empleos de carrera administrativa, las referidas disposiciones legales consagran como exigencia previa para ese particular proceso, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma a las plantas de personal. Se trata entonces de una formalidad, como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inobservancia genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que le siguen, en tanto se configura una expedición irregular. Por tratarse entonces de una actuación administrativa esencialmente reglada, como en efecto lo es el proceso de reestructuración administrativa, en donde la ley le señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal (Ley 443 de 1998), pues su accionar está siempre determinado en una norma de derecho positivo y su desarrollo no puede estar al libre albedrío de la autoridad."

Siendo así las cosas, si bien dentro del expediente no obra prueba de que el actor haya estado vinculado al ente demandado a través de la carrera administrativa, si se evidencia de la certificación visible a folio 11 que el señor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO, fue incorporado a la planta de personal del ente demandado a través de sendos decretos y debidamente posesionado, siendo el último cargo desempeñado el de TECNICO EN SANEAMIENTO del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD "DADIS", Código 448 grado 10.

Por otro lado se advierte que no obra dentro del expediente la prueba del Estudio Técnico realizado por la entidad demandada, al momento de entrar a suprimir los

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de fecha 12 de febrero de 2009. Radicación N° 68001-23-15-000-1999-00536-01(1266-08). Actor Margarita Mantilla Mantilla Demandado: Municipio de Piedecuesta – Santander

cargos de la planta de personal, dentro de los cuales se encontraba el cargo ostentado por el hoy demandante.

Es de advertir que sobre este punto del Estudio Técnico, esta Sala Especial de Descongestión 003 ya hizo varios pronunciamientos de fondo⁵ sobre un caso similar, en el que se observa similitud de pretensiones, acto administrativo acusado, ente demandado y supresión del mismo cargo, es decir, el cargo de TECNICO DE SANEAMIENTO AMBIENTAL código 448 grado 10. Es por esto que en sentir de esta Sala y a fin de evitar un fallo inhibitorio en el caso sub examine, se acogerá lo dicho en cuanto al Estudio Técnico en el fallo de fecha 06 de septiembre de 2012 y de fecha 07 de marzo de 2013.

Dichos pronunciamientos respecto del Estudio Técnico señalaron:

(...)

En el segundo de los documentos se plasma una introducción, justificación, misión y visión en lo que se denomina Proyecto de Reestructuración del Departamento Administrativo Distrital de salud, describiendo la estructura administrativa de ese dependencia distrital, objetivo del proyecto, descripción y análisis de la situación actual, señalando debilidades, oportunidades, fortalezas, amenazas, recomendaciones de gestión y de actos administrativos, concluyendo en una exposición de motivos que dan cuenta de la imposibilidad de seguir asumiendo con recursos ordinarios, el pago de los técnicos de saneamiento y promotoras de salud del DADIS para el año 2003, por lo que se considera que el DADIS debe aplicar una reestructuración administrativa.

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

Así, de lo anterior podemos tener como demostrado, en torno a la situación jurídica del demandante, que estuvo vinculado al Distrito de Cartagena, hasta que se decide

⁵ Sentencia de fecha 06 de septiembre de 2012. Demandante: DOMINGO RAFAEL SUAREZ. Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS. Magistrado Ponente: Arturo Eduardo Matson Carballo. Tribunal Administrativo de Bolívar; y Sentencia de fecha 07 de marzo de 2013. Demandante: ANUAR SALAZAR DE LA ROSA. Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS. Magistrado Ponente: Arturo Eduardo Matson Carballo. Tribunal Administrativo de Bolívar.

suprimir el cargo de Técnico de Saneamiento, Código 448, grado 10; que el Alcalde Mayor con el acto acusado alteró la estructura de la administración, estableciendo una nueva planta de cargos, creando y suprimiendo empleos de la administración, bajo consideraciones de haberse elaborado los estudios de que tratan los artículos 41 de la ley 443 de 1998, 148 y 154 del decreto 1572 de 1998 modificado por el artículo 9 del decreto 2504 de 1998, y en los que se concluye que el Distrito no cuenta con los recursos financieros para mantener la totalidad de los empleos señalados, por lo que se hace necesario eliminar unos cargos de la planta de personal.

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

Todo lo anterior demuestra una circunstancia que hace anulable el acto demandado, al desconocerse uno de los presupuestos consagrados en la Ley 443 de 1998, que derivan en una expedición irregular del decreto acusado, siendo claro para la Sala que los estudios adelantados por la Dirección del DADIS, no pueden entenderse como unos estudios técnicos a la luz de la Ley 443 de 1998, pues como antecedentes del acto administrativo acusado, no respaldan la decisión de la administración contenida en el acto que se acusa.

Llama la atención de la Sala, que el acto administrativo en sus consideraciones se refiere a estudios económicos realizados por la Subdirección Administrativa del departamento Administrativo de Salud Distrital DADIS, y los documentos analizados son expedidos por la Directora de dicho ente, lo cual hace aún más reprochable el actuar de la parte demandada, pues a todas luces es claro que su defensa se sustenta en lo aportado a folios 48 a 67, solicitándose y aportándose posteriormente a folios 280 a 339 – de modo que, la inexistencia de lo referenciado en el acto acusado, habla igualmente de una falsa motivación.

Así no le queda a la Sala más que concluir, que la administración distrital no contó con un real estudio técnico en los términos exigidos por la ley, situación que hace viable el retiro del ordenamiento jurídico, de la decisión que afectó la situación laboral y particular del demandante, en esas condiciones, el referido documento, a juicio de la Sala no podía servir como estudio técnico serio para soportar la supresión de empleos dispuesta por el acto impugnado.

(...)"

Sobre este punto, ha tenido oportunidad de pronunciarse el Consejo de Estado⁶, dejando sentada su posición, tal y como lo consignó en reciente pronunciamiento:

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

Visto todo lo antes expuesto, da cuenta de que existen circunstancias que hacen que el acto administrativo acusado (Decreto 0010 de 2003) sea susceptible de ser anulado, toda vez que va en contra vía de lo dispuesto en la Ley 443 de 1998, situaciones que llevan a una expedición irregular del pluricitado decreto, y consecuentemente no pueden entenderse aquellos, como verdaderos ESTUDIOS TECNICOS, toda vez que los antecedentes del mismo no sirven de motivos para el acto administrativo acusado.

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Bogota, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02280-02(1246-10) Actor: JOHN JAIRO CARO CARDENAS Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Por lo anterior, encuentra la Sala que si hubo una falsa motivación del Decreto 0010 de enero 13 de 2003, por cuanto se amparó en unos supuestos estudios técnicos que en realidad no lo eran, con lo que se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, y de contera se despacharán favorablemente las pretensiones de la demanda.

Por todo lo anterior esta Sala declarará la nulidad parcial del Decreto de 010 de 2002, únicamente en lo que afecta al señor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO identificado con cédula de ciudadanía No. 93.363.187 de Cartagena, y como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la ALCALDIA MAYOR DEL DISTRITO DE CARTAGENA reintegrar al señor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO en el cargo de TECNICO DE SANEAMIENTO CÓDIGO 448 GRADO 10, o a uno similar o equivalente que exista en la entidad y a cancelarle los salarios dejados de percibir desde su ilegal desvinculación hasta que se produzca su efectivo reintegro, así como también el pago de las respectivas prestaciones sociales y aportes parafiscales, condenas económicas que deberán ser reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A.

En relación con la condena en costas solicitada por el actor, este despacho no accederá a dicha pretensión, en atención a que no existe a juicio de esta judicatura, una intención temeraria o dilatoria por parte de la entidad accionada, y la no aplicación al derecho invocado en instancia administrativa, se debe a una interpretación normativa que conlleva a la exposición de un criterio.

DECISION:

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: Revocar la sentencia de fecha quince (15) de junio de dos mil doce (2012), dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cartagena, por la cual se declara probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y en consecuencia se inhibe de emitir un pronunciamiento de fondo.

SEGUNDO: Declarase la Nulidad del Decreto No.0010 de enero 13 de 2003, pero solo en cuanto ordenó la supresión del empleo del demandante JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.-

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenase a la ALCALDIA MAYOR DEL DISTRITO DE CARTAGENA reintegrar al señor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO en el cargo de TECNICO DE SANEAMIENTO CÓDIGO 448 GRADO 10, o a uno similar o equivalente que exista en la entidad, pero solo en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de la declaratoria de la supresión del cargo, esto es, en provisionalidad, y a cancelar los salarios dejados de percibir desde su ilegal desvinculación hasta que se produzca su efectivo reintegro, así como también el pago de las respectivas prestaciones sociales y aportes parafiscales.

Parágrafo: De los anteriores pagos, deberá serle descontado al señor JESUS ADOLFO VELLOJIN NAVARRO, la suma que hubiese sido recibida por él a título de indemnización por supresión de empleo.-

Las anteriores condenas económicas serán reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$V = VH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (v) se determina multiplicando el valor histórico (VH), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha del retiro, teniendo en cuenta los aumentos legales producidos durante dicho período.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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


SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copia para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

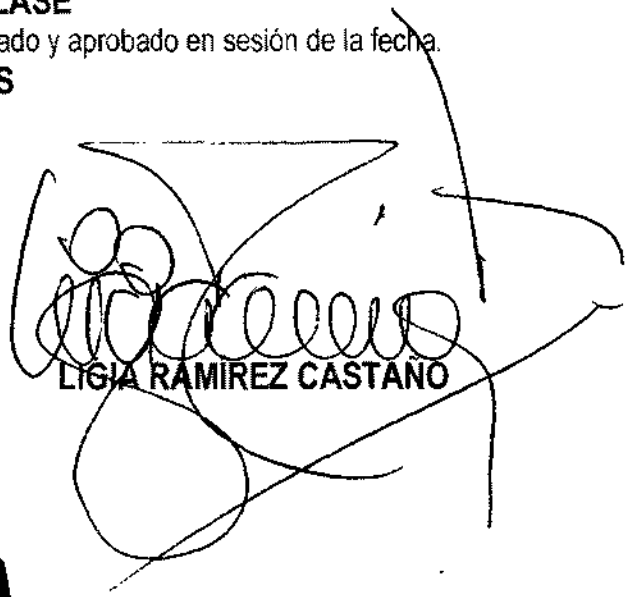
SEPTIMO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al juzgado de origen.

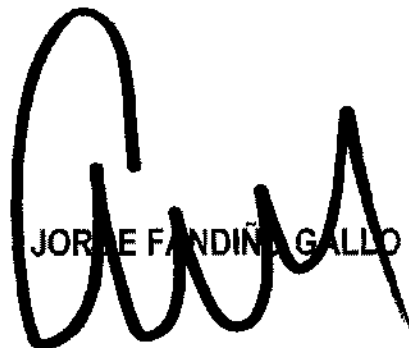
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

DD 001



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1400
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION POPULAR
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO
DEMANDANTE	: WILMAN HERRERAS MENDOZA
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2011-00118-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	CINCO (05) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARÍA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 1

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

Magistrado ponente: JOSE FERNÁNDEZ OSORIO

Referencia : Clase de proceso: Acción Popular
Actor: Wilman Herrera Mendoza
Demandado: Distrito de Cartagena y Otros
Radicado: 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Tema: Invasión del espacio público – Terrenos de bajamar

Procede la Sala a dictar sentencia dentro de la acción popular instaurada por el señor WILMAN HERRERA MENDOZA, contra el DISTRITO DE CARTAGENA y la CAPITANÍA DE PUERTO DE CARTAGENA, por considerar vulnerados los derechos colectivos al goce de espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

"1. Que se declaren vulnerados los derechos colectivos: del goce de espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, descrito en el hecho cuarto de la presente acción.

2. Que se ordene a la Doctora JUDITH PINEDO FLOREZ en su (...) y C. (sic) o a quien haga sus veces, implementar en forma constante un programa de recuperación de los bienes de uso público de la ciudad como primera autoridad de policía del Distrito de Cartagena.

3. Que se ordene a la entidad demandada la adopción de programas de cultura ciudadana e implementación Distrital, para educar a los cartageneros y evitar así la ocupación de los bienes de uso público y consecuentemente el respeto del interés general sobre el particular".

HECHOS RELEVANTES

Como fundamento de sus pretensiones, el actor manifiesta que la ocupación indiscriminada de los espacios públicos de esta ciudad, se ha tornado preocupante y se ha generalizado entre la mayoría de cartageneros, sin que la Administración Distrital realice acciones en defensa del goce y utilización de los bienes de uso público, donde los particulares realizan construcciones y edificaciones, sin respetar las disposiciones jurídicas y sin dar prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 2

Señaló también, que en un inmueble ubicado en el barrio Manga en la Carrera 18A No. 29 – 28, se realizaron rellenos en terreno de bajamar y aguas marítimas someras pertenecientes al caño de Bazurto.

Así mismo, indicó que para determinar la ocupación de los bienes inmuebles que se encuentran bajo la jurisdicción de la DIMAR, se analizó la escritura pública No. 1018 de 19 de abril de 1989, de la cual concluyó que existe ocupación de bienes de uso público por particulares en el barrio Manga carrera 18A No. 29 – 28 apartamento No. 4 y cuyas dimensiones son: 8.9 metros de largo por 16.2 metros de ancho para un área total de relleno en zona de bajamar de 11 M2.

LA DEFENSA

Distrito de Cartagena de Indias (fl. 18 – 24)

El apoderado del Distrito de Cartagena, en su escrito de contestación manifestó que lo narrado por el actor popular obedece a una percepción equivocada e incompleta; por el contrario, afirmó que el Distrito de Cartagena incluso antes de que constitucionalmente se implementaran las acciones populares, ha contemplado en sus programas, planes de acción y presupuesto, numerosas estrategias y mecanismos logísticos tendientes a hacer que se respete la Constitución y la ley, especialmente en lo que respecta a la protección, conservación y buen uso de los bienes públicos, entre los que se encuentran distintos acuerdos municipales o la misma estructura administrativa del Distrito de Cartagena, la que en varias dependencias, acorde a la jurisdicción y sus competencias jurídicas, urbanísticas y/o de control, por iniciativa propia o por solicitud de la comunidad, han realizado los trámites administrativos y operaciones tendientes a la recuperación de los bienes de uso público y difusión de las campañas pedagógicas que sensibilicen a la comunidad para que ayuden a proteger y conservar los cuerpos de agua, evitando que los invadan o rellenen.

Señaló también, que la situación se torna problemática por las especiales condiciones geográficas del Distrito de Cartagena, donde abundan los caños, ciénagas y lagunas, de tal manera, que se torna imposible cubrir al cien por ciento la inspección y control de todas las zonas de bajamar, costeras y las que bordean los caños y lagunas.

Adujo además, que el Distrito de Cartagena no ha violado ni por acción ni por omisión, el derecho e interés colectivo consagrado en el literal "d" del artículo 4



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 3

de la Ley 472 de 1998, y por consiguiente, considera que la acción popular debió dirigirse contra el particular que según el dicho del accionante realizó el relleno sobre terrenos de bajamar y aguas marítimas someras, pertenecientes al caño de Bazurto.

A su vez, propuso como excepciones de mérito las siguientes:

Improcedencia de la acción por inexistencia de la vulneración, cumplimiento de la demandada de sus obligaciones constitucionales y legales y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Al respecto, manifestó que del mismo relato del actor se infiere que no existe, ni ha existido por parte del Distrito de Cartagena, amenaza ni vulneración de los derechos colectivos que se pretenden proteger, toda vez que, sus actuaciones se han regido y motivado bajo los preceptos constitucionales y legales, dándole cumplimiento a los deberes y responsabilidades que le han sido confiadas como ente territorial. Indicó además que, al no estar determinado si el bien a que hace referencia el actor popular, en efecto comprende un área de bajamar o aguas marítimas, no le es dable ordenar su restitución como lo plantea el actor.

Buena fe

Como fundamento de esta excepción, manifiesta que en todo momento el Distrito de Cartagena ha obrado bajo el postulado de la buena fe, y que no ha dejado de cumplir con sus obligaciones, ni ha evadido las regulaciones en lo que concierne a la defensa, protección y recuperación de los bienes de uso público.

Nación – Ministerio de Defensa- Dirección General Marítima (fl. 25 – 29)

El apoderado de la Dirección General Marítima, en su escrito de contestación, manifestó que si bien existe una ocupación ilegal de un bien de uso público, se debe tener en cuenta que en su momento las autoridades policivas debieron proceder a la restitución del mismo, función que no es competencia de la DIMAR.

Señaló además, que en el año 1993 la Capitanía de Puerto de Cartagena, con fundamento en una solicitud de la Alcaldía Mayor de Cartagena dentro del programa de recuperación de bienes de la Nación, nombró a unos peritos para determinar la jurisdicción de la Dirección General Marítima sobre unos terrenos



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00

Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 4

ubicados en el barrio Manga Carrera 18 A No. 29-28 Apto. No. 4, colindantes con el caño Bazurto, quienes incluyeron como conclusiones del informe pericial, entre otras, las siguientes:

"Un Área de terrenos de bajamar y aguas marítimas someras rellenos artificialmente correspondientes a la Nación de ciento cuarenta y cuatro (144.0) metros cuadrados.

Un área de terreno considerado de no bajamar de ciento diez y siete punto seis (117.6) metros cuadrados.

Todo el predio inspeccionado se encuentra bajo la jurisdicción de DIMAR"

Indicó también, que una vez cumplida la solicitud de la Alcaldía Mayor de Cartagena dentro del programa de desarrollo ambiental de los caños, lagos y lagunas de Cartagena llevado a cabo por EDURBE S.A. en 1993, procedía la correspondiente solicitud de restitución, de conformidad con el artículo 132 del Código Nacional de Policía, la cual debió materializarse a través de un acto administrativo emitido por la Alcaldía Mayor de Cartagena, en aras de obtener la recuperación efectiva del bien de uso público ocupado.

En ese sentido, concluyó que la Capitanía de Puerto actuó diligentemente como resultado de lo solicitado por la Administración Distrital para determinar técnicamente la condición del terreno. Aclaró que, los límites de las actuaciones dentro de la competencia de la DIMAR fueron agotadas con la caracterización técnica del área involucrada, situación que conoció oportunamente la Alcaldía Mayor de Cartagena, por ser dicha entidad quien solicitó el estudio técnico y la competente para llevar a cabo la restitución del bien de uso público ocupado ilegalmente por los particulares.

Finalmente, solicita que se desvincule del proceso a la Dirección General Marítima.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS

La señora AYDA REYES ALCOCER, fue vinculada a la acción popular de la referencia, en su calidad de residente en el predio ubicado en el barrio Manga carrera 18 A No. 29 – 28.

En su escrito de contestación (fl. 86 – 88), manifestó que ni el accionante ni la DIMAR han tenido en cuenta la historia del bien, toda vez que, el mismo no puede ser considerado de uso público por expresa disposición del artículo 684 del Código Civil, según el cual en cuanto al dominio de la Unión sobre los ríos, lagos e islas, subsistirán los derechos adquiridos por particulares de acuerdo con



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 5

la legislación anterior a dicho código, amparado por la Constitución de 1886 en su artículo 31 y la de 1991 en su artículo 58.

De igual manera, manifestó que la isla de Manga en el siglo pasado era en su totalidad propiedad de particulares, siendo sus dueños Felix Martínez de León, Nicolás de Zubiría de León, Manuel Francisco de Zubiría y Antonio de Zubiría, y con posterioridad, fue adquirida en su totalidad por el señor Dionisio Jiménez en el año 1908, y que fue este señor quien trazó la calle de Rochela que estaba cerca del caño y esto originó los primeros rellenos en el sector, situación que en su parecer era lícita, por estar regido por el Art. 684 del Código Civil y no estar dentro de los bienes de la Unión.

Por lo anterior, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión dentro de la oportunidad correspondiente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para este caso, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto considera que efectivamente se demostró en este caso que el inmueble ubicado en el barrio Manga Carrera 18 A No. 29 – 28 se ha adentrado en zonas de bajamar y aguas marítimas del Caño de Bazurto, y dado el carácter público de estas zonas por disposición del artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, la propiedad privada se encuentra haciendo uso de un territorio de uso común, cual es el espacio público, vulnerándose de forma clara el derecho colectivo al goce del espacio público.

Adicionalmente, se refirió a la defensa de la propietaria del inmueble con anterioridad a la vigencia del Código Civil, resaltando que no se encuentra en el expediente prueba alguna que acredite dicha afirmación, motivo por el cual no procede la aplicación del artículo 684 del Código Civil (fl. 222 – 237).

TRÁMITE PROCESAL

El conocimiento de la acción popular de la referencia, le correspondió inicialmente al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual mediante auto de 8 de abril de 2008 (fl. 12 – 13), admitió la demanda,



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 6

ordenando la notificación personal de los representantes legales de las entidades accionadas.

Por auto de 15 de agosto de 2008 (fl. 50 – 51), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó la solicitud de amparo de pobreza hecha por la parte demandante. El 4 de diciembre de 2008 (fl. 79) se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida por inasistencia del actor popular.

Mediante auto de 20 de enero de 2009 (fl. 81 – 82), se citó de oficio al trámite de la acción popular, a la señora AYDA REYES ALCOCER, en su calidad de propietaria del inmueble respecto del cual se afirma está invadiendo terrenos de uso público.

Por auto de 6 de agosto de 2009 (fl. 102 – 105), se abrió a pruebas la acción popular de la referencia. Mediante auto de 28 de enero de 2011 (fl. 218 – 218), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró la falta de competencia para continuar conociendo del presente proceso, y ordenó remitir el expediente con todos sus anexos a este Tribunal.

Mediante auto de 15 de marzo de 2011 (fl. 222 – 224), este Despacho aprehendió el conocimiento del proceso, y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. El Agente del Ministerio Público rindió concepto dentro del término establecido para ello (fl. 225 – 237).

Por auto de 18 de julio de 2011 (fl. 241 – 242), se decretó la nulidad del numeral segundo del auto de 15 de marzo de 2011, por el cual se dio traslado a las partes para alegar de conclusión, ordenando entonces, dar traslado a las partes del dictamen pericial obrante en el expediente.

Luego, por auto de 26 de septiembre de 2011 (fl. 244) se declaró la legalidad de lo actuado en el proceso, y se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión. El expediente entró al despacho para dictar sentencia el 7 de diciembre de 2011, sin embargo, por auto de 28 de enero de 2012 (fl. 247), se decretó la práctica de una prueba que se consideró necesaria para resolver de fondo el asunto. El expediente regresó al despacho el 4 de julio de 2012 (fl. 249).

Antes de dictar sentencia, por auto de 30 de julio de 2012 (fl. 250 – 251), se decretó una inspección judicial con el fin de verificar directamente si el predio ubicado en el barrio Manga, carrera 18 A No. 29 – 28, se encontraban



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

*Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros*

Página 7

invadiendo terrenos de bajamar; la diligencia se llevó a cabo el 3 de octubre de 2012 (fl. 304), con intervención de un perito de la DIMAR.

El 11 de enero de 2013 el Capitán de Puerto de Cartagena presentó el dictamen pericial que le fue solicitado en la inspección judicial (fl. 313-315). Del mencionado dictamen, se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días mediante auto de 25 de febrero de 2013 (fl. 317). El apoderado de la señora Ayda Reyes Alcocer presentó objeción por error grave al dictamen, mientras que el apoderado del Distrito de Cartagena solicitó aclaración y complementación del dictamen, motivo por el cual por medio de auto de 2 de mayo de 2013 (fl. 321) se ordenó requerir al Responsable del Área de Litorales de la Capitanía de Puerto de Cartagena, para que aclarara el concepto técnico de jurisdicción por él presentado.

La aclaración del dictamen pericial fue presentada el 12 de septiembre de 2013 (fl. 330), de la cual se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días, mediante auto de 15 de septiembre de 2013 (fl. 331).

Vencido el traslado anterior, el expediente reingresó al despacho el 3 de octubre de 2013 para dictar sentencia (fl. 332).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1395 de 2010, que adicionó un nuevo numeral al artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de una acción popular interpuesta contra entidades del orden nacional.

2. Problema jurídico

Se debe establecer en este caso, si existe una vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

(i) Si el inmueble ubicado en el barrio Manga, carrera 18 A No. 29 – 28, está construido sobre terrenos de bajamar que se consideran de uso público.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 8

(ii) ¿Qué entidad tiene la competencia para adelantar el proceso de restitución de bienes de uso público, la Alcaldía de Cartagena o la Dimar?

(iii) ¿Son oponibles los derechos de propiedad privada alegados por la actora, frente a los terrenos de bajamar?

3. Marco jurídico aplicable

3.1. Generalidades de la acción popular

La Constitución Nacional consagra una serie de acciones tendientes a la protección directa de los derechos de las personas. Entre estas acciones se encuentra la Acción Popular, consagrada en el artículo 88 de la Carta Política, en el que se señala lo siguiente:

"ART. 88- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos"

En cumplimiento de la norma anterior, el legislador expidió la Ley 472 de 1998, por medio de la cual se desarrolla el artículo citado en relación con el ejercicio de la Acción Popular. En el artículo segundo de esta ley, se establece:

"ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

Ahora bien, las acciones populares se caracterizan por su naturaleza preventiva y principal. En virtud de la primera de las características, la acción popular puede ser instaurada sin que exista un daño o perjuicio en los derechos e intereses que busca amparar. De esta forma, basta sólo con que exista una amenaza o riesgo de que produzca un daño, para que se pueda hacer uso de esta acción constitucional. En relación con la segunda de las características, se tiene que, la acción popular no fue prevista en la Constitución Política como una acción de carácter subsidiario, esto debido a la naturaleza colectiva de los derechos e intereses que busca amparar. De esta manera, su regulación



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

constitucional y legal permite su procedencia de forma autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial.

Respecto de la naturaleza, finalidad y características de las acciones populares, la Corte Constitucional ha precisado mediante sentencia de tutela N° T-528 del 18 de Septiembre de 1992, lo siguiente:

"(. .)

En este orden de ideas se observa que el inciso primero del artículo 88 de la Carta, al consagrar las denominadas Acciones Populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas, señala también el ámbito material y jurídico de su procedencia, en razón de la naturaleza de los bienes que se pueden perseguir y proteger a través de ellas; éstas aparecen previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública; Igualmente, se señala como objeto y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de estas acciones, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. Esta lista no es taxativa sino enunciativa y deja, dentro de las competencias del legislador, la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza, la cual le asigna un gran valor en procura de uno de los fines básicos del Estado Social de Derecho como es el de la Justicia.

Característica fundamental de las Acciones Populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es que permiten su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto y en consecuencia no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas. Desde sus más remotos y clásicos orígenes en el Derecho Latino, fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses colectivos, sobre cuya protección no siempre cabe la espera del daño; igualmente buscan la restitución del uso y goce de dichos intereses y derechos colectivos. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia en este apartado, no permiten duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo y restitutorio y se insiste ahora en este aspecto, dadas las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta Corporación, para evitar y corregir equívocos como el advertido en la primera de las sentencias que se examinan.

Además, su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones u omisiones y, por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas, atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales" (Resaltado fuera del texto).

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de fecha 17 de julio de 2008, expediente No. 68001-23-15-000-2002-01460-01 (AP), donde expresó:

"En anteriores oportunidades, la Sala ha puesto de presente que tratándose de una acción de naturaleza preventiva, procede amparar los derechos colectivos cuando se demuestra la situación causante de amenaza".

3.2. De la naturaleza de los terrenos de bajamar



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 10

El Decreto Ley 2324 de 1984 "Por el cual se reorganiza la Dirección Marítima y Portuaria", establece en su artículo 166 que entre los bienes de uso público se encuentran los **terrenos de bajamar**, los cuales son intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del citado Decreto, y que, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo.

En el numeral cuarto del art. 167 del mismo decreto, se definen los **terrenos de bajamar** como aquellos "que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando ésta baja".

En el artículo 169 se regula el tema de las concesiones, estableciendo que la Dirección General Marítima, podrá otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar, exigiendo para tal fin los siguientes requisitos:

"1. Presentar solicitud formal de concesión ante la Dirección General Marítima y Portuaria, por intermedio de las Capitanías de Puerto, indicando ubicación y linderos del terreno o zona en que se requiere construir, así como su extensión.

2. La solicitud debe acompañarse de los siguientes documentos:

a) Una certificación del Alcalde o autoridad policiva correspondiente en la cual conste que el terreno sobre el cual se va a construir no está ocupado por otra persona; que no está destinado a ningún uso público, ni a ningún servicio oficial; que la construcción proyectada no ofrece ningún inconveniente a la respectiva municipalidad.

b) Los planos de la construcción proyectada, levantados por personas o firmas autorizadas para estos fines;

c) Un concepto el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), en que se exprese que las explotaciones o construcciones para las cuales se solicita el permiso no son contrarias a las normas de conservación y protección de los recursos naturales renovables existentes en la zona;

d) Concepto de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia en que conste que las explotaciones o construcciones que se pretenden adelantar no interfieren los programas de desarrollo turístico de la zona;

e) Estudios de vientos, mareas, corrientes y profundidades, así como de constitución y resistencia de los suelos;

f) Certificación de la empresa "Puertos de Colombia" en la que se exprese que no existe ningún proyecto de instalaciones portuarias sobre el terreno o zona;

g) Paz y salvo de la Administración de Hacienda Nacional y de la Contraloría General de la República por todo concepto".



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 11

Así mismo, en el numeral 21 del artículo quinto del decreto en cita, se establece que la DIRECCIÓN MARÍTIMA Y PORTUARIA es la autoridad competente para "Regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, **terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción**" (Negrillas fuera de texto).

De las anteriores normas, se desprende claramente que la custodia y regulación de los terrenos de bajamar, está en cabeza de la Dirección General Marítima, que los mismos se entienden como bienes de uso público, que no pueden ser adquiridos por particulares por ningún título, y que respecto de ellos solamente se pueden otorgar concesiones por parte de la DIMAR, previa certificación de la autoridad policiva correspondiente, sin que dichas concesiones representen en modo alguno un título de propiedad para los particulares.

3.3. El concepto de espacio público

La Ley 9ª de 1989 "por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones", en su artículo quinto define el concepto de espacio público, en los siguientes términos:

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

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos¹3), para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, **los terrenos de bajamar**, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que **constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo**". Negrillas fuera de texto.

En el artículo 65 de la misma norma se establece que quienes pretendan realizar algún tipo de construcción, deben solicitar la respectiva licencia ante la autoridad correspondiente².

² "ARTICULO 65 Las solicitudes de licencias y de patentes serán comunicadas a los vecinos, a quienes se citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos, en los términos previstos por los artículos 14 y 35 del Decreto ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 12

Por su parte el artículo 66 de la citada ley (modificado por el art. 2 de la Ley 810 de 2003), establece las sanciones que se deben imponer cuando se infrinjan las normas urbanísticas:

"Las infracciones urbanísticas darán lugar a la aplicación de las sanciones que a continuación se determinan, por parte de los alcaldes municipales y distritales y el gobernador del departamento especial de San Andrés y Providencia, quienes las graduarán de acuerdo con la gravedad de la infracción y la reiteración o reincidencia en la falta, si tales conductas se presentaren:

{...}

4. Multas sucesivas entre treinta (30) y doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, para quienes ocupen en forma permanente los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización de las autoridades municipales o distritales, además de la demolición del crecimiento y la suspensión de servicios públicos, de conformidad con lo señalado por la Ley 142 de 1994. Esta autorización podrá darse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual del parque o zona verde.

En la misma sanción incurrirán quienes realicen intervenciones en áreas que formen parte del espacio público, sin la debida licencia o contraviniéndola, sin perjuicio de la obligación de restitución de elementos que más adelante se señala.

5. La demolición total o parcial de las obras desarrolladas sin licencia o de la parte de las mismas no autorizada o ejecutada en contravención a la licencia.

Parágrafo 1º.- Si dentro de los plazos señalados al efecto los infractores no se adecuan a las normas, ya sea demoliendo las obras realizadas en terrenos no urbanizables o parcelables, solicitando la licencia correspondiente cuando a ello hubiere lugar o ajustando las obras a la licencia se procederá por la autoridad competente a la imposición de nuevas multas sucesivas, en la cuantía que corresponda teniendo en cuenta la reincidencia o reiteración de la conducta infractora, sin perjuicio de la orden de demolición, cuando a ello hubiere lugar y la ratificación de la suspensión de los servicios públicos domiciliarios ...". (Se resalta)".

A su vez, el artículo 69 de la ley en comento establece la facultad con que cuentan los alcaldes como autoridades policivas, para iniciar las acciones encaminadas a desocupar aquellos predios donde se hayan realizado construcciones sin las licencias respectivas, incluyendo aquellos en los cuales

Los actos administrativos por medio de los cuales se resuelvan las solicitudes de licencias y de patentes serán notificados personalmente a los vecinos en la forma prevista por los artículos 44 y 45 del Decreto ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) La parte resolutive de dichos actos también será publicada en un periódico de amplia circulación en el municipio donde se encuentren ubicados los inmuebles, o en cualquier otro medio de comunicación social, hablado o escrito, por cuenta del interesado El término de ejecutoria para el interesado y para los terceros empezará a correr al día siguiente al de la publicación, y en el caso de los vecinos, a partir de su notificación

Contra los actos que otorguen una licencia o patente cabrán los recursos de la vía gubernativa que señala el Decreto ley 01 de 1984(Código Contencioso Administrativo) Transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición del recurso sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa y quedará en firme el acto recurrido Pasado dicho término no se podrá resolver el recurso interpuesto e incurrirá en causal de mala conducta el funcionario moroso".



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 13

por las características físicas del suelo resulte inconveniente cualquier tipo de construcción. Al respecto establece la norma:

*"Los alcaldes municipales, el del Distrito Especial de Bogotá y el Intendente de San Andrés y Providencia, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano directamente o por conducto de la Personería Municipal, **podrán iniciar las acciones policivas tendientes a ordenar la desocupación de predios** y el lanzamiento de ocupantes de hecho cuando el propietario o su tenedor no haya incoado la acción a que se refiere la ley 57 de 1.905 y su decreto reglamentario 992 de 1.930, **siempre que la ocupación o los asentamientos ilegales que se hayan efectuado, se estén llevando a cabo o que sea previsible determinar que se efectuarán, a juicio del alcalde o intendente, atenten o puedan presentar riesgo para la comunidad o cualquier ciudadano o vayan contra las normas de urbanismo y planeación de la localidad.***

*"Los alcaldes y el Intendente o quienes hagan sus veces, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 11 de 1.986, **podrán iniciar de oficio la acción a que se refiere el artículo anterior cuando se presenten ocupaciones de hecho o asentamientos ilegales en las cuales, de conformidad con los reglamentos de usos del suelo o las condiciones físicas del terreno, no esté permitido adelantar construcciones, no sean aptas para ello o de alguna forma presenten riesgos para la seguridad, la tranquilidad o la salubridad de la comunidad.***

*"Las autoridades a que se refieren los artículos anteriores, al expedir las órdenes de desocupación o lanzamiento, **podrán ordenar la demolición de los bienes que se hayan construido sin permiso de autoridad competente, así como también la ejecución de las obras de conservación o de restauración del bien inmueble que se estimen necesarias.***

"Las obras que se disponga realizar de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo serán por cuenta del propietario del predio, en el evento en que éste no las ejecute en el plazo otorgado por el alcalde, intendente o quien haga sus veces. La administración podrá disponer su ejecución y el costo de las mismas, adicionado en un 10% por concepto de administración, se incluirá en las respectivas facturas del impuesto predial, pudiendo cobrarse por jurisdicción coactiva si es del caso.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de la imposición de las demás sanciones a que se refiere el presente capítulo, así como también de las civiles y penales a que haya lugar" (Se resalta).

De las normas antes citadas, es posible colegir que cuando los particulares ocupan zonas de bajamar³ sin autorización, la autoridad competente para iniciar la restitución del espacio público, de oficio o a petición de interesado es el alcalde municipal o distrital, según el caso. Para ello, la ley le brinda herramientas coercitivas tales como la posibilidad de imponer multas sucesivas, y el poder realizar la restitución del predio a costas del infractor cuando éste no lo hace voluntariamente.

Así mismo, queda claro que las órdenes de restitución y de lanzamiento se realizan mediante actos administrativos que son susceptibles de ser atacados ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

³ Consideradas éstas como parte del espacio público



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 14

3.4. De la competencia para realizar procesos de restitución de zonas de bajamar

De las normas citadas con anterioridad, pudo notarse que las mismas parecieran contradecirse, en el sentido que mientras el Decreto 2324 de 1984. Ubica en cabeza de la DIMAR la jurisdicción sobre las zonas de bajamar, y por ende, la facultad para iniciar acciones tendientes a restituir dichos terrenos cuando los mismos sean ocupados por particulares; mientras que la Ley 9 de 1989 faculta a los alcaldes para iniciar los procesos de restitución de bienes de uso público.

En el caso objeto de estudio, el apoderado de la Dirección General Marítima ha manifestado que se encuentra fuera del ámbito de competencia de esa entidad, la realización de procesos de restitución del espacio público, pues dicha función corresponde de manera privativa a los alcaldes como primera autoridad de policía.

Pues bien, sobre esta aparente contradicción se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos⁴:

"4 2. Debe definirse también si la jurisdicción que tiene la Dirección Marítima y Portuaria sobre las zonas de bajamar, según el artículo 2.º del Decreto 2324 de 1984 ⁵ excluye o se contrapone a las facultades de los alcaldes para restituir bienes de uso público según la Ley 9ª de 1989.

La Sala considera que una y otra atribución son concurrentes. En efecto, el Decreto 2324 de 1984, como norma especial, no se contrapone al artículo 69 de la Ley 9ª, norma general posterior que concede la misma facultad a los alcaldes. La Sala se ha pronunciado así:

«Por ello, entiende la Sala que lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el sentido de: "Específicamente para los bienes de uso público, el Código Nacional de Policía o Decreto - ley 1355 de 1970, establece una acción restitutoria que se ejerce ante los alcaldes, quienes, en ejercicio de la función de policía, procederán a dictar la correspondiente resolución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días; contra la misma procede el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación para ante el gobernador (ibídem, art. 132). Esta acción de amparo respecto de los bienes de uso público, tiene, desde luego, antecedentes en diversas normas de orden constitucional y legal. Entre las primeras es pertinente mencionar los artículos 4º, 30 y 183 de la Carta Política de 1886 y entre las segundas, el artículo 208 de la Ley 4ª de 1913, reglamentado por el Decreto 640 de 1973; de conformidad con este decreto, 'es un deber de los alcaldes y gobernadores proceder de oficio, inmediatamente que tengan

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C P: Camilo Arciniegas Andrade, sentencia de 8 de mayo de 2006, radicación número 52001-23-31-000-2000-00208-01, actor Agromarina Tumaco LTDA, demandado. Municipio de San Andrés de Tumaco.

⁵ Artículo 2º **Jurisdicción** La Dirección General Marítima y Portuaria ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas. aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marinos y fluviomarinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelo marinos, aguas supradyacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción, islas, islotes y cayos y sobre los ríos que a continuación se relacionan, en las áreas indicadas,



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00

Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 15

conocimiento de la ocupación que, en cualquier tiempo, se haya hecho de zonas de vías públicas, urbanas o rurales, a dictar las providencias conducentes a la correspondiente restitución' (art. 5º), disposición que es aplicable también 'En el caso de restitución de los demás bienes de uso público' (ibídem, art. 7º). Por lo demás, el Código de Régimen Municipal expedido mediante el Decreto 1333 de 1986 dispone que toda ocupación permanente de las vías, puentes y acueductos públicos es atentatorio de los derechos del común, y los que en ellos tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables (ibídem, art. 170 inciso segundo), y asigna al personero la atribución de 'demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público' (ibídem, art. 139, regla 7ª). (Sala de Consulta y Servicio Civil. 1995. Rad. 745)', no sirve de sustento para alegar la incompetencia de las Capitanías de Puerto y de la Dirección General Marítima para adelantar las actuaciones administrativas tendientes a la recuperación de los bienes bajo su vigilancia». (Subrayas fuera del texto) ⁶.

En definitiva, la DIMAR tiene –como ha dicho la Sala– la potestad de recuperar mediante acto administrativo unilateral los bienes de uso público de su jurisdicción. Pero también la tienen los alcaldes respecto de los terrenos de bajamar situados dentro del espacio público de la ciudad, pues el artículo 5º de la Ley 9º los incluye expresamente en dicho espacio; y el artículo 69 ibídem los habilita para decretar la desocupación o lanzamiento.

De manera que el Alcalde sí tenía atribuciones para expedir el acto acusado. Ahora bien, en el acto definitivo se expresó que los terrenos «se encuentran ubicados en el área urbana del Municipio de Tumaco» y la actora no desvirtuó esta motivación".

De conformidad con lo anterior, la competencia de la DIMAR y de los Alcaldes para recuperar las zonas de bajamar invadidas por particulares no es excluyente. Ello indica que, ambas autoridades están facultadas, para en caso de evidenciar situaciones en las cuales los particulares hayan invadido sin previa licencia o autorización de autoridad competentes, áreas de bajamar consideradas como espacio público, iniciar procesos administrativos encaminados a la restitución de dichas zonas, sin que le sea dable a ninguna de las dos entidades, endilgarle la responsabilidad exclusiva a la otra.

3.5. De la calidad de inalienables de los bienes de uso público

El Código Civil en su artículo 674 define el concepto de bienes de uso público, en los siguientes términos:

"ARTICULO 674. <BIENES PUBLICOS Y DE USO PÚBLICO>. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".

A su vez, en el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia, se establece que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de

⁶ Sentencia de 11 de Julio de 2003, actora Osorio y Puccini Ltda., exp núm 8326, Consejera Ponente, Dra Olga Inés Navarrete Barrero



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 16

grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Por su parte, el artículo 82 de la Constitución dispone que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular, mientras que el 102 de la Carta, señala expresamente que los bienes públicos que forman parte del territorio, pertenecen a la Nación.

La Corte Constitucional en sentencia T – 566 de 1992 definió los conceptos de inalienables, imprescriptibles e inembargables de los bienes de uso público, en los siguientes términos:

“Los bienes de uso público del Estado, tienen como característica ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la Constitución Política).

a) Inalienables: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc.

b) Inembargables: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios.

c) Imprescriptibles: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados” (Resaltado fuera de texto).

De lo anterior, claramente se desprende que, los bienes de uso público, entre los cuales se encuentran los terrenos de bajamar, son inalienables, es decir, que no se puede adquirir su dominio por ninguno de los modos que la ley establece para tal fin, como la venta, la donación o la permuta.

En ese sentido, ninguna persona puede tener la propiedad sobre terrenos de bajamar, ni siquiera mostrando escritura pública debidamente inscrita, porque de esa manera, las mismas resultarían inoponibles, al existir una expresa prohibición constitucional de que los bienes de uso público sean adquiridos por particulares, pues se reitera, los mismos pertenecen a la Nación.

Sobre la inoponibilidad de las escrituras públicas registradas para demostrar propiedad sobre inmuebles que en realidad constituyen bienes de uso público, se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 17

“Tratándose de una playa, era incuestionable la jurisdicción de la DIMAR. Y resultaba imposible probar dominio privado, ni siquiera con escrituras públicas registradas, que no valen contra los derechos del verdadero dueño, en este caso, la Nación. La Sala ha resaltado esta inoponibilidad aun tratándose de sentencias: «En consecuencia, si en la actuación administrativa de la DIMAR se verificó que el muro que ordenó remover está construido en zona de playa, y en el proceso no se ha desvirtuado tal verificación administrativa, debe deducirse que dicha orden no está desconociendo la sentencia judicial, dado que no es oponible en cuanto al área en mención, y menos vulnera derechos adquiridos o de propiedad de la actora, por sustracción de materia, ya que no se pueden desconocer derechos que nunca han nacido a la vida jurídica. Tampoco se desconoció la cosa juzgada, por cuanto ésta no puede predicarse o consolidarse respecto de decisiones judiciales que por su objeto son inoponibles»”⁷.

En jurisprudencia más reciente, el Consejo de Estado al resolver un caso de similares circunstancias al que ahora se estudia, señaló que, aun cuando estén de por medio sentencias judiciales que hayan reconocido la propiedad por prescripción adquisitiva de inmuebles construidos sobre terrenos de bajamar, las mismas resultan inoponibles, por cuanto, los bienes de uso público no tienen la facultad de ser adquiridos por los particulares, en ese sentido consideró esa Corporación:

“Con fundamento en las anteriores actuaciones es evidente que la determinación de la Capitanía de Puerto de Cartagena luego avalada por la DIMAR, de declarar el cuerpo de agua extensión del Caño El Zapatero como un bien de uso público, está soportada con fundamento en el anterior informe rendido por la autoridad administrativa competente (Jefe de Litorales de la Capitanía), confirmado y complementado con los informes periciales rendidos en los años 1994 y 2001, los cuales sin duda constituyen el fundamento legal de las resoluciones demandadas.

(...)

El bien que reclaman los ahora demandantes y que fue el mismo respecto del cual recayó la decisión de la DIMAR objeto de demanda, viene a ser el tema central de la discusión pues al tener la condición de “bien de uso público” no puede un particular detentar la titularidad del derecho de dominio sobre el mismo.

(...)

El bien que reclaman los ahora demandantes y que fue el mismo respecto del cual recayó la decisión de la DIMAR objeto de demanda, viene a ser el tema central de la discusión pues al tener la condición de “bien de uso público” no puede un particular detentar la titularidad del derecho de dominio sobre el mismo.

(...)

Por tanto, con fundamento en la referida prueba pericial no cabe duda que ambos lotes de terreno, están constituidos por aguas marítimas interiores y terrenos de baja mar en los cuales se han talado y rellenado zonas de manglar, por lo que no se pueden anteponer a esta realidad las sentencias judiciales que a juicio de los demandantes fueron desconocidas por las autoridades demandadas.

(...)

En el presente caso puede afirmarse que la entidad demandada más que declarar el bien de uso público lo que estaba era restituyendo el dominio del Estado frente al mismo, pues es una verdad irrefutable que hay bienes que pertenecen al Estado, tal y como acontece con los ríos, los lagos, las aguas que corren por sus cauces naturales, las minas y

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Camilo Arciniegas Andrade, sentencia de 13 de mayo de 2005, radicación número 70001-23-31-000-1998-00606-01 Actor: Teresa Helena Nieto Castaño, demandado: Director General Marítimo.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 18

en este caso, los terrenos de bajamar que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando esta baja, tal y como ocurre con el terreno que reclaman los demandantes"⁸.

4. Caso concreto

4.1. Hechos relevantes probados

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

La señora AYDA REYES ALCOCER es propietaria del inmueble ubicado en el barrio Manga, primer callejón de la Rochela, carrera 18A No. 29 – 28 Apto. No. 4, según se desprende de la Escritura Pública No. 1018 de 19 de abril de 1989 (fl. 165 – 169), en la que se dejó constancia de la transferencia a título de venta que a favor de la mencionada señora, hiciera la señora Elvira Díaz Tatis y otros. En la referida escritura pública se identifican las medidas del inmueble de la siguiente manera: por la derecha 10.50 metros; por la izquierda 10.50 metros; por el frente 11.20 metros; y por el fondo 11.20 metros, **para un área total de 117 metros.**

Las anteriores dimensiones fueron aclaradas mediante escritura pública No. 3407 de 30 de noviembre de 1989 (fl. 170 – 171), en los siguientes términos:

*"(...) que las dimensiones del inmueble referido son actualmente las siguientes en base al levantamiento planimétrico realizado por el Instituto Geográfico Agustín Dodazzi (sic): NORTE, o sea la izquierda entrando, con el Caño de Bazurto, mide 8,50 metros; SUR, o sea la derecha entrando, con propiedad de Rosalía Tatis de Díaz y otros, mide 9,20 metros; OCCIDENTE, o sea el Frente, Carrera 18A, mide 16,00 metros; ORIENTE, o sea el fondo, con propiedad de Eustorgio Pájaro Del Valle, mide 16,00 metros. **Área del terreno 142 M2, Área construida 46M2"**.*

A folio 173 del expediente figura copia del folio de matrícula inmobiliaria No. 060 – 103593, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, en el cual se describe el inmueble de conformidad con la Escritura No. 1018 de 19 de abril de 1989 y se hacen las siguientes anotaciones:

"ANALFI DIAZ TATIS, ELVIRA DIAZ TATIS, GABRIEL DIAZ TATIS, ROSALÍA TATIS DE DIAZ, ORFELINA DIAZ TATIS DE MORA, JORGE DIAZ TATIS, EFRAIN DIAZ, ADQUIRIERON POR ADJUDICACIÓN QUE SE LES HIZO EN LA SUCESION DE ABRAHAM DIAZ DAMIAN, LIQUIDADADA ANTE EL JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO EN SENTENCIA DE FECHA 15-04-83, REGISTRADA EL 12 – 07 – 83, FOLIO DE MATRICULA #060-0049759 —DECLARADA LA CONSTRUCCION DE DOS ACCESORIAS MEDIANTE LA ESCRITURA # 1750 DE

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C P María Claudia Rojas Lasso, sentencia de 18 de julio de 2012, radicación número 13001-23-31-000-1996-10971-01, actor Herculía Llerena del Río de Torres, Julia Matilde Llerena de Polo y Orlando Díaz Castillo, demandado Ministerio de Defensa Nacional- Dirección General Marítima



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 19

FECHA 27-07-87 DE LA NOTARIA 2A DE CARTAGENA, REGISTRADA EL 10-07-87, FOLIO DE MATRICULA # 060-0049759.—ABRAHAM DIAZ ADQUIRIO POR COMPRA HECHA A ANIBAL DIAZ LOPEZ, SEGÚN CONSTA EN LA ESCRITURA #160 DE FECHA 19-02-48 DE LA NOTARIA 2º DE CARTAGENA, REGISTRADA EL 13-03-48 DILIGENCIA 515 FOLIOS 233/34 DEL LIBRO I TOMO 2, FOLIO DE MATRICULA# 060-0049759. ANIBAL DIAZ LOPEZ, ADQUIRIO POR COMPRA HECHA A JUAN DE LA C ROCHA Y CLEOTILDE ROCHA M, SEGÚN CONSTA EN LA ESCRITURA # 95 DE FECHA 28 DE ABRIL DE 1.947 DE LA NOTARIA 3º DE CARTAGENA, REGISTRADA EL 6 DE JUNIO DE 1 947, DILIGENCIA #983, PAGINA #182/3 DEL LIBRO 1, TOMO 3 DE 1.947. JUAN C DE LA ROCHA Y CLEOTILDE ROCHA M., ADQUIRIERON POR COMPRA HECHA A BERNARDO LLERENA, SEGÚN CONSTA EN LA ESCRITURA # 157 DE FECHA 30 DE MARZO DE 1.937 DE LA NOTARIA 1ª DE CARTAGENA, REGISTRADA EL 6 DE ABRIL DE 1.937, DILIGENCIA #366, PAGINA # 332/3, LIBRO 1, TOMO 1 DE 1 937".

Adicionalmente, en el folio de matrícula inmobiliaria aparece registrada la compraventa realizada entre la familia Díaz Tatis y la señora Ayda Reyes Alcocer, con base en la escritura 1018 del 19 de abril de 1989.

La Dirección General Marítima – Capitanía de Puerto de Cartagena, mediante informe de 19 de abril de 2010 (fl. 182), manifestó que el día 13 de enero de 2010 se realizó una inspección formal al terreno ubicado en el barrio Manga Carrera 18º No. 29 – 28 apartamento No. 4, encontrando que el predio continúa en las mismas condiciones contempladas en el informe pericial de fecha 16 de septiembre de 1993, ratificando que el área ocupada en bienes de uso público pertenecientes a la Nación y rellenadas antrópicamente comprende un área de 144 m2, el resto del predio 117,6 m2 es considerado terreno consolidado susceptible de propiedad privada, pero bajo la jurisdicción de la DIMAR por encontrarse dentro de la franja de los 50 metros.

Se encuentra en el expediente el Informe Pericial de fecha 16 de septiembre de 1993, realizado por los peritos Ernesto Carreño Castro y Ricardo Quintero Serpa, el cual tenía por objeto determinar la jurisdicción de la DIMAR, sobre el predio ubicado en el barrio Manga, Carrera 18A No. 29 – 28 Apto. No. 4 (fl. 184 – 190). En el referido informe pericial, se indicó que la Empresa de Desarrollo Urbano (EDURBE), dependiente de la Alcaldía Mayor de Cartagena, llevaba a cabo un programa de desarrollo ambiental de los caños, lagos y lagunas de Cartagena, los cuales son producto de procesos marítimos de diferente orden. Se señaló también, que para determinar la jurisdicción de la Dirección General Marítima se analizó **la escritura pública No. 1.018 de 19 de abril de 1989 de la Notaría Segunda de Cartagena**, aerofotografías del área y análisis de las características del terreno, tanto del solar, como de los vecinos, del litoral del caño de Bazurto en las inmediaciones del predio y especialmente a las zonaciones de manglar que se encuentran en el área vecina. En el informe se relacionaron además, los siguientes hechos:

"El aumento de las medidas del terreno hacia el lindero derecho o caño de Bazurto respecto a las escrituras originales, las características del terreno de diferente contextura y geomorfología a la natural de estas áreas lacustres, permiten considerar que se han



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00

Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 20

efectuado rellenos artificiales con el fin de aumentar el área del predio o proteger el avance de las aguas en los periodos de altas mareas. No se presentaron documentos de la autoridad marítima que autoricen estos rellenos.

6. Teniendo en cuenta las consideraciones del punto anterior (5), **el predio o inmueble inspeccionado consta de una parte de terrenos de bajamar y aguas marítimas someras pertenecientes al caño de Bazurto que han sido rellenas artificialmente y otra parte que no constituye terreno de bajamar.**

La parte del terreno no relleno tiene once punto dos (11.2) metros de ancho por diez con cincuenta (10.5) metros de largo, que es el terreno perteneciente a la escritura que dice: 'hasta por la izquierda con el caño de Bazurto' por lo cual para esa época este era el límite del caño que paulatinamente ha sido relleno; por lo tanto tiene un área de ciento diez y siete punto seis (117.6) metros cuadrados.

El área rellena es el resto del terreno hasta el borde del caño Bazurto, cuyas dimensiones son: ocho punto nueve (8.9) metros de largo, por diez y seis punto dos (16.2) metros de ancho para un área de ciento cuarenta y cuatro (144.0) metros cuadrados.

En el informe pericial al que se hace referencia, se llegó a las siguientes conclusiones:

"1. El terreno adquirido por la Señora AYDA REYES ALCO CER, ubicado en el barrio de Manga Carrera 18A No. 29 – 28 Apto 4 de características descritas en esta diligencias pericial para determinar la jurisdicción de la Dirección General Marítima está constituido por:

Un área de terrenos de bajamar y aguas marítimas someras rellenos artificialmente correspondientes a la Nación es de ciento cuarenta y cuatro (144.0) metros cuadrados.

Un área de terreno considerado de no bajamar de ciento diez y siete punto seis (117.6) metros cuadrados.

Todo el predio inspeccionado se encuentra bajo la jurisdicción de DIMAR".

El abogado asesor de Edurbe S.A. remitió al proceso, copia simple del despacho comisorio No. 382 de 22 de enero de 1999 librado por el Alcalde Mayor de Cartagena al Inspector de Policía No. 3 (fl. 179 – 181), en el cual se le hace saber que dentro de la querrela policiva de restitución de bienes de uso público, la Alcaldía Mayor de Cartagena profirió las Resoluciones No. 1204 de 28 de mayo de 1997, por medio de la cual se ordenó la restitución de bien de uso público adelantado contra la señora AYDA REYES ALCO CER y 2192 de 6 de agosto de 1998, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición, confirmando la decisión.

En el mismo despacho comisorio, se informa al Inspector de Policía que la Gobernación de Bolívar profirió la Resolución No. 002 de 22 de enero de 1999, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación, revocando parcialmente la Resolución de 8 de mayo de 1997, proferida por la Alcaldía



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 21

Mayor de Cartagena, en cuanto tiene que ver con el predio de propiedad de Ayda Reyes Alcocer, limitando su área a los ciento cuarenta y cuatro metros cuadrados, según consta en la escritura pública No. 3407 de 30 de noviembre de 1989 de la Notaría Segunda de Cartagena, manteniendo la orden de restitución, sobre el área que excede los ciento cuarenta y cuatro metros cuadrados.

La anterior información, deja ver que teniendo como fundamento el informe pericial adelantado por la DIMAR, la Alcaldía Mayor de Cartagena inició un proceso policivo de restitución de bienes de uso público, ordenando la restitución de bienes de la Nación, ocupados y anexados al predio de la señora AYDA REYES ALCOCER en el barrio Manga Carrera 18 A No. 19 – 28 Apto No. 4; no obstante, la Gobernación de Bolívar resolvió de forma favorable a la propietaria un recurso de apelación, mediante la Resolución No. 002 de 22 de enero de 1999, la cual fue aportada al expediente en copia simple (fl. 89 – 94). En el referido acto administrativo, se hicieron entre otras, las siguientes consideraciones:

“Que no obstante lo anterior, en el informe no se tuvo en cuenta la Escritura No. 3407 de Noviembre 30 de 1989 de la Notaría 2ª de Cartagena, en la cual se aclara por las mismas partes la Escritura No. 1018 de fecha 19 de Abril de 1989 de la Notaría 1ª de Cartagena, en lo que hace referencia al área del lote vendido que no son 117,6 m2 sino 144 m2 de lo cual da fe el Notario de acuerdo al levantamiento planimétrico realizado por el Instituto realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la cual fue debidamente registrada en Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con el folio de matrícula inmobiliaria No. 060 – 103593 correspondiente al bien en litigio, por lo que los peritos desestimaron el valor probatorio del documento público.

Que la constitución de 1991, respeta los derechos de propiedad privada adquiridos de acuerdo con la ley civil, tanto es así, que en el título XII, capítulo 1º Artículo 332, la admite, cuando expresa: ‘...sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes’.

Que se encuentra en el expediente a folio certificado expedido por la Oficina de Registro de instrumentos públicos de Cartagena, donde consta la tradición de más de 40 años de propiedad privada sobre el bien inmueble, la cual ostenta la recurrente Ayda Reyes Alcocer, propiedad y pleno dominio que adquirió mediante Escritura Pública No. 1018 de abril 19 de 1989 Notaría 1ª de Cartagena y aclarada mediante escritura No. 3407 de Noviembre 30 del mismo año de la Notaría 2ª de Cartagena, registradas en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-103593, derecho que no puede desconocerse por la Administración Distrital, ya que se violaría el artículo 58 de nuestra carta magna...”.

El 3 de octubre de 2012 se llevó a cabo inspección judicial con intervención de un perito de la Dimar, en el barrio Manga carrera 18 A No. 29 – 38, con el fin de apreciar la veracidad de los hechos narrados en la demanda. El responsable del área de litorales de la Capitanía de Puerto de Cartagena presentó su dictamen el 11 de enero de 2013 (fl. 313 – 315), en el cual manifestó las siguientes conclusiones:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

"(...) el Área de litorales acuerdo (sic) a visita de campo y la propuesta de trazado técnico de bienes de uso público costeros, elaborada por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe, conceptúa que el área objeto de estudio es de 132,8 m2, **de los cuales (2,39 m2) se encuentran dentro de los Bienes de Uso Público de propiedad de la Nación**, tal como se ilustra en el mapa No. CP050147CP5 anexo. Además se informa que las zonas contiguas del lindero norte, que incluye otras construcciones por fuera del área objeto de estudio también tienen afectación de Bienes de uso Público".

El anterior concepto técnico de jurisdicción fue aclarado por el Capitán de Puerto de Cartagena, mediante escrito presentado el 12 de septiembre de 2013 en el cual indicó:

"(...)
En respuesta a lo anterior, me permito informarle que la DIMAR a finales del año 2010 determinó el uso de nuevas tecnologías y herramientas informáticas, como procedimiento establecido para elaborar los Conceptos Técnicos de Jurisdicción. Este nuevo procedimiento se fundamenta en los resultados obtenidos de la evaluación de componentes técnicos, así como del análisis de la dinámica costera, modelación numérica, identificación de unidades geomorfológicas, sensoramiento remoto, entre otras variables; en la franja del litoral.

Basado en esos resultados, se elaboró el Concepto Técnico No. 15201205570 de fecha 21 de diciembre de 2012, para cuyo desarrollo fue realizado un levantamiento de las construcciones en el área, utilizando el sistema de coordenadas magna-sirgas y esta información se verificó en el software ARCGIS Geoservicios de DIMAR, donde se establece el área de jurisdicción de la Dirección General Marítima.

El informe de jurisdicción elaborado por parte del perito Ernesto Carreño, enviado a ese Tribunal con oficio No. 15201000139 de fecha 14 de enero de 2013, fue realizado con la metodología anterior y bajo lineamientos diferentes, generando en la actualidad una diferencia con cada resultado.

Con respecto al segundo punto, en el que se solicita a la DIMAR para que aclare y complemente el informe técnico anterior, teniendo en cuenta que considera que es muy reducido y requiere explicaciones, tales como delinear la construcción y presentar medidas de las construcciones, me permito informarle que la elaboración de los conceptos se realiza siguiendo un modelo establecido, en donde se plasman las coordenadas del área de estudio y se delimita con coordenadas los límites de los terrenos con características técnicas de bajamar, diferenciándolas del terreno consolidad".

5. La objeción del dictamen pericial

Mediante memorial presentado el 5 de marzo de 2013 (fl. 318) el apoderado de la parte demandante objetó el dictamen pericial presentado por el responsable del Áreas de Litorales de la Capitanía de Puerto de Cartagena, fundamentando su objeción en las siguientes razones:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 23

"1ª) Capitanía en su informe señala que el área del estudio es de 132 mts2 de los cuales (2,39) se encuentran dentro de los bienes de uso público.

2ª) Que conforme a resolución No. 2 de fecha 22 de enero de 1999 de la Gobernación de Bolívar, donde se ordena la restitución parcial sobre los bienes de uso público, materia de este proceso; pero también ordena respetar un área de 144 mts2 por haberse adquirido conforme a ley, y la constitución Nacional.

Por lo antes expuesto señor Magistrado, no puede ser el área objeto del presente estudio un área de 130 mts2, si es sabido que existe una orden de restitución de bienes de uso público y respetar un área de 144 mts2, es fácil inferir que el área objeto de estudio es de 144 mts2, o explicar en que fundamento legal se amparó para apartarse del fallo de la gobernación o de los títulos, adquiridos conforme a leyes preexistentes al momento de su adquisición".

El artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, establece los parámetros que debe seguir el juez para la apreciación del dictamen pericial:

"Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso".

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra en este caso que el dictamen pericial objetado, fue rendido por el Responsable de Área de Litorales de la DIMAR, con base en los datos recogidos por el suboficial tercero de la Armada Nacional encargado de estudios de jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena, quien en cuanto a la idoneidad para rendir el dictamen, manifestó que era oceanógrafo físico y que en ese momento ejercía el cargo de encargado de estudios de determinación de jurisdicción aplicando la herramienta informática Geoservicio. Lo anterior, deja ver que el mencionado funcionario efectivamente era idóneo para rendir el dictamen, pues estaba calificado para rendir conceptos referentes a la determinación de áreas de jurisdicción de la DIMAR, y para establecer qué zonas hacen parte de los bienes de uso público propiedad de la Nación.

No obstante lo anterior, observa la Sala que existe una evidente contradicción entre el área determinada en el dictamen objetado, con la que fue determinada en el primer dictamen rendido por la DIMAR, en el que se estableció un área de terrenos de bajamar y aguas marítimas someras rellenados artificialmente correspondientes a la Nación de ciento cuarenta y cuatro (144.0) metros cuadrados, así como el área total indicada en la escritura pública No. 3407 de 30 de noviembre de 1989 de 142 m2.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

*Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros*

Página 24

La mencionada contradicción, conlleva a la Sala a tener dudas sobre la precisión del dictamen y sobre los fundamentos que sirvieron de base para determinar el área total del terreno, pues existe una diferencia considerable entre el área 132, 8 y los 144 m² determinados por la DIMAR en el anterior dictamen.

Por lo anterior, se encuentra justificada la objeción planteada por la parte demandante, de manera que, no se tendrá en cuenta el último dictamen pericial rendido por funcionarios de la DIMAR, por encontrarse ciertas inconsistencias en los datos suministrados, como ya se explicó.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que en el proceso ya se encuentra anexado un dictamen pericial rendido por expertos de la DIMAR en el cual sí coincide el área total del inmueble, será tenido en cuenta el mismo, para efectos de determinar si el bien inmueble de propiedad de la señora Ayda Reyes Alcocer, se encuentra ocupando terrenos de bajamar.

6. Conclusiones

6.1. De la naturaleza del terreno sobre el cual se encuentra construido el inmueble ubicado en el barrio Manga, carrera 18 A No. 29 – 28.

La señora AYDA REYES ALCOCCER, adquirió el inmueble ubicado en el barrio Manga, carrera 18A No. 29 – 28 en el año de 1989. El negocio de compraventa mediante el cual la mencionada señora adquirió el inmueble, fue protocolizado mediante escritura pública No. 1018 de 1999, según la cual el área total del predio era de **117.60 m²**, sin embargo, dicha medida fue aclarada mediante escritura pública No. 3047 de la Notaría Segunda de Cartagena de 30 de noviembre del mismo año, indicando que el área total del terreno era de **142 m²**, con un área construida de 46M².

En el informe pericial rendido por expertos nombrados por la DIMAR, se determinó que se habían incrementado las medidas del terreno hacia el lindero derecho o caño de Bazurto respecto a la escritura pública No. 1018 de 19 de abril de 1989, afirmando que se habían efectuado rellenos artificiales con el fin de aumentar el área del predio o proteger el avance en los periodos de altas mareas.

De lo anterior, claramente se desprende que, en algún momento dentro del largo proceso de tradición que ha tenido el inmueble, se amplió la cabida del inmueble adquirido finalmente por la señora Aida Reyes Alcocer, incluyendo



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 25

terrenos de bajamar, que como se estableció en acápite anteriores tienen el carácter de bienes de uso público y por lo tanto, resultan inalienables.

En ese sentido, tal como se estableció por expertos de la DIMAR, del total del área del inmueble de 144 m², solamente 117,6 m² puede ser considerado terreno consolidado susceptible de propiedad privada, mientras que los 26,4 m² restantes hacen parte de terrenos de bajamar de propiedad de la Nación.

Se entiende entonces que, cuando se modificaron los linderos del inmueble con la escritura pública No. 3407 de 30 de noviembre de 1989, el área del predio fue aumentada en 26 m² en comparación con la escritura No. 1018 de 19 de abril de 1989, se adicionó un área conformada en su integridad por terrenos de bajamar.

Así pues, se tiene que el inmueble ubicado en el barrio Manga carrera 18A No. 29 – 28, que cuenta con un área total de 144 m² está integrado por un área de 26,4 m² construidos por terrenos de bajamar que fueron rellenados de manera artificial.

6.2. De la inoponibilidad de los derechos de propiedad privada alegados por la actora, frente a los terrenos de bajamar.

La defensa de la señora Ayda Reyes Alcocer dentro del caso concreto, se ha centrado en reiterar que, sobre el predio ubicado en el barrio Manga, carrera 18A No. 29 – 28, se han ejercido derechos de propiedad privada por parte de particulares desde el año 1937, de conformidad con la información relacionada en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente.

Se deduce del material probatorio, que efectivamente la señora AYDA REYES ALCOCER, adquirió el inmueble ubicado en el barrio Manga, carrera 18A No. 29 – 28 en el año de 1989, a título de venta, de modo que, le fue transferido el dominio por parte de los antiguos propietarios, negocio de compraventa que fue protocolizado mediante escritura pública No. 1018 de 1999.

Al respecto, debe la Sala advertir que, aplicando las normas constitucionales y la jurisprudencia antes citadas al caso concreto, es posible concluir que respecto de la parte del inmueble ubicado en el barrio Manga, carrera 18A No. 29 – 28 que está conformado por terrenos de bajamar, no es posible ejercer derechos de propiedad privada, aunque éstos se encuentran acreditados en escrituras públicas debidamente registradas, toda vez que, las mismas resultan inoponibles para demostrar propiedad privada sobre dichos territorios, por



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 26

cuanto los mismos, al tener el carácter de bienes de uso público, pertenecen únicamente a la Nación.

En ese sentido, no puede en este caso pretender la señora Ayda Reyes Alcocer ejercer derechos de propiedad privada, sobre terrenos que se encuentra demostrado son de bajamar y por lo tanto, bienes de uso público, pues respecto de esos derechos, se entiende que nunca han existido, porque existe una expresa prohibición constitucional de adquirirlos.

Ahora bien, es cierto que existe un acto administrativo expedido dentro de un proceso de restitución de bien de uso público, esto es, la Resolución No. 002 de 22 de enero de 1999, expedida por la Gobernación de Bolívar, en el cual se determinó que no se podían desconocer los derechos de propiedad privada que la señora Ayda Reyes de Alcocer ostentaba sobre el predio, resultado de la tradición de más de 40 años de propiedad privada sobre el bien inmueble, y que desconocer dicha circunstancia implicaría desconocer el artículo 58 de la Constitución.

Respecto del mencionado acto administrativo, debe aclarar la Sala que, si bien el mismo en la actualidad goza de presunción de legalidad, y que por vía de acción popular no le es dable al juez declarar la nulidad del mismo, decisión que es propia de un proceso ordinario de nulidad, cuando se demuestre que la existencia de ese acto administrativo está causando directamente la vulneración o amenaza de los derechos colectivos, en la sentencia que decida la acción popular sí podrá ordenarse la suspensión del mismo.

Sobre el tema, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos⁹:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los actos administrativos, como expresión de la acción de las autoridades públicas, también pueden ser fuente de amenaza o violación de los derechos colectivos, y que cuando ello se acredita su aplicación o ejecución puede ser suspendida con miras a proteger dichos derechos, dado que el pronunciamiento acerca de la nulidad de tales actos sólo puede ser emitido por el juez de lo contencioso administrativo. Sin embargo, debe anotarse que el objeto de estudio del acto administrativo que origina la afectación del derecho o interés colectivo no es el mismo en la acción popular y en la acción contencioso administrativa. En efecto, mientras que en la primera se busca efectuar un análisis constitucional del interés afectado, por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo, en la segunda se efectúa un cotejo entre el acto administrativo y las normas que lo sustentan, lo cual no siempre implica un análisis de afectación del derecho

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta Sentencia de 18 de mayo de 2006, radicación número. 68001-23-15-000-2002-01258-02(AP), actor ELCY STELLA RAMIREZ, demandado Municipio de Bucaramanga



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs Distrito de Cartagena de Indias y Otros

colectivo, pues el objeto de la acción contencioso administrativa, en principio, es la defensa del principio de legalidad. En otras palabras, en la acción contencioso administrativa se efectúa el control de legalidad del acto y, por lo tanto, puede producirse la nulidad del acto impugnado. A su turno, en la acción popular no puede decretarse la nulidad del acto porque no se define la legalidad del mismo, pero si puede suspender la ejecución o aplicación de un acto administrativo que viola o amenaza derechos e intereses colectivos".

Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Sala que en el presente caso existe un acto administrativo proferido dentro del proceso de restitución de bien de uso público adelantado por la Alcaldía de Cartagena y conocido en segunda instancia por la Gobernación de Bolívar, en el cual se revoca la orden de restituir los terrenos de bajamar que hacían parte del inmueble de propiedad de la señora Ayda Reyes de Alcocer, y que ha sido precisamente dicho acto administrativo el que ha evitado que se adelanten las diligencias tendientes a restituir la porción de terreno de bajamar sobre el que está construido el inmueble.

De este modo, encuentra el Tribunal que se dan los requisitos para ordenar la suspensión de la aplicación del referido acto administrativo, toda vez que, en el mismo, al desconocerse la calidad de inalienables que tienen los bienes de uso público, se le está dando plenos efectos a derechos de propiedad privada que como se ha dicho, son inoponibles, y en consecuencia, resultan vulnerados los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

6.3. De la entidad competente para adelantar el proceso de restitución de bienes de uso público.

Como se explicó en acápites anteriores, la competencia para recuperar las zonas de bajamar invadidas por particulares se encuentra en cabeza tanto de la DIMAR como de la Alcaldía de Cartagena, motivo por el cual, le corresponde a ambas entidades atendiendo a sus funciones especiales, iniciar los trámites correspondientes para lograr la restitución de la porción de terrenos de bajamar que conforman el predio de la señora Aida Reyes Alcocer, y garantizar los derechos colectivos a al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

En conclusión, no están llamadas a prosperar las excepciones propuestas por el Distrito de Cartagena, consistentes en la improcedencia de la acción por inexistencia de la vulneración, cumplimiento de la demandada de sus obligaciones constitucionales y legales, falta de legitimación en la causa por



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No. 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 28

pasiva y buena fe, toda vez que, se demostró en ese caso que sí existe una vulneración de los derechos colectivos invocados por el actor popular, y que dicha vulneración es endilgable tanto a esa entidad territorial, como a la DIMAR.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, se declararán vulnerados los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, por parte de la Dirección General Marítima y del Distrito de Cartagena. Como consecuencia de ello, se suspenderá la aplicación de la Resolución No. 002 de 22 de enero de 1999, expedida por la Gobernación de Bolívar. Así mismo, se ordenará a las entidades accionadas que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, inicien las actuaciones y trabajos necesarios a fin de restablecer los derechos colectivos vulnerados, lo que incluye la restitución efectiva del área de 26,4 m² de terrenos de bajamar que han sido invadidos por el inmueble de propiedad de la señora Ayda Reyes Alcocer, ubicado en el barrio Manga carrera 18A No. 29 – 28.

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: Declarar no probadas las excepciones de improcedencia de la acción por inexistencia de la vulneración, cumplimiento de la demandada de sus obligaciones constitucionales y legales, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe, propuestas por el apoderado del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

SEGUNDO: Declarar que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la Dirección General Marítima –DIMAR–, han vulnerado de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Suspéndase la aplicación del acto administrativo contenido en la Resolución No. 002 de 22 de enero de 1999, expedida por la Gobernación de Bolívar, en lo que tiene que ver con la revocatoria parcial de la Resolución No. 1204 de 28 de mayo de 1997 proferida por la Alcaldía Mayor de Cartagena.
Comuníquese la presente decisión a la Gobernación de Bolívar.

CUARTO: Ordenar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y a la Dirección General Marítima, que dentro de los diez (10) días siguientes a la



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Acción Popular No 13-001-23-31-003-2011-00118-00
Wilman Herrera Mendoza Vs. Distrito de Cartagena de Indias y Otros

Página 29

notificación de la presente sentencia, inicie las actuaciones y trabajos necesarios a fin de restablecer los derechos colectivos vulnerados, lo que incluye la restitución efectiva del área de 26,4 m2 de terrenos de bajamar que han sido invadidos por el inmueble de propiedad de la señora Ayda Reyes Alcocer, ubicado en el barrio Manga carrera 18A No. 29 – 28.

QUINTO: Señalar un plazo máximo de seis (6) meses, dentro del cual el Distrito de Cartagena y la DIMAR, deben realizar todos los trabajos y actuaciones señalados en el ordinal anterior, necesarios para el completo restablecimiento de los derechos vulnerados.

SEXTO: Conminar al Distrito de Cartagena y a la DIMAR, a que en la medida de lo posible, hagan extensivas las obras necesarias tendientes a evitar de manera definitiva los rellenos artificiales de todos los terrenos de bajamar ubicados en el territorio del Distrito y su consecuente invasión por particulares.

SÉPTIMO: Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia El proyecto de esta Sentencia fue considerado y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

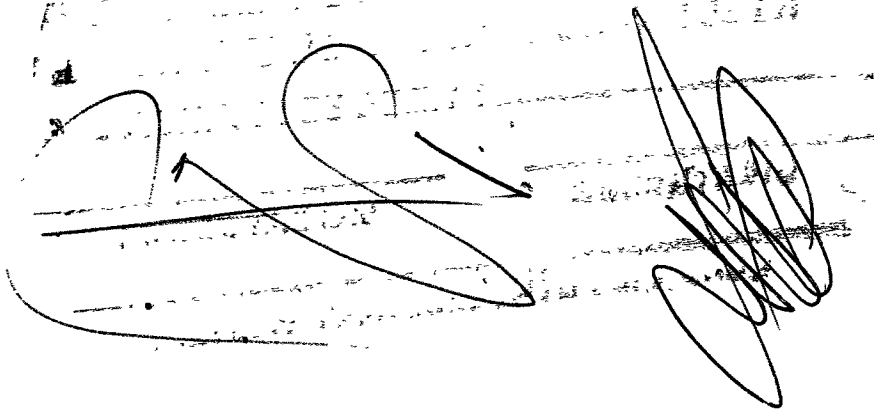
MIRINA MEZA RHENALS

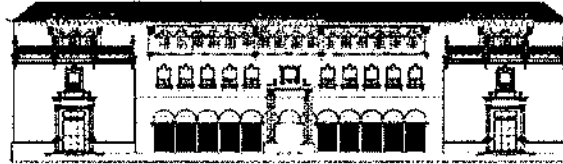
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Hoja de firmas de la sentencia de primera instancia proferida dentro de la acción popular con radicado No. 003-2011-00118-00, instaurada por Wilman Herrera Mendoza contra el Distrito de Cartagena, en la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

DIC-04-2013

21






**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1401
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: OCTAVIO ARIZMENDY PINTO
DEMANDADO	: A-R-P-INSTITUTO D E SEGUROS SOCIALES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2008-00254-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE (27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Octavio Arizmendy Pinto.
Demandado: A.R.P. Instituto de Seguros Sociales.
Expedientes: 13-001-33-31-004-2008-00254-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el llamado en garantía contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2012 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El señor Octavio Arizmendy Pinto, a través de apoderado, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra el Instituto de Seguros Sociales –A.R.P. hoy Positiva Compañía de Seguros S.A., con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la responsabilidad a título de falla del servicio médico del Instituto de los Seguros Sociales A.R.P.- hoy Positiva Compañía de Seguros S.A., con motivo de los daños causados al actor, en ocasión del procedimiento médico practicado.

Que, como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad, se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios de orden material y moral causados al accionante con motivo del daño antijurídico derivado de la falla administrativa en la prestación del servicio médico por parte del ente accionado.

3. HECHOS

Como sustento de las súplicas de la demanda, se invocaron los siguientes hechos básicos (fls. 1-2):

Señala que en el año 2006, sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó una lesión en la mano derecha.

Inicialmente fue atendido por el Dr. Carlos Díaz, en la Clínica del Rosario de Cartagena, quien le colocó un yeso en la mano derecha con el fin de inmovilizarle el dedo de la misma mano.

El 31 de enero de 2007, fue intervenido quirúrgicamente por el por el Dr. Carlos Carmona Lorduy.

Posteriormente y en virtud que el procedimiento médico practicado por el Dr. Carmona Lorduy, no arrojó los resultados esperados, fue valorado por el Dr.

Hernán Simancas Pereira, quien además de practicarle una nueva cirugía, determinó que la cirugía anterior había causado daños irreversibles en el miembro intervenido.

Finalmente, resalta que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dictaminó un porcentaje del 52,00 % como pérdida de la capacidad laboral.

4. DEFENSA

El Instituto de los Seguros Sociales- A.R.P-Previsora Vida S.A.- hoy Positiva Compañía de Seguros contestó la demanda (fls. 90-98) mediante apoderada y señaló, que no podría predicarse una falla del servicio, toda vez que la pérdida de la capacidad laboral del demandante se produjo por el accidente de trabajo sufrido y no por el tratamiento médico dado al actor.

Adujo que la responsabilidad de las administradoras de riesgo profesionales es de tipo objetiva o tarifada en el sentido que se encuentran expresamente señaladas por el Sistema General de Riesgos Profesionales.

Finalmente señaló que su representada realizó todas las actuaciones necesarias para el tratamiento y valoración médica del actor, ya que en ningún momento se le negaron las prestaciones asistenciales a las cuales tiene derecho.

Formuló las siguientes excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, falta de causa jurídica y, enriquecimiento sin causa. (fls. 90-98)

5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Por solicitud de la entidad demandada, fue llamado en garantía al proceso el médico Carlos Carmona Lorduy, mediante auto de 21 de septiembre de 2009(fl. 139-140).

El Doctor Carmona, por medio de apoderado, se opuso al llamamiento en garantía (fls. 153-160) manifestando, que su representado no es agente del Estado.

Así mismo señaló que la conducta de su poderdante fue cuidadosa, diligente y prudente, todo ello ajustado a la Lex Artis o técnica de la excelencia; por ende no es posible señalar que su actuar fue doloso o gravemente culposo.

Finalmente adujo que las pretensiones señaladas en el llamamiento en garantía debían ser desestimadas, en razón de que carecen de fundamentos fácticos, científicos y jurídicos.

Como excepciones de fondo propuso la ausencia de responsabilidad, la obligación de medios y cualquier otra que resultara probada de oficio.

6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 11 de septiembre de 2012 (fls. 285-320), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedieron las pretensiones de la demanda, tras considerar que se acreditó la falla del servicio médico invocada, toda vez que se logró demostrar la omisión del médico ortopedista y traumatólogo, agente a través del cual la administración prestó el servicio de salud al demandante.

En ese sentido el A-quo al analizar el material probatorio obrante en el proceso, determinó que el médico que le realizó el procedimiento quirúrgico

de artrodesis del primer metacarpiano al demandante, no cumplió con el deber legal de advertirle sobre las reacciones adversas, inmediatas o tardías que implicaba la cirugía.

7. RECURSO DE APELACIÓN

El llamado en garantía, a través de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (fls. 322-336), insistiendo para ello en lo siguiente:

Sostiene que la distrofia simpática refleja no se ocasionó como consecuencia de la cirugía practicada por su defendido, siendo la consecuencia directa del daño irrogado, las dos fracturas que sufrió el demandante antes que fuera atendido por él.

En efecto señala que la parestesia (trastornos sensitivos) padecida por el paciente en su mano derecha, no encuentra explicación distinta a la lesión del nervio radial sensitivo con motivo de la fractura y el trauma sufrido en el accidente laboral inicial del 9 de agosto de 2006, esto es, en la fractura del primer metacarpo de la mano derecha.

A partir de la anterior apreciación el apelante, asevera que el juez de instancia de manera apresurada y sin el suficiente análisis médico científico del caso, concluyó que la causa generativa del daño fue el procedimiento médico practicado por su agenciado.

Como segundo punto de la apelación, el llamado en garantía esgrimió la imposibilidad de condenarlo por la supuesta ausencia del consentimiento informado; pues como bien se observa en el material probatorio recaudado, la causa del daño no se encuentra en la ocurrencia de un riesgo en la cirugía

practicada. Por tal razón estima que resulta irrelevante el hecho de que se le haya informado al paciente sobre los posibles riesgos y consecuencia de la cirugía a practicar.

Por último expresa que el llamamiento es totalmente improcedente, toda vez que no media en el plenario las pruebas que acrediten su vinculación legal o contractual con la entidad demandada.

8. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante alegó de conclusión dentro del término previsto para ello, insistiendo en los argumentos planteados en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia. (fls. 411-427)

La apodera de la parte demandada reiteró los fundamentos jurídicos expuestos en la contestación de la demanda. (fls. 408-410)

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no conceptuó.

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo a decidir de fondo el presente asunto, debe precisarse que el recurso de apelación contra la sentencia de instancia sólo fue interpuesto por el llamado en garantía, por lo tanto, la Sala resolverá a partir de lo señalado en el artículo

357 del C.P.C.), es decir, abordará el estudio del recurso de alzada sin hacer más gravosa la situación del apelante único, respetando así el principio de la non reformatio in pejus.

Es preciso señalar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados en el mismo, de tal suerte que el marco fundamental de competencia de esta Sala lo determinan los fundamentos conceptuales que se aducen y esgrimen en contra de la decisión recurrida, por ello, los aspectos diversos a los planteados por el apelante quedarían excluidos del debate en esta instancia superior.

Bajo este entendido, queda claro entonces que en el sub lite el objeto de la apelación se circunscribirá al estudio y análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por el llamado en garantía; de tal modo que se mantendrá incólume aquellos aspectos decididos por el A-quo relacionados con la responsabilidad del Instituto de los Seguros Sociales-ARP hoy Positiva Compañía de Seguros S.A. y la condena impuesta contra ésta, dado que dicha entidad no recurrió la sentencia de instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Incurrió el llamado en garantía en una falla médica al no informar al señor Octavio Arizmendy Pinto los posibles riesgos y/o consecuencias que acarrearía la práctica de la cirugía de artrodesis del primer metacarpiano de la mano derecha?

¹ Inciso primero: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

En el evento en que se llegare acreditar la omisión del llamado en garantía, la Sala propone resolver el siguiente planteamiento:

¿Es procedente llamar en garantía al personal que labora para un contratista del Estado?

Para resolver lo anterior, la Sala analizará los siguientes aspectos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, que desarrollan la falla del servicio médico.

3. DEL SERVICIO DE SALUD

En relación con la prestación del servicio médico, la Corte Constitucional ha dicho que, a la luz del artículo 49 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”* y, en consecuencia, todos los ciudadanos están facultados para exigir del Estado el cumplimiento efectivo de dicha obligación.

Ese derecho a la prestación del servicio de atención en salud ostenta una dimensión programática y su plena garantía constituye un objetivo político y un compromiso derivado de la estructura del Estado Social de Derecho.

El servicio médico debe prestarse diligentemente, con el concurso de todos los medios humanos, técnicos, farmacéuticos, científicos, etc., entre otras razones, porque la dignidad de la persona humana exige que al paciente se le preste la condigna atención.

Por ello, el médico tiene la obligación legal, moral y social de atender a toda persona que se encuentre enferma. La enfermedad misma coloca al paciente en una situación tal de dependencia y sumisión, que no le deja elegir ni exigir,

y simplemente debe confiar en las decisiones que respecto de él tomen los médicos y las instituciones encargadas de su atención médica. El acto médico es complejo, comienza con el diagnóstico y la extensión en su cubrimiento corresponde a la situación del paciente según su estado de salud y requerimientos de la misma.

Así las cosas, en aquellos eventos en que el servicio médico no sea debidamente prestado, se generará responsabilidad institucional y personal, acorde con las circunstancias en que se desarrollen los hechos.

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.

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

En torno del título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y la carga probatoria en tales asuntos, se ha dado una evolución jurisprudencial en la que se ha transitado por varias etapas.

En un primer momento, hasta antes de 1992, se aplicó el sistema de la falla probada que exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que como se trataba de una obligación de medio, la sola prueba de la existencia del daño no daba lugar a presumir la falla del servicio.

Esta tesis fue luego morigerada mediante sentencia de 14 de febrero de 1992², en la que se planteó la tesis de la falla inferida, según la cual podía probarse la falla del servicio a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducirla.

Posteriormente, mediante la sentencia de 30 de julio de 1992³, se adoptó el régimen de la falla presunta del servicio médico y la consecuente inversión de la carga de la prueba, por considerar que en materia médica, dada la complejidad y el tecnicismo que impera, era a los prestadores del servicio médico a quienes les correspondía probarla idoneidad de los procedimientos empleados, o lo que es lo mismo, la ausencia de falla, mientras que el demandante estaba obligado a probar el daño y el nexo causal.

En sentencia de 10 de febrero de 2000, se adoptó la teoría de las cargas probatorias dinámicas, por estimar que la presunción de la falla del servicio no podía ser aplicada indiscriminadamente sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia⁴.

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 6477, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández

⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 11878, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

A partir de sentencia de 31 de agosto de 2006⁵, se retomó el título de imputación de la “falla probada”, en aplicación del cual le corresponde a la parte actora acreditar los elementos que integran la responsabilidad médica del Estado, salvo que por las circunstancias técnicas y científicas le resulte prácticamente imposible demostrar el daño, evento en el cual se trasladará la carga probatoria a la entidad demandada.

En ese sentido, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 28 de enero de 2009⁶, en los siguientes términos:

“La determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales no ha sido pacífica en la jurisprudencia, como quiera que paralelamente a la postura que ha propendido por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos- de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación –durante un significativo periodo de tiempo- de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido- la carga de atender a los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, las pruebas de que dicho servicio fue prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad. Con

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 28 de enero de 2009, Radicado: 50001-23-31-000-1992-03589-01.

fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación” (Negrillas fuera del texto).

El anterior criterio jurisprudencial fue reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencias del 28 de abril de 2010, exp. 20.087, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y de 7 de febrero de 2011, exp. 22466, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Se observa entonces que la postura jurisprudencial actual ha sido enfática en señalar que el título de imputación aplicable en materia de responsabilidad extracontractual estatal por servicios médicos, es el de la falla probada del servicio y que, en tal medida, el demandante está obligado a demostrar (i) el daño, (ii) la falla por el deficiente funcionamiento del servicio médico que se alega -salvo que le resulte excesivamente difícil o prácticamente imposible hacerlo- y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos.

Con todo, en sede jurisprudencial se ha admitido la prueba indirecta del nexo causal por vía indiciaria, ante la ausencia de prueba directa, como pasa a verse:

“Es claro, según el mandato del artículo 177 del C. P. C., que la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que

debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer.

En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre la falla del servicio médico asistencial y el daño, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad oficial – falla del servicio- constituyó la causa adecuada o eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar, salvo contadas excepciones, que el deber de acreditar el vínculo causal está a cargo de la parte demandante.

Sin embargo, cuando no se cuenta con tal prueba directa respecto de la causalidad de la falla del servicio médico asistencial con el daño alegado o cuando aquella no le ofrece al juez un grado pleno de certeza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha recurrido también a un aligeramiento de la carga probatoria al respecto y ha empleado medios probatorios indirectos.”⁷

5. LO PROBADO

Con sustento en los medios probatorios allegados oportunamente y que cumplen los requisitos exigidos por la ley procesal para ser apreciados, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- a) El 10 de agosto de 2006, el señor Octavio Arizmendy Pinto sufrió un accidente laboral, que trajo como consecuencia un trauma en la muñeca derecha (fl. 9).
- b) El 17 de agosto de 2006, ingresó para control en la Clínica el Rosario porque presentó hace +- ocho días trauma directo en la muñeca derecha mientras trabajaba con placas de concreto, posterior a este evento presentó

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 76001-23-25-000-1997-04474-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

dolor y edema, le colocaron férula de yeso, actualmente presenta dolor y parestesia de los dedos de las mano y dolor para la movilización (fl. 10).

- c) El 24 de agosto de 2006 le fue realizada una inmovilización con yeso braquiodigital; siendo retirado el mismo el día 14 de septiembre de 2006 (fls. 12- 13).
- d) El 26 de septiembre de 2006 en virtud de que no tenía mejoría con la terapia, el Dr. Álvaro Díaz Wright solicitó RX control de mano derecha AP oblicua (fl. 14).
- e) El 28 de septiembre de 2006 el Ortopedista Álvaro Díaz Wright encontró en la radiografía de control signos de consolidación de fractura y determinó que se debía seguir con la terapia. Posteriormente, el día 17 de octubre de 2006, encuentra mejoría de la movilidad e indica continuar con la terapia física durante 10 sesiones.(fls. 15-16)
- f) El 20 de noviembre de 2006 se ordena la práctica de una Tomografía Axial Computada de Miembros Superiores y Articulaciones y Radiografía de Muñecas (fl. 21).
- g) A folios 24 y 25 consta la evaluación médica establecida por el Dr. Carmona, la cual a grandes rasgos señala: “Trae TAC de mano que muestra FX antigua. Al EF: Muestra gran inestabilidad de la articulación 1er dedo.IDX: Inestabilidad de articulación meracarpofalangica subluxación.”. En vista de la no mejora ordenó tratamiento quirúrgico, reducción abierta de la subluxación capsuloplastia de metacarpofalangica.
- h) El 13 de febrero de 2007 en el control post quirúrgico se determinó una evolución de quince días, dolor en área QX, herida seca, sin secreciones; se dispuso cambio de inmovilización y, nueva incapacidad por un mes. (fl. 26.)

- i) El 28 de marzo de 2007 se retira el material de fijación interna o dispositivo de fijación osteosíntesis (fl. 36).
- j) El 24 de abril de 2007, en razón de que el paciente no tolera ABD del pulgar y, refiere disestesias en el mismo, se ordena valoración por cirujano de mano para determinar tratamiento a seguir, (fl. 31).
- k) El 04 de mayo de 2007, se ordena una radiografía de dedos en manos y una gamagrafía ósea corporal. (fls. 38-39)
- l) Consta a folios 40-58 la historia clínica del demandante en la Unidad Médico Quirúrgica “UMEQ”, en donde recibió atención médica de parte el Dr. Hernán Simancas y se le determina una lesión nervio radial (Neuroma) distrofia.
- m) Dictamen emitido por la Junta Regional de Invalidez de Bolívar en el cual se determina una pérdida de la capacidad laboral del 52, 20%. (fls. 73-76)
- n) Finalmente la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determina un 52,00% de pérdida de la capacidad laboral del señor Octavio Arizmendy. (fls. 78-81)

6. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Como quedó dicho, el llamado en garantía Dr. Carlos Carmona Lorduy, a través de apoderado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda y en consecuencia le ordenó desembolsar el 70% de la suma a la que fue condenada la Previsora Vida S.A., insistiendo para ello en que la distrofia simpática refleja padecida por el demandante, tuvo su génesis en la fractura y trauma directo que sufrió el día 9 de agosto de 2006, como consecuencia del accidente laboral.

En efecto en el *sub judice*, fue acreditado que el accionante padece una lesión nervio radial-Distrofia Simpática Refleja. (fl. 41), como consecuencia de ésta se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 52, 00%.

Empero, si bien se verificó la existencia del daño cuya reparación se deprecia, para definir los fundamentos expuestos por el recurrente resulta imperioso analizar el caudal probatorio recaudado en el trámite del presente proceso; ello de cara a definir su eventual responsabilidad en el daño que se le imputa. Por estas razones la Sala se ha propuesto resolver el siguiente planteamiento:

¿Incurrió el llamado en garantía en una falla médica al no informar al señor Octavio Arizmendy Pinto los posibles riesgos y/o consecuencias que acarrea la práctica de la cirugía de artrodesis del primer metacarpiano de la mano derecha?

El consentimiento informado, además de ser una exigencia constitucional⁸ derivada de la protección suprema de la dignidad humana sobre la que se funda el reconocimiento del hombre como persona y del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad. También, es un deber que la Ley 23 de 1981 y la *lex artis médica* le imponen al galeno⁹.

La Ley 23 de 1981 estructura el consentimiento informado así: i) lo debe obtener el médico tratante –art. 15-, ii) lo debe expresar libremente el paciente, su representante legal, siendo menor, o su allegados, si éste se encontrara en estado de inconsciencia o incapacidad mental –arts. 8 y 14-, iii) procede antes de aplicar cualquier tratamiento médico o quirúrgico, que el médico considere necesario y que pueda afectarlo física o síquicamente–art.15-, iv) corresponde

⁸ Corte Constitucional, entre otras sentencias: T-591 de 2001 y T-850 de 2002, Magistrado Ponente Rodrigo Gil Escobar; T-510 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa y T-866 de 2006, Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.

⁹ Vázquez Ferreyra, Roberto; “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”, Editorial Hammurabi: Buenos Aires; 2002; página 36.

al médico explicar las afectaciones, consecuencias y riesgos previsibles que el paciente debe asumir –arts. 15 y 16- y, v) se exceptúa en los casos en que la urgencia del caso exige una intervención inmediata –art.14.

Lo anterior permite afirmar que anticipadamente a la realización de cualquier tratamiento que considere indispensable y que pueda afectar física o síquicamente al paciente, salvo las excepciones legales, el médico debe explicarle la conducta o procedimiento a realizar, sus riesgos y consecuencias y permitir que exprese libremente si acepta o no su realización. Se trata de un consentimiento calificado, porque su eficacia jurídica depende de que esté precedido de la información suficiente y continua, suministrada por el médico, que permita concluir que el otorgante conoció previamente los tratamientos, sus riesgos y consecuencias y, a sabiendas, los consintió.

Así, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la omisión del deber jurídico que tiene el médico de obtener previamente el consentimiento informado, constituye, por sí misma, falla del servicio, porque afecta directamente el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en su expresión de la autonomía de la voluntad privada¹⁰.

Al respecto la juez de instancia estimó que resultaba probada la responsabilidad del médico, en tanto omitió informarle al paciente sobre los posibles riesgos e injerencias que acarrearía la práctica de la cirugía. En tal sentido, determinó que en la historia clínica no mediaba firma del paciente aceptando la práctica del procedimiento médico.

Desde la óptica de la tesis expuesta por el A-quo, es dable aclarar que los fundamentos fácticos expuestos por la demandante en torno a la imputación de la responsabilidad, tienen como sustento la falta de idoneidad y experiencia

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección “B”, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 17001-23-31-000-1999-00695-01(26636), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

del galeno para la realización de tal procedimiento; aspecto que se da por desvirtuado, toda vez que las pruebas obrante en el plenario indican que el garante tenía todas las capacidades para realizar dicha cirugía y que además era el procedimiento adecuado teniendo en cuenta la patología del paciente¹¹.

Del dictamen pericial rendido se determina que la especialidad del doctor en ortopedia y traumatología, le confiere idoneidad para realizar la cirugía que le practicó al señor Arizmendi Pinto. De igual modo se extrae que de acuerdo con la historia clínica, la Artrodesis del Primer Metacarpiano, si está indicada como tratamiento en este tipo de patologías¹².

Igualmente en el testimonio que rindió el doctor Marco Antonio Araujo Castro, al preguntársele sobre la idoneidad del llamado en garantía, señaló:

“(...) CONTESTADO: Si es idóneo, sobre todo teniendo en cuenta el origen traumático de la enfermedad del paciente cuyo tratamiento en la esencia del traumatólogo” (fl. 215)

Con relación a la omisión endilgada al llamado en garantía en tanto no consta prueba en el expediente que acredite que informó al paciente los eventuales riesgos que acarreaba la cirugía, se observa que en el interrogatorio de parte éste manifestó que si bien no elaboró un formato en el cual constara el consentimiento, si informó de manera verbal las posibles consecuencias¹³.

“PREGUNTADO: Diga si usted elaboró un formato denominado consentimiento informado y si fue firmado por el paciente Octavio José Arismendi Pinto. CONTESTÓ: No. El consentimiento que es la aclaración del procedimiento quirúrgico, la duración del mismo y las consecuencias fue realizado de forma verbal en el consultorio”.

¹¹ Folios 216,225, 239.

¹² Folios 225-226 y 239.

¹³ Folio 217.

Lo anterior permite aseverar que la juez de instancia desestimó dicha probanza, por cuanto pareciera llegar a la conclusión que el denominado consentimiento siempre debe constar por escrito; no siendo ello así, en tanto el cumplimiento del deber legar lo que entraña es que el médico de manera expresa, puntual, concreta y en un lenguaje entendible le informe al paciente las eventualidades que puede acarrear el procedimiento médico, sin que ello implica que siempre deba obrar por escrito.

A juicio de esta Sala no existe tarifa legal en torno a la forma de acreditar que se informó al paciente sobre el desarrollo del procedimiento médico, de tal suerte que si el galeno lo hace de manera verbal, se tiene por cumplido el respectivo deber, pues lo que se valora es la manifestación que al paciente se le haga del procedimiento médico a realizar.

Sobre este tópico se ha considerado que el consentimiento es uno solo, pero que en torno a sus formas varían de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto y que se pueden clasificar principalmente en verbales, escritas y directivas anticipadas¹⁴.

De otra parte, el Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 3 de mayo de 2007, radicado 76001-23-31-000-1996-05556-01(16098), C.P.: Enrique Gil Botero, luego de analizar el desarrollo jurisprudencial y doctrinal acerca del consentimiento informado, determinó lo siguiente:

“En el presente caso, la Sala manifiesta su conformidad con la premisa básica de que el consentimiento informado es un principio, por lo que su aplicación debe adecuarse al caso concreto y acepta además que puede ser acreditado por diversos medios de prueba, no solo mediante un

¹⁴ Ruíz Orejuela, Wilson, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, segunda edición, Editorial Eco Ediciones, Bogotá, 2013, páginas 222 y 223.

documento que contenga la voluntad expresa del paciente." (Subrayas fuera texto)

En otrora oportunidad el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, también se refirió sobre la forma en que se informa al paciente de las implicaciones y la manera en que éste puede emitir la aceptación al procedimiento médico:

"(...) La doctrina nacional se inclina por considerar que se debe relevar al médico del deber de información en aquellos eventos en los cuales" por circunstancias de carácter psicológico, el conocer los riesgos o las implicaciones de un tratamiento o de una intervención quirúrgica afectaría sus posibilidades de éxito y de recuperación (privilegio terapéutico)"; o cuando el destinatario de la información es otro profesional de la especialidad respectiva; el paciente ha sido sometido al mismo tratamiento en repetidas ocasiones, sobre el cual fue informado y dio su consentimiento; cuando el paciente, por su propia iniciativa, de manera anticipada y reflexiva, renuncia de manera expresa a su derecho a ser informado, y cuando resulta inexorable e inaplazable una determinada intervención (urgencia médica) .

Una vez se brinde al paciente (o su representante) la información "adecuada y suficiente", este deberá emitir su consentimiento. En este punto el problema está relacionado con la capacidad para otorgar ese consentimiento, o la imposibilidad de hacerlo en un momento determinado, por hallarse el paciente en estado de inconsciencia o afectación psíquica o emocional. eventos en los cuales deberá lograrse el "consentimiento sustituto". Ante la imposibilidad de obtener el consentimiento, el médico debe realizarse los procedimientos necesarios para evitar complicaciones graves, o someter al paciente a una nueva cirugía.

Si juzga que el tratamiento es necesario, el médico debe tratar de persuadir, pero no de forzar, al paciente para que este acceda a recibirlo, toda vez que una indebida coacción ejercida contra el mismo puede viciar su consentimiento y de esta forma comprometer la responsabilidad de la entidad demandada.

En cuanto a la forma cómo debe brindarse el consentimiento, vale destacar que no se requiere necesariamente que conste por escrito, puede expresarse en forma verbal, o inclusive tácita, lo cual puede inferirse por ejemplo de la aceptación de las prescripciones clínicas, de las cuales

conoce los riesgos a los que se expone¹⁵. (...)”. (Subrayas fuera texto original)

Bastan los anteriores criterios para afirmar que en el sub judice, es improcedente afirmar que el llamado en garantía omitió el deber de informar los eventuales riesgos que acarrearía la cirugía, pues como bien se destacó éste lo hizo de manera verbal, siendo esta una de las formas en las que se puede transmitir la información al paciente. Por tanto al no existir prueba en el plenario que contradiga lo sustentado por el llamado en garantía, la Sala tiene como cierto lo manifestado en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que el accionante en el libelo demandatorio no hace pronunciamiento sobre omisión, sino a la falta de calidades para la práctica de la cirugía, cuestión que ya se encuentra superada.

Ahora en gracia de discusión y contrario a lo sostenido por el A-quo, en el sub judice resulta imposible aseverar que la cirugía realizada por el llamado en garantía sin el consentimiento del paciente ha sido la causa del daño acaecido, pues como bien se pudo constatar el procedimiento practicado no es la única fuente que genera la distrofia, toda vez que existen pruebas en el plenario que permiten entender que el daño pudo haber tenido su génesis en la fractura ocasionada en el accidente y, que además las eventuales implicaciones pueden ocasionarse incluso dentro de una adecuada práctica médica¹⁶.

A nuestro juicio, con o sin consentimiento, el riesgo al cual se exponía el paciente hubiera sido el mismo, es decir, no se hubiera suprimido o agravado por la falta de tal formalidad.

Como se observa en el dictamen pericial, la fractura del primer metacarpiano, esto es, la contusión que sufrió el demandante como consecuencia del

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de mayo de 2008, Rad. 15237, C.P.. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ Folio 239.

accidente, bien pudo ocasionar el daño en la rama superficial del nervio radial (fl. 240)

Lo anterior guarda relación con lo expuesto por el doctor Marco Antonio Araujo Orozco, cuando se le preguntó:

“PREGUNTADO: Es posible que una fractura del primer metacarpo puede afectar directamente daño en la rama superficial del nervio radial. CONTESTÓ: Si, tanto la fractura como el trauma que la cause puede afectar directa o indirectamente al nervio bien sea por contusión directa o por fenómenos asociados al trauma, como el hematoma posterior al mismo. Dichos fenómenos son proclives de comprimir e incluso seccionar la rama nerviosa causando daño de la función de la misma, los cuales están representados según el daño sostenido por el nervio la presencia de parestesias, distesias o síndromes dolorosos y anestesia por sección completa de la rama nerviosa¹⁷.” (Subrayas fuera texto)

Correlativamente el doctor Alex Tejada Núñez, en su testimonio determinó sobre la lesión sufrida por el accionante, lo siguiente:

“PREGUNTADO: Sírvase decir al despacho de acuerdo al reporte de patología avalado por usted, una descripción macroscópica del contenido de la misma, en términos que sean más conocidos para el común. CONTESTADO: “Un estudio de patología consta de 3 ítems, el estudio macroscópico que es el estudio visual de lo que se recibe o de la muestra que recibe. El estudio microscópico es un examen detallado de las células mediante microscopía posterior a un procedimiento que se realiza al tejido enviado para ser observado en laminillas y el tejido teñido, después de eso se emite el diagnóstico, el cual en este caso fue el de neuroma traumático del nervio radial, el cual consiste en una lesión benigna ocasionada en la mayor parte de los casos por traumatismo directo causado sobre el nervio en cuestión.¹⁸” (Subrayas fuera texto)

Las anteriores probanzas permiten concluir que en el sub lite, no median elementos probatorios suficientes que permitan endilgar la responsabilidad del llamado en garantía, toda vez que no existe certeza que el daño padecido por

¹⁷ Folio 215.

¹⁸ Folio 192.

el demandante se haya ocasionado por la impericia o inadecuado ejercicio del galeno en la realización del procedimiento médico. En consecuencia la Sala considera pertinente revocar el numeral quinto que condenó al doctor Carlos Carmona Lorduy a desembolsar a la Previsora Vida S.A., hoy Positiva Compañía de Seguros S.A., la condena impuesta a dicha entidad.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte recurrente 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 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual concedió las súplicas de la demanda, con excepción del numeral quinto que se revoca.

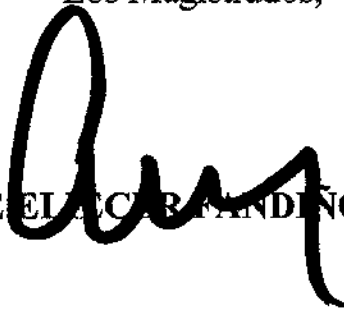
Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.


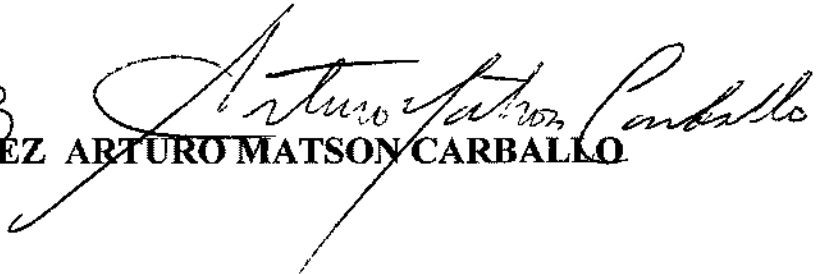
Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

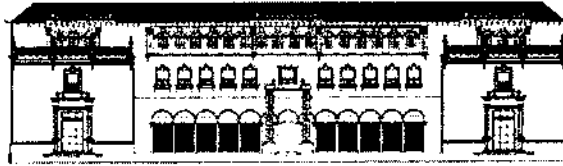
Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


JORGE ELIECER ROLDÁN GALLO



MÁRCELA LÓPEZ ÁLVAREZ ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-004-2008-00254-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1402
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: LUIS ENRIQUE LOPEZ AMADOR
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2008-00261-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE (27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

SALA DE DECISIÓN 001

Cartagena de Indias, veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 13-001-33-31-003-2008-00261-01
Accionante: Luís Enrique López Amador.
Demandado: Departamento de Bolívar

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2012 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

El señor Luís Enrique López Amador, a través de apoderado, concurrió a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo contra el Departamento de Bolívar, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

1. PRETENSIONES

Se declare la nulidad del acto administrativo 01457 de 5 de diciembre de 2008 proferido por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la prima técnica desde enero de 1998 a Luís Enrique López Amador.

Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al departamento:

- Reconocer y pagar al libelista la prima técnica causada desde 1998, conforme al porcentaje obtenido en los resultados de sus evaluaciones.
- Reliquidar las prestaciones sociales del accionante tomando en cuenta la prima técnica, como factor salarial.

Se dé cumplimiento al fallo dentro de los parámetros trazados en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La parte accionante sustenta la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Luis Enrique López Amador desempeña el cargo de Auxiliar Técnico 4110 – 03 adscrito a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, cuyas funciones ejerce en el Colegio Equipo de Educación Fundamental de Talaigua Nuevo (Bolívar).

Ingresó a laborar el 10 de abril de 1991 y se encuentra inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en virtud de la Resolución 12629 de 30 de noviembre de 1992 proferida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Al actor se le venía reconociendo la prima técnica hasta 1997, pero sin justificación alguna se le dejó de pagar tal emolumento desde 1998, pese a que cumplía con los requisitos de ley para devengarlos.

Con sustento en lo dispuesto en los Decretos 1661 de 1991 y 2164 de 1991 y en las Resoluciones 03528 de 1993 y 05737 de 1994, solicitó la reanudación del

reconocimiento y pago de la prima técnica en cuatro ocasiones: el 12 de julio de 2000; el 2 de diciembre de 2005; el 15 de febrero de 2007 y, finalmente, el 5 de diciembre de 2008, obteniendo siempre respuestas negativas, la última de ellas contenida en el acto administrativo demandado.

3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante señaló como vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política, artículos 2 y 13.

Ley 200 de 1995: artículo 39, numeral 5°.

Decretos 1661 y 2164 de 1991.

Resoluciones 03528 de 1993 art. 1° párrafo 3° y 05737 de 1994

Señala que el Decreto 1661 de 1991 define la prima técnica como un reconocimiento para mantener en el servicio a funcionarios altamente calificados de la rama ejecutiva y establece los criterios para otorgarla; que el Decreto 03528 de 1993 reglamentó la asignación de la prima técnica para los funcionarios de la planta del Ministerio de Educación Nacional que desempeñen cargos en propiedad en los niveles directivo, ejecutivo, asesor y profesional, pudiendo otorgarla por evaluación de desempeño a funcionarios de niveles diferentes, como los administrativos del orden nacional que colaboran en los fondos, oficinas, centros y colegios descritos en la Resolución 5737 de 1994 del Ministerio de Educación Nacional.

Aduce que ingresó a la Administración Pública en abril de 1991, en la modalidad de libre nombramiento y remoción, pero que fue inscrito en carrera administrativa en 1992, antes de la expedición del Decreto 1724 de 1997, razón por la cual aduce que cumple con los requisitos consagrados en la

Resolución 3528 de 1993, lo que le permite ser cobijado por el régimen de transición y así continuar devengando esa prestación.

4. DEFENSA

El Departamento de Bolívar contestó la demanda (fls. 177 - 181, cdno. ppal.), se opuso a las pretensiones de la misma y manifestó que el cargo que el libelista ostenta no pertenece a los niveles taxativos que enumera el Decreto 1724 de 1997, pues el nivel administrativo no es cobijado con el beneficio de la prima técnica según esa normatividad, y que por lo tanto no tiene derecho a lo pretendido en la demanda.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 9 de agosto de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 725-754, cdno. ppal.), se declaró la nulidad del acto administrativo demandado y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenó el reconocimiento y pago de la prima técnica a favor del actor a partir del 20 de noviembre de 2005, en atención al fenómeno de la prescripción trienal pues radicó la petición el 20 de noviembre de 2008.

En respaldo de su decisión manifestó el fallador de primer grado que fue probado que para la época de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 4 de julio de 1997, el actor se encontraba inscrito en carrera administrativa, y que en el período comprendido entre marzo de 1997 y febrero de 1998 obtuvo calificación superior al noventa por ciento (90%); motivo por el cual concluyó que el demandante tenía un derecho adquirido que le permitía acceder al reconocimiento y pago de la prima deprecada en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 4º *ibídem*.

De otra arista, se denegó la pretensión de reajuste de las prestaciones sociales del libelista teniendo en cuenta la prima técnica reconocida, bajo el argumento que ésta última no constituye factor salarial.

6. RECURSO DE APELACIÓN.

El ente territorial demandado formuló apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 756-758, cdno. ppal.) manifestando que el señor Luis López Amador no tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica, para lo cual adujo, en primer lugar, que mediante el Decreto 1724 de 1997 se dispuso que esa prestación sólo podría ser reconocida a los empleados de los niveles ejecutivo, directivo o asesor, a los cuales no pertenecía el cargo del accionante. En segundo lugar argumentó que el libelista tampoco podía beneficiarse del régimen de transición consagrado en el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997, pues no había adquirido el derecho prestacional ni había solicitado su reconocimiento y pago antes de la entrada en vigencia de esa normatividad.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sólo la parte accionada presentó alegatos de cierre, insistiendo en los argumentos planteados en el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primer grado (fls. 756-758, cdno. ppal.).

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Procurador 21 Judicial II Delegado ante ésta Corporación conceptuó que se debe confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto, en su criterio,

quedó decantado que el demandante reúne los siguientes requisitos para ser cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 4º del Decreto 2774 de 1997: (i) el desempeño del empleo en propiedad y, (ii) obtener un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento (fls. 775-784).

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo a adelantar el estudio de fondo del presente asunto, es menester precisar que el Departamento de Bolívar ostenta la condición de apelante único, razón por la cual la competencia para conocer del recurso de apelación se circunscribe a aquello que le sea desfavorable a ese ente territorial, sin que pueda desmejorarse su situación ni enmendarse la providencia 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.

Por lo anterior, el análisis del presente asunto se hará únicamente frente a los reproches formulados por la entidad recurrente respecto de la decisión de declarar la nulidad del acto administrativo demandado y de reconocer a favor del actor la prima técnica por evaluación del desempeño desde el 20 de noviembre de 2005.

En efecto, quedó al margen del debate la denegatoria de la pretensión de reliquidación de las prestaciones del demandante teniendo en cuenta la prima técnica como factor salarial, pues el extremo libelista, quien era el único que

tenía interés para cuestionar esa determinación, no impugnó el fallo de primer grado

2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿El demandante, en su condición de empleado administrativo vinculado desde el 24 de abril de 1991 a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar en el cargo de Auxiliar Técnico 4110-03, consolidó su derecho a la prima técnica por evaluación del desempeño antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de julio 4 de 1997?

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La prima técnica fue establecida en el Decreto 1661 de 1991 como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio a funcionarios o empleados altamente calificados o con un alto rendimiento en el desempeño del cargo, que puede obtenerse por títulos de estudios de formación avanzada o por evaluación del desempeño.

En cumplimiento de las competencias otorgadas por el artículo 7º del Decreto reglamentario 2164 de 1991, el Ministerio de Educación reglamentó la prima técnica en lo que corresponde a su sector mediante la Resolución 03528 del 16 de julio de 1993, definiendo las condiciones particulares de asignación a los empleados de la entidad según sus propios criterios y consagrando el derecho a obtener ese emolumento por evaluación del desempeño para todos los niveles.

Puntualmente, respecto del reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, se dispuso en el artículo 3º de la Resolución 03528 de 1993 lo siguiente:

“Artículo 3°. Condiciones que deben acreditar los funcionarios para el otorgamiento de prima técnica:

...

a) Prima técnica por evaluación del desempeño

1. Acreditar requisitos tanto en educación, como en experiencia exigidos para el desempeño del cargo en el manual de funciones.

2. Obtener un porcentaje igual o superior al 90% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicio realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento o de la última calificación anual de servicios establecida por el Departamento Administrativo de la Función Pública...

3. Experiencia en área relacionada con las funciones propias del cargo por un término no inferior a 2 años.

4. No haber sido sancionado disciplinariamente con suspensión durante los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de otorgamiento de la prima técnica...”

Así mismo, mediante la Resolución 05737 de 12 de julio de 1994, el Ministro de Educación Nacional reguló la asignación de la prima técnica para otros funcionarios del orden nacional, vinculados a la administración del servicio educativo en las entidades territoriales en los siguientes términos:

“Art.1° Para el reconocimiento de la Prima Técnica a funcionarios administrativos del orden Nacional que laboran en Fondos Educativos Regionales, oficinas Seccionales de Escalafón, Centros Experimentales Piloto, Centros Auxiliares de Servicios Docentes y Colegios Nacionales y Nacionalizados, se tendrá en cuenta las disposiciones contenidas en la Resolución 3528 de 1993 que reglamenta la asignación de la prima técnica para funcionarios de la Planta de Personal del Ministerio de Educación Nacional.

“Art. 2 Los actos administrativos de reconocimiento de la Prima Técnica para los funcionarios indicados en el artículo anterior, serán proferidos por los Gobernadores y Alcalde Mayor de Santa fe de Bogotá en calidad de Presidentes de las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 6 del Decreto 1661 de 1991”.

En este orden de ideas se advierte que los empleados administrativos de los

colegios nacionales y nacionalizados, tenían derecho a devengar la prima técnica, siempre y cuando cumplieren los requisitos previstos para el efecto en las aludidas disposiciones.

Ahora bien, el Decreto 1724 de 1997¹ restringió la asignación de la prima técnica a determinados niveles de la Rama Ejecutiva, por cuanto dispuso que sólo procedería para las personas nombradas con carácter permanente en empleos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público, pero consagrando un régimen de transición que ampara a los empleados a quienes les haya sido concedida prima técnica, aunque ocupen cargos diferentes a los antes señalados, y que les permite continuar devengándola hasta su desvinculación de la entidad o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida².

En tal medida, conforme lo decantó el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, los empleados que consolidaron su derecho *“antes de la expedición del Decreto 1724 de 1997, aunque este no les haya sido reconocido por la Administración, cuentan con un derecho adquirido que*

¹ DECRETO 1724 DE 1997. (julio 4). *“por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”, Derogado luego por el artículo 6 del Decreto Nacional 1336 de 2003: “Artículo 1º. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.*

² Al respecto indicó el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A”, sentencia de 10 de noviembre de 2010, radicación 25000 2325 000 2006 02826 01 (2273-07), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, que *“No obstante, el mencionado Decreto [1724 de 1997] preservó el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño de quienes a la fecha de su entrada en vigencia lo habían consolidado de conformidad con la normatividad anterior... el régimen de transición allí previsto permitió que quienes hubiesen reunido los requisitos para acceder a la prima técnica con anterioridad al 11 de julio de 1997, preservaran o continuaran disfrutando de dicho beneficio económico hasta su retiro de la Entidad o hasta que se cumpliera alguna de las condiciones para su pérdida. Al respecto, debe precisarse que la expresión “otorgado” contenida en la norma transcrita no contrae los efectos del régimen de transición únicamente a quienes se encontraran disfrutando efectivamente de una prima técnica, a quienes tuviesen un acto expreso de reconocimiento de la misma, o a quienes hubiesen reclamado con anterioridad de su vigencia el derecho, como equivocadamente se ha entendido, sino que abarca a todos aquellos empleados que aun sin acto de reconocimiento o sin haber elevado la solicitud pertinente, hubiesen consolidado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724, el 11 de julio de 1997 de conformidad con la normatividad general o especial que les venía cobijando”.*

ingresó a su patrimonio y que pueden reclamar, siempre y cuando, no se encuentre afectado por las causales previstas en el régimen de transición, para su pérdida, o por el fenómeno de la prescripción”³.

En síntesis, respecto a quienes se consolidó el derecho al reconocimiento de la prima técnica, por reunir los requisitos de acceso a la prima durante la vigencia del Decreto 1661 de 1991, debe respetárseles dicho beneficio independientemente de la restricción hecha por el Decreto 1724 de 1997⁴, ello, al amparo del régimen de transición que ésta misma norma previó y de la teoría de los derechos adquiridos.

4. LO PROBADO

Con sustento en los elementos de juicio aportados y practicados dentro del *sub judice*, se acreditaron los siguientes supuestos fácticos relevantes con miras a la definición de la alzada:

- a) Luis Enrique López Amador se posesionó el 24 de abril de 1991 en el cargo de Técnico 4110-03 del Equipo de Educación Fundamental de Talaigua Nuevo, empleo adscrito a la planta de personal administrativo de la Secretaría de Educación Departamental (fl. 37, cdno. ppal.), y actualmente cumple las funciones de dicho cargo en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria de Talaigua Nuevo (fl. 214).
- b) El 30 de noviembre de 1992 fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa en el cargo mencionado (fl. 39, cdno. ppal.).

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUB SECCION “A”, sentencia de 10 de noviembre de 2010, radicado 15001-23-31-000-2002-01165-01(2707-08). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ El artículo 5° del Decreto 1724, del 4 de julio de 1997 indica que entra a regir desde su publicación, la cual se dio en el Diario Oficial No 43.081, de 11 de julio de 1997.

c) Su desempeño durante los períodos anuales que a continuación se indican fueron evaluados con los siguientes puntajes definitivos sobre mil (1000)(fls. 214-235, cdno. ppal.):

Período Evaluado	Calificación total	Porcentaje Equivalente
23/03/1996 - 25/03/1997	913	91.3%
23/03/1997 - 22/03/1998	919	91.9%
01/03/1999 - 29/02/2000	976	97.6%
01/03/2000 - 09/03/2001	973.3	97.3%
01/03/2001 - 28/02/2002	976.5	97.6%
01/03/2002 - 03/03/2003	976.2	97.6%
08/02/2003 - 28/02/2004	983.38	98.3%
01/03/2004 - 28/03/2005	954.44	95.4%
01/03/2005 - 31/01/2006	983.38	98.3%
01/02/2007 - 31/07/2007	972.21	97.2%
07/08/2007 - 31/01/2008	959.4	95.9%
01/02/2008 - 31/07/2008	974.31	97.4%

d) Por escrito recibido el 20 de noviembre de 2008, el accionante presentó solicitud de reconocimiento y pago de la prima técnica ante el Secretario de Educación Departamental de Bolívar, manifestando tener derecho a su reconocimiento desde enero de 1998, conforme al Decreto 1661 de 1991 y las Resoluciones 03528 de 1993 y 05737 de 1994 que reglamentan dicha prestación, en virtud de la evaluación y calificación satisfactoria por sus inmediatos superiores (fls. 18-25, cdno. ppal).

e) Mediante Oficio 01457 de 5 de diciembre 2008, la entidad demandada negó al actor el reconocimiento de la prima técnica, manifestando que el régimen que la consagró fue modificado por el Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, el cual estableció que solo podrá asignarse a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor o Ejecutivo (fls. 27-29, cdno. ppal.). En éste acto administrativo no se indicó qué recursos procedían contra el mismo.

5. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO.

En orden a definir la alzada es menester puntualizar primeramente que según fue probado en el *sub lite*, el cargo de Técnico 4110-03 desempeñado por el señor Luis Enrique López Amador no pertenece a los niveles directivo, ejecutivo o asesor a los que hace referencia el Decreto 1724 de 1997, motivo por el cual la viabilidad de la pretensión de reconocimiento de la prima técnica está supeditada a la prueba de la consolidación de ese derecho prestacional bajo los Decretos 1661 de 1991 y 2164 de 1991, de conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 4° del Decreto 1724/97.

Al respecto, se memora que para acceder en virtud del régimen de transición en cuestión al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño, deben verificarse los siguientes dos (2) requisitos exigidos en el Decreto 2164 de 1991: i) el desempeño del empleo en propiedad y, ii) que en la calificación de servicios anual se obtenga una calificación superior al noventa por ciento (90%).

El primero de los requisitos enlistados fue cumplido a cabalidad, pues según se demostró con el acta de posesión, la resolución de inscripción en escalafón de carrera y las calificaciones, el demandante ocupa en propiedad desde 1991 el cargo de Técnico 4110-03 (fls. 37, 39 y 214-235, cdno. ppal.)

Así mismo fue plenamente verificado el segundo presupuesto con las evaluaciones de desempeño que reposan a folios 214 a 235 del cuaderno principal, de las cuales se extrae que el libelista obtuvo una calificación de noventa y uno punto nueve por ciento (91.9%) por el período comprendido entre el 1° de marzo de 1997 y el 28 de febrero de 1998, lo que significa que para el momento en que entró a regir el Decreto 1724 de 1997 había obtenido un puntaje superior a noventa por ciento (90%).

Desde esta perspectiva resulta incontestable que el señor Luis Enrique López Amador es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, por cuanto demostró que antes de la entrada en vigencia de esa normatividad había dado cumplimiento de los requisitos de vinculación en propiedad y puntaje de evaluación exigidos para el reconocimiento y pago de la prima técnica, lo que significa que previo a la expedición de ese decreto había consolidado el derecho a percibir el deprecado emolumento laboral.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró la nulidad del acto administrativo demandado y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenó el reconocimiento y pago de la prima técnica a favor del actor a partir del 20 de noviembre de 2005.

Resta puntualizar que tal y como lo indicó el *a quo*, respecto de las primas técnicas causadas antes del 20 de noviembre de 2005 operó el fenómeno de la prescripción trienal conforme lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, ya que la solicitud de reconocimiento y pago de ésta prestación periódica que dio origen al acto anulado fue presentada por el actor el 20 de noviembre de 2008 (fls. 18-25, cdno. ppal.).

Finalmente, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponer condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

CONFIRMAR la sentencia de fecha 9 de agosto de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las súplicas de la demanda.

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 aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

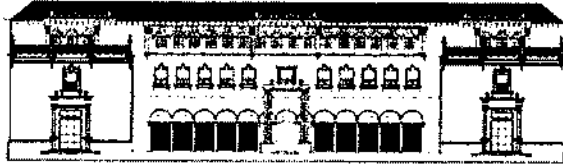

JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado número 13-001-33-31-003-2008-00261-01)

JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**


**E D I C T O N° 1403
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: EDUARDOÑO S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2011-00069-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-

Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

– SALA DE DECISIÓN No. 1 –

Cartagena D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Eduardoño S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-002-2011-00069-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2012, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Eduardo Londoño e Hijos Sucesores S.A., en adelante Eduardoño S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderada judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 000653 de 09 de abril de 2010,

por medio de la cual, le fue impuesta una sanción cambiaria y, Resolución 001976 de 19 de noviembre de 2010, a través de la cual, fue resuelto un recurso de reposición interpuesto contra la primera de las resoluciones mencionadas; actos administrativos proferidos por la División de Gestión de Liquidación y la División de Gestión Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se le exonere del pago de la sanción cambiaria objeto de controversia.

HECHOS

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

Señala el libelo de la demanda, que mediante Auto de Apertura Expediente IMNC22-2006-2009-00239 de 26 de mayo de 2009, la entidad demandada ordenó abrir una investigación en su contra por la presunta violación al régimen cambiario consagrado en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

Agrega, que la DIAN resolvió formularle cargos por no canalizar a través del mercado cambiario el valor correspondiente a las mercancías decomisadas con Resolución 002221 de 20 de septiembre de 2006, consistente en una (1) lancha de fibra de vidrio de 24 pies, matriculada con el número CP3-140B y dos (2) motores fuera de borda marca Yamaha de 200HP cada uno; además, en el referido acto se propone el pago de una multa por valor de doscientos cincuenta y cinco millones noventa y cinco mil trescientos sesenta y ocho pesos M/Cte (\$255.095.368,00).

Manifiesta que al responder el acto de formulación de cargos, anexó la correspondiente Declaración de Importación 03873 que ampara los motores marca Yamaha 200AETUL series 700376 y 700378, cumpliendo a cabalidad con el régimen aduanero y cambiario, en especial con el artículo 7 de la

Resolución Externa 8 de 2000, así como con el correspondiente formulario de pago de importaciones ante el Banco de la República. En cuanto a la embarcación, afirmó en dicho escrito que la misma fue fabricada en el año 1986 por la Compañía Carfibras Ltda., siendo vendida luego a Marina Santa Cruz Ltda., en el mismo año, lo cual fue sustentado con una declaración juramentada del representante legal de la empresa fabricante, que actualmente se encuentra disuelta, concluyendo que el bote es de fabricación nacional, por lo tanto, no estaba sujeto al régimen cambiario, no existiendo la obligación de realizar declaración de importación.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que la DIAN impuso la sanción objeto de discusión, porque a su parecer, no fueron aportados los documentos que demuestran la legal introducción al país del Bote Hipocampus de matrícula CP3 – 140 – B, por lo que procedió a aplicar el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, la cual, comenzó a regir a partir del 24 de diciembre de 1998, lo que permite concluir que es inaplicable en el presente caso, toda vez, que al momento de la venta de la motonave no se encontraba vigente la presunción allí contenida y, más aún, porque se trata de un bote de producción nacional.

Explica, que la Factura de Venta 205190 expedida por Marina Santa Cruz Ltda., describe claramente el bote y señala que es marca Carfibras, por lo anterior, se debe partir de la buena fe tanto de la sociedad demandante como del consumidor final, en que el bote es de producción nacional.

Alega, que el certificado de matrícula del Bote Hipocampus, marca Carfibras, expedida por la Dirección General Marítima y Portuaria – Capitanía del Puerto de Barranquilla el 31 de julio de 1987, prueba que para ese año la motonave se encontraba circulando en territorio nacional, por lo que no cabría, aplicar la presunción cambiaria del artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

Por último, afirma que para poder expedir el referido documento, la Capitanía del Puerto de Barranquilla tuvo que haber revisado todos los soportes de importación de los motores, así como también, debió verificar que el casco fuera de fabricación nacional, ya que tanto en esa época como hoy en día dicha entidad realiza un control sobre tales documentos.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Inicialmente, la demanda fue inadmitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de 29 de junio de 2011 (fls.98 – 99); en la oportunidad legal la parte actora corrige los defectos formales advertidos por el despacho judicial y, acto seguido, el juzgado dispone admitir la demanda con auto de fecha 11 de septiembre de 2011 (fls.111 - 112), notificada a la entidad demandada por conducto de la seccional en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.115) y al agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista la parte accionada contestó la demanda (fls.117 – 126), exponiendo que para la época de ocurrencia de los hechos, la introducción de mercancías al territorio nacional se encontraba regulada por el Decreto 2685 de 1999, dicha normatividad consagra varios regímenes aduaneros, como son, el de importación, exportación y tránsito aduanero.

Con respecto al primero, señala que el comprador se encuentra en territorio colombiano y el vendedor en el extranjero, lo cual genera una operación de comercio en monedas de diversas nacionalidades y, cuando esto sucede, con el fin de revestir de legalidad la salida o entrada de divisas del país, es menester que el importador canalice el pago del precio de la mercancía que compra y el exportador canalice el pago que recibe por la mercancía que vende a través de un intermediario cambiario, en virtud de la presentación de una declaración de cambios.

Esboza, que en este caso a la parte actora le fue decomisada una mercancía por haberla ingresado a territorio nacional por lugar no habilitado, por tanto, le correspondía demostrar la legal introducción de la misma, lo cual no hizo.

Arguye, que está probado que la sociedad demandante es la propietaria de la mercancía decomisada, lo que hace presumir en su contra la infracción a las normas cambiarias; que dicha presunción releva de la carga probatoria a la DIAN y la traslada al administrado, quien debe demostrar que no es responsable de la obligación cambiaria o que siéndolo, si cumplió con ella y, al no hacerlo, se debe dar aplicación a la presunción prevista en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998. Concluye diciendo, que la legislación aduanera no establece un término específico para demostrar la legal introducción de una mercancía al país.

Por medio de auto de 16 de enero de 2012, se abrió a pruebas el proceso (fls.140 - 142). Mediante proveído de 22 de mayo de 2012 (fl.461), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, término dentro del cual la parte accionante ratificó los argumentos expuestos en la demanda (fls.462 – 465); por su parte, la entidad accionada reiteró las razones de su defensa (fls.466 – 473). El Ministerio Público guardó silencio.

Más adelante, en virtud del ingreso del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena al sistema oral establecido por la Ley 1437 de 2011, el proceso fue reasignado al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.478).

EL FALLO RECURRIDO

(fls.480 - 532)

En la sentencia de primera instancia el *a quo* concedió las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, anota que la parte actora logró acreditar en sede administrativa que la Motonave Hipocampus fue fabricada por la Compañía Carfibras Ltda., siendo vendida luego a la Empresa Marina Santa Cruz S.A., la cual, fue escindida y absorbida por la sociedad demandante, que a su vez procedió a venderla al señor Felipe Eljach.

Plantea, que tal como lo afirma la parte accionante, ésta no se encontraba obligada a conservar los documentos que le exige la autoridad aduanera por un lapso tan prolongado (20 años) y, en ese mismo sentido, tampoco estaba obligada la compañía fabricante de la embarcación, en atención a que la legislación colombiana señala unos términos para la conservación de documentos por parte de los comerciantes.

Asevera, que al no poder acreditar la parte demandante con prueba documental la compra del bote objeto de controversia, se convertía la declaración jurada en un medio pertinente para poder llevar al convencimiento del conductor procesal, de aquello que la parte interesada pretendía probar, sin que le fuera dable a la entidad demandada dejar de valorarla y exigir como único medio para demostrar la producción nacional del aludido bote, la respectiva factura; según su parecer, lo contrario implicaría la violación del derecho al debido proceso de la parte actora.

Concluye diciendo, que la DIAN aplicó la presunción de que trata el artículo 6° de la Ley 383 de 1997, al dejar de valorar las pruebas allegadas por la sociedad demandante y con las cuales pretendía desvirtuar no sólo la aplicabilidad de normas del régimen cambiario, toda vez, que la lancha objeto de decomiso había sido de producción nacional, sino también, la carencia de tener que presentar declaración ante las autoridades aduaneras, por cuanto dicho bien no está sometido al régimen de importación.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.534 – 538)

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandada, se contraen a los siguientes aspectos:

En primer lugar, manifiesta que en sede administrativa la parte demandante no probó que la mercancía que dio origen a la presente controversia era de origen nacional o extranjero, con el fin de determinar si era aplicable o no la sanción cambiaria que le fue impuesta, ya que en ningún momento aportó la factura de venta que demostrara que la mercancía decomisada había sido vendida a la Compañía Marina Santa Cruz Ltda., por la Empresa Carfibras Ltda., lo cual, impide evidenciar que la embarcación haya sido fabricada en Colombia antes de ser matriculada en la Capitanía del Puerto de Barranquilla.

Pone de relieve, que la DIAN como entidad de control puede en cualquier momento verificar la legalidad de la mercancía en el país y sus residentes deben demostrar a las entidades encargadas del control y vigilancia del cumplimiento del régimen cambiario que los requieran, los documentos que demuestren la legalidad de las mismas.

Reitera, que no existe certeza de la fecha en que se efectuó la supuesta venta de la motonave, puesto que no se aportaron los documentos que demostraran la celebración de dicho acto jurídico, por lo que resulta a la administración difícil determinar desde cuando se cuentan los diez (10) años que tenía el comerciante como obligación la conservación de los documentos.

Finalmente agrega, que dentro de la investigación administrativa aduanera a la sociedad demandante se le reconoce la propiedad sobre las mercancías aprehendidas y posteriormente decomisadas, en el entendido que las causas que dieron origen a esta situación no fueron desvirtuadas en el momento oportuno y, por tanto, la situación de ilegalidad de las mercancías se predica

en el tiempo, mientras no sean aportadas las pruebas que demuestren la debida importación e introducción de éstas al territorio colombiano y, como causa o consecuencia de esa situación de ilegalidad deviene la aplicación de la presunción que consagra el artículo 72 del Decreto Ley 488 de 1998 sobre la violación al régimen de cambios y, por lo tanto, la exoneración de responsabilidad no prospera, al no desvirtuarse los fundamentos de hecho y de derecho sobre los cuales se edificó la presunción.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante Acta de Conciliación Judicial del 20 de febrero de 2013 (fl.544) y admitido por esta corporación por medio de proveído del 12 de junio de 2013 (fl.570).

A través de auto de 18 de julio de 2013 (fl.572), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.573 – 575); la parte demandante insistió en las razones presentadas en el libelo introductorio (fls.582 – 586); El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si a la sociedad demandante le asiste responsabilidad, por incumplimiento de normas reguladoras del régimen cambiario colombiano, específicamente en lo que se refiere a la canalización de divisas a través del mercado cambiario y, si efectivamente, se encuentra incurso en alguno de los

presupuestos consagrado en la Ley 383 de 1993 modificada por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, en lo referente a la introducción de mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado o sin declararla.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandada, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

A partir de la expedición de la Ley 9ª de 1991¹, se dictaron normas generales a las que debía sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales, disponiendo en su artículo 2º² los propósitos del régimen cambiario.

Luego, con la expedición de la Constitución Nacional, el régimen de cambios se convierte en el conjunto de disposiciones que regulan los aspectos atinentes a la efectividad de los propósitos y objetivos trazados en el inciso 1º del artículo arriba citado y, desde tal apreciación, toda conducta que contravenga esas disposiciones encuadra dentro del concepto de “Infracción Cambiaria”.

A su turno, la Resolución 008 de 2000³, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, sobre este tópico señala:

“Artículo 1o. Definición. Los residentes en el país y los residentes en el exterior que efectúen en Colombia una operación de cambio, deberán presentar una declaración de cambio en los términos de la presente resolución.

¹ Por la cual se dictan normas generales a las que debiera sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias

² “Artículo 2º Propósitos del régimen cambiario. El régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, con base en los siguientes objetivos que deberán orientar las regulaciones que se expiden en desarrollo de la presente Ley

a) Promover la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos
b) Promover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios, en particular las exportaciones, y la mayor libertad en la actuación de los agentes económicos en esas transacciones.
c) Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados
d) Estimular la inversión de capitales del exterior en el país
e) Aplicar controles adecuados a los movimientos de capital
f) Propender por un nivel de reservas internacionales suficiente para permitir el curso normal de las transacciones con el exterior
g) Coordinar las políticas y regulaciones cambiarias con las demás políticas macroeconómicas.

Los anteriores criterios se aplicarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contabilidad, orientadores de las actuaciones administrativas”

³ Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales

La declaración de cambio por operaciones realizadas a través de los intermediarios del mercado cambiario deberá presentarse en esas entidades. Cuando se trate de operaciones realizadas a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución, se presentará directamente en el Banco de la República.

La declaración de cambio deberá presentarse y suscribirse personalmente por quien realiza la operación, su representante, apoderados generales o mandatarios especiales aunque no sean abogados. La declaración de cambio se presentará en formularios debidamente diligenciados, donde se consignará la información sobre el monto, características y demás condiciones de la operación, en los términos que determine el Banco de la República...

...Parágrafo. La declaración de cambio podrá corregirse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Vencido dicho plazo, la información contenida en la declaración de cambio se entenderá definitiva. La declaración de cambio de corrección deberá presentarse ante la misma entidad en la cual se presentó la declaración de cambio inicial. El Banco de la República para fines estadísticos podrá autorizar, de manera general, aclaraciones en la declaración de cambio."

"Artículo 2o. Diferencias. No podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas superiores o inferiores a las efectivamente recibidas, ni efectuarse giros por montos diferentes a las obligaciones con el exterior.

La declaración de cambio que contenga datos falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, será objeto de investigación por parte de la autoridad competente. No obstante lo anterior, podrán aceptarse diferencias en el valor consignado en la declaración de cambio hasta por el 1% del valor de la operación de cambio que le da origen o hasta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000) o su equivalente en otras monedas, la que resulte mayor."

"Artículo 3o Conservación de documentos. Para efectos cambiarios y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los residentes en el país que efectúen operaciones de cambio están obligados a conservar los documentos que acrediten el monto, características y demás condiciones de la operación y

el origen o destino de las divisas, según el caso, por un período igual al de caducidad o prescripción de la acción sancionatoria por infracciones al régimen cambiario.

Tales documentos deberán presentarse a las entidades encargadas del control y vigilancia del cumplimiento del régimen cambiario que los requieran o dentro de las actuaciones administrativas que se inicien para determinar la comisión de infracciones cambiarias.”

“Artículo 4o. Sanciones. Quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, en especial la de presentar correctamente la declaración de cambio por las operaciones de cambio que realice, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables. También se deducirá responsabilidad en los términos de la ley, cuando la respectiva autoridad o un particular interesado desvirtúe la presunción de que trata el inciso cuarto del artículo 1o. de esta resolución.”

Por su parte, el capítulo I y II de la mencionada resolución, referido al mercado cambiario y a las importaciones de bienes, en sus artículos 6º, 7º y 10º, preceptúa:

“Artículo 6o. Definición. El mercado cambiario está constituido por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución.

También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, se canalicen voluntariamente a través del mismo.”

“Artículo 7o. Operaciones. Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario:

1. Importación y exportación de bienes...”

“Artículo 10o. Canalización. Los residentes en el país deben canalizar a través del mercado cambiario las divisas para pagar el valor de sus importaciones. Las importaciones podrán estar financiadas por el proveedor de la mercancía, los intermediarios del mercado cambiario y entidades financieras del exterior...” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 72 de la Ley 488 de 1998⁴, dispone:

“Artículo 72. Control cambiario en la introducción de mercancías.

El artículo 6° de la Ley 383 de 1997 quedará así: “Artículo 6. Se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras. En estos eventos el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso...” (Subrayado fuera de texto)

De igual forma, el artículo 3° del Decreto 1092 de 1996⁵, modificado por el artículo 1° del Decreto 1074 de 1999⁶, establece:

“Artículo 1o. El artículo 3o. del Decreto-ley 1092 de 1996 quedará así:

“Artículo 3o. Sanción. Las personas naturales o jurídicas y entidades que infrinjan el Régimen Cambiario en operaciones cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán sancionadas con la imposición de multa que se liquidará de la siguiente forma:

“Declaración de cambio...

...“Operaciones canalizables a través del mercado cambiario.

“e) Por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de las operaciones obligatoriamente canalizadas definidas en el Régimen Cambiario y cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de

⁴ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales

⁵ Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN

⁶ por el cual se establece el Régimen Sancionatorio aplicable a las infracciones cambiarias en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN

Impuestos y Aduanas Nacionales, se impondrá una multa del doscientos por ciento (200%) del monto dejado de canalizar... (Negrillas fuera de texto)

El H. Consejo de Estado, al estudiar lo referente a la competencia de la DIAN en materia de régimen cambiario, se ha pronunciado desde vieja data y ha venido recogiendo argumentos que avalan la teoría positiva en este sentido, así lo dejó plasmado en el precedente que, *in extenso*, proporciona claridad en torno al tema⁷:

“...A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se le atribuyó competencia para ejercer las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones...

...De lo que ha quedado reseñado concluye la Sala que es indudable la competencia que tiene la DIAN para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones del régimen cambiario, en las materias a que se contrae el artículo 3° del Decreto 2116 de 1992, esto es, “importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones”, que eran del conocimiento de la extinta Superintendencia de Cambios...”

Igualmente, el alto tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a las operaciones sujetas a canalización en el marco del régimen cambiario, así⁸:

“...el mercado cambiario “estará constituido por la totalidad de las divisas que deban canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación. También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esta obligación, las canalicen voluntariamente a través del

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de junio de 2008, Exp 2002-00310-01, CP Marco Antonio Vechilla Moreno

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 09 de diciembre de 2010, Exp 2003-01194-01, CP María Claudia Rojas Lasso

mismo". El artículo 7º. ibidem, señala las operaciones de cambio que obligatoriamente deben canalizarse a través del mercado cambiario, así: "1.- Importación y exportación de bienes; 2.- Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas; 3.- Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas; 4.- Inversiones de capital colombiano en el exterior así como los rendimientos asociados a las mismas; 5.- Inversiones financieras en títulos emitidos o en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario; 6.- Avaes y garantías en moneda extranjera; 7.- Operaciones de derivados y operaciones peso-divisas". Lo anterior significa que la financiación de importaciones, está contemplada como operación de cambio que de manera obligatoria debe canalizarse a través del mercado cambiario. La norma dispone que pueden financiar importaciones: (i) el proveedor de la mercancía, (ii) los intermediarios del mercado cambiario y (iii) las entidades financieras del exterior...

...A su turno, el artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 dispone que la financiación de las importaciones a un plazo superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de conocimiento de embarque o guía aérea, constituye una operación de endeudamiento externo que, como tal, debe cumplir con los requisitos de dicha norma. La consecuencia de incumplir esa obligación o cualquiera que impone el régimen cambiario respecto de las operaciones de cambio, por disposición expresa del artículo 4º de la aludida resolución da lugar a sanciones previstas en disposiciones especiales. Por consiguiente, cuando se trate de verificar el cumplimiento de obligaciones relativas a la canalización, lo primero que se ha de dejar en claro es i) la existencia de una operación de cambio; ii) el trámite o transacción que dio lugar a la misma, de los previstos en el artículo 7º de la Resolución 21 y por ende iii), el conducto utilizado para la operación...

..Las pruebas allegadas demuestran que la operación objeto de la controversia es una operación de financiación de importaciones que, a la luz del artículo 10 de la Resolución Externa 23 de 1993, debe canalizarse a través del mercado cambiario y realizarse por los entes allí previstos. En efecto, dicha norma es clara cuando establece que la financiación de las

importaciones constituye una operación cambiaria, la cual debe adelantarse o diligenciarse a través de cualquiera de los tipos de entidades específicas a saber: 1. El proveedor de la mercancía 2. Los intermediarios del mercado cambiario y 3. Las entidades financieras del exterior... Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que lo que se llevó a cabo fue una operación de endeudamiento externo, según el numeral 3 1. de la Circular Reglamentaria Externa 01 de 12 de enero de 1999 del Banco de la República, “la financiación de importaciones a un plazo superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha del documento de transporte, constituye una operación de endeudamiento externo”, entonces también resulta aplicable a dicha conducta, la obligación de canalizarla a través del mercado cambiario tal como lo establece el artículo 7 de la Resolución Externa 8 de 2000, y la misma debió efectuarse entonces, por conducto de los entes señalados en la lista autorizada por el Banco de la República. A la actora se le atribuyó el incumplimiento de la referida obligación o deber que le imponía el artículo 10 de la Resolución 21, y 10 de la Resolución 8 de 2000, consistente en que “Los residentes en el país deberán canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones”. Al mismo tiempo, se le aplicó la sanción señalada en el artículo 3º, literal h), del Decreto 1092 de 1996, modificado por el artículo 1º del Decreto 1074 de junio 26 de 1999, por “Operaciones indebidamente canalizadas a través del mercado cambiario, y consistente en multa del doscientos por ciento (200%) del valor canalizado, “por canalizar a través del mercado cambiario como importaciones o exportaciones de bienes, o como financiación de éstas o aquéllas, montos que no se deriven de las mencionadas operaciones obligatoriamente canalizables...”

Para la Sala, de lo hasta aquí expuesto se desprende, que la inobservancia de requisitos, obligaciones y/o deberes a cargo de los sujetos que intervienen dentro del régimen cambiario colombiano, frente a obligaciones de resorte de la DIAN ocasiona, de manera ineludible, la imposición de sanciones conforme a dicho régimen y, además, la responsabilidad en estos casos resulta ser objetiva.

Asimismo, se debe poner de relieve, que es indispensable que se encuentren establecidos de manera previa, la constitución de los requisitos, obligaciones y/o deberes a cargo de los sujetos que intervienen dentro del referido régimen, al momento de imponer sanciones por la no observancia de los mismos, pues de lo contrario se configuraría la violación del principio de legalidad. Que existe una presunción legal consistente en la violación al régimen cambiario, en aquellos eventos en que se introduzca una mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, para lo cual, basta con que esta conducta se produzca sin que se permita elaborar juicios subjetivos alrededor del proceder del nacional que importa.

De igual forma, se concluye, que resulta posible el inicio de una investigación cambiaria que finiquite con una sanción de esta naturaleza en cabeza del propietario de una mercancía sometida a operación de importación, sí previamente ésta ha sido decomisada en el marco de una actuación administrativa de carácter aduanero en la que se entra a definir la situación jurídica de la misma y que previamente fue objeto de operación de importación.

Se detiene la Sala en este punto de la controversia para precisar, que todo lo anterior es lo que la normativa actual dispone y resulta aplicable desde el año 1991, momento a partir del cual, - con la introducción al ordenamiento de la Ley 9ª de 1991 -, se le impone al Gobierno Nacional un marco normativo general para regular los cambios internacionales, de donde posteriormente se desprende el carácter presunto y objetivo que entraría a aplicarse a todas las controversias de naturaleza cambiaria, suscitadas a partir de ese momento, tanto en sede administrativa como judicial.

Entonces, queda claro que el incumplimiento a la normativa a la que se ha hecho alusión, se traduce en una infracción al régimen cambiario colombiano y, como consecuencia de ello, la imposición de las sanciones administrativas por parte de la DIAN, toda vez, que ésta entidad estatal está revestida de

plenas facultades para hacer cumplir dicho régimen, en el marco de la Resolución Externa 8 de 2000 y demás normas concordantes, a través de las cuales, se compendia el régimen de cambios, atendiéndose en todo caso la vigencia de tales normativas.

Para verificar si la parte actora en el *sub judice* acató o desatendió las disposiciones del régimen cambiario, resulta menester revisar el material probatorio recopilado en el plenario, el cual, arroja lo siguiente:

-fls.24 – 31: Certificado de Existencia y Representación de la Compañía Eduardo Londoño e Hijos Sucesores S.A. – Eduardoño S.A., en la que se certifica: “...QUE POR ESCRITURA PÚBLICA NO. 2614 DE LA NOTARÍA 4 DE MEDELLÍN, DEL 28 DE JUNIO DE 2000, INSCRITA EL 11 DE JULIO DE 2000 BAJO EL NO. 00736454 DEL LIBRO IX, EN VIRTUD DE LA ESCISIÓN DE LAS SOCIEDADES INVERSIONES IBÉRICAS LTDA. S. CIVIL EN C.S. IBÉRICAS LTDA. S. EN C.S., MASQUEHERMOSA LTDA. SOCIEDAD CIVIL EN C.S., INVERSIONES CAUCHALITO LTDA. S.C. EN C.S., MARINA SANTA CRUZ S.A., J. LONDOÑO Y CIA. LTDA., Y ASTILLEROS DE EMBARCACIONES MENORES DE CARTAGENA LTDA. ASTEMCAR LTDA. (SOCIEDADES ESCINDIDAS, TRANSFIEREN EN BLOQUE A LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA (BENEFICIARIA) PARTE DE SU PATRIMONIO...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

-fls.67 – 68: Certificado de Existencia y Representación de la Compañía Cartagenera de Fibras Ltda. – Carfibras Ltda.

-fls.148 – 153: Resolución 002221 de 20 de septiembre de 2006 “*Por medio de la cual se define la situación jurídica de una mercancía aprehendida*”, expedida por el Jefe de la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN, a través de la cual, ordenó decomisar a favor de la Nación la motonave objeto de controversia, por considerar que la misma no fue presentada ni declarada ante la autoridad aduanera, de conformidad con lo previsto en el literal b)⁹ del

⁹ “Artículo 232 *Mercancía no presentada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Se entenderá que la mercancía no ha sido presentada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuando*
()

artículo 232 del Decreto 2685 de 1999¹⁰ y en el literal a)¹¹ del artículo 232-1 *ibidem*, en concordancia con las causales de aprehensión y decomiso establecidas en los numerales 1.1 y 1.6 del artículo 502¹² del mismo estatuto.

-fl.166: Certificado de Inspección de Equipo de Radio Comunicaciones 002772 de 03 de agosto de 2004, expedido por un perito naval y el Capitán de Puerto de la Dirección General Marítima de Barranquilla, en la que consta que el Bote Hipocampus con Matrícula CP3-0140-B fue construido en el año 1986. Así también lo certifican los documentos visibles a folios 168, 169, 173, 179, 180, 181, 182, 184, 185, también expedidos por la referida autoridad marítima.

-fl.188: Certificado de Matrícula 0117, a través del cual, la Dirección General Marítima y Portuaria de la Capitanía de Puerto de Barranquilla, hace constar que la nave de las siguientes características fue matriculada en dicho puerto bajo el número CP3-0140-A, el día 31 de julio de 1987:

Nombre:	Hipocampus	Dueño/Armador:	Oscar de Castro
Eslora de Registro:	7,20 mts	Material del Casco:	Madera y Fibra de Vidrio
Manga de Registro:	2,20 mts	Clase de Motor:	Fuera Borda (2)
No. Mínimo Tripulantes:	Uno	Marca:	Yamaha – Nos S700376 y 700378
No. Pasajeros puede transportar:	Nueve	Potencia:	200 HP Ubicación: Popa
T.B.R. 3,00	T.N.R. 3,00	Grupo:	III – Clase “Q”

-fl.360: Factura 205190 de 30 de septiembre de 1986, expedida por la Compañía Marina Santa Cruz a nombre del señor Felipe Eljach, a través de la cual, se registra la venta de la siguiente mercancía: “BOTE CARFIBRAS

b) Carezca de documento físico de transporte ”

¹⁰ Por el cual se modifica la Legislación Aduanera.

¹¹ “Artículo 232-1 Mercancía no declarada a la autoridad aduanera. Se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando

a) No se encuentre amparada por una Declaración de Importación ”

¹² “Artículo 502 Causales de aprehensión y decomiso de mercancías. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos

1 En el Régimen de Importación

1.1 Cuando se oculte o no se presente a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio aduanero nacional salvo cuando las mercancías estén amparadas con documentos de destino a otros puertos

()

1.6 Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una Planilla de Envío Factura de Nacionalización o Declaración de Importación, o no corresponda con la descripción declarada .”

TRANSPORTADOR 28-002, COLOR BLANCO, FRANJAS AZULES Y ROJAS EQUIPADO CON DOS MOTORES YAMAHA 200AETUL-SST, SERIES #S. 700376-700376 USADOS”, por valor de tres millones doscientos veintiséis mil trescientos pesos M/Cte (\$3.226.300,00).

-fl.361: Acta de Declaración Jurada expedida por la Notaría Sexta del Círculo de Cartagena de fecha 25 de junio de 2009, mediante la cual, el señor Jairo Antonio Vélez De La Espriella, identificado con cédula de ciudadanía 9.070.498 expedida en Cartagena, rinde declaración manifestando lo siguiente: *“Declaro bajo la gravedad del juramento, que mediante esta declaración la rindo en mi condición de Representante Legal de la compañía “CARFIBRAS LTDA” con NIT 8904057568-0 compañía esta que permaneció activa desde el año 1.984 hasta el año 1.995, certifico que el bote Carfibras Transportador 28-002, color blanco, franjas azules y rojas fue fabricado por CARFIBRAS LTDA y vendido a la empresa MARINA SANTA CRUZ LIMITADA CON NIT 90.402.678 en el año 1.986.”*

-fl.414: Acta de Declaración Jurada expedida por la Notaría Sexta del Círculo de Cartagena de fecha 11 de mayo de 2010, mediante la cual, el señor John Albert Schott Jr De La Espriella, identificado con cédula de ciudadanía 3.806.414 expedida en Cartagena, rinde declaración manifestando lo siguiente: *“Declaro bajo la gravedad del juramento que mediante esta declaración hago aclaración sobre el origen o fabricación del BOTE CARFIBRAS TRANSPORTADOR 28-002, COLOR BLANCO, FRANJAS AZULES Y ROJAS, CON MATRÍCULA CP-03-0140-B DE NOMBRE “HIPOCAMPUS”, esta declaración la rindo en mi condición de GERENTE DE PRODUCCIÓN de la compañía “CARFIBRAS LTDA” con NIT 8904057568-0 compañía esta que permaneció activa desde el año 1.984 hasta el año 1.995 cuya dirección fue Bosque, Tr. 53 No. 21 A 120 y Bosque, Ave. Pedro Vélez, No. 45 A 91, Cartagena, Colombia: certifico que el bote CARFIBRAS TRANSPORTADOR 28-002 color blanco, franjas azules y rojas fue fabricado por CARFIBRAS LTDA y vendido a la empresa MARINA SANTA CRUZ LIMITADA con NIT 890.402.678 en el año 1.986, por lo tanto el bote HIPOCAMPUS es de FABRICACIÓN NACIONAL.”*

Pues bien, ubicándose la Sala en el plano de los cargos en virtud de los cuales la entidad demandada sancionó a la sociedad demandante, en principio llevarían a concluir que no le asiste razón a ésta última, por cuanto existe un claro fundamento legal – que, si se compara con la conducta de la misma, como implicada en la investigación cambiaria – permitiría concluir que incumplió con la obligación que le imponían las normas atinentes al régimen de cambio.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en virtud de la presunción cambiaria, lo que aparece ante el operador judicial, es una mercancía que se concreta a una motonave que fue decomisada por carecer de documento físico de transporte y no encontrarse amparada por una declaración de importación, lo que en el régimen objetivo cambiario da lugar a la presunción de una operación de introducción al territorio nacional de mercancía de procedencia extranjera y que la parte actora, en su calidad de comprador que se encuentra en territorio colombiano, ejerció una actividad de comercio con cruce de monedas internacionales, debiendo atender lo concerniente a la canalización de cambio de divisas.

No obstante ello, en el acervo probatorio reposa documento expedido por la Dirección General Marítima y Portuaria, **de fecha 31 de julio de 1987**, que se concreta a un certificado en el que el Capitán de Puerto de Barranquilla, hace constar, que la Motonave Hipocampus, sobre la cual recayó el decomiso al que se hizo referencia y, en virtud de la cual, se inicia la investigación cambiaria que se somete a juicio, fue matriculada en dicho puerto bajo el número CP3-0796-B desde el año 1987.

Lo antes expuesto, - en lo que a temporalidad se trata -, coincide con los declaraciones juramentadas presentadas por los señores Jairo Antonio Vélez

De La Espriella¹³ y John Albert Schott Jr De La Espriella, quienes afirman en su calidad de Representante Legal y Gerente de Producción de la Compañía Carfibras Ltda., respectivamente, que la Motonave Hipocampus fue fabricada en territorio nacional en el año 1987 y para esas calendas se encontraba ya en circulación, no siendo discutido éste último hecho por la DIAN y, que de manera tácita, reconoce a lo largo de toda la actuación, al imprimirle valor probatorio al documento de matrícula al que se ha hecho referencia¹⁴.

Pues bien, hace suponer la DIAN con las consideraciones consignadas en las resoluciones acusadas, que resulta evidente el incumplimiento al régimen cambiario en el cual incurrió la parte actora, citando como soporte de legalidad la Resolución Externa 8 de 2000, la Ley 488 de 1998 y los Decretos 1092 de 1996 y 1074 de 1999, manifestando en ambos actos acusados, que se configuró la infracción cambiaria en virtud de la presunción que se contempla en las citadas normas, sin que se aportara prueba en contrario.

En efecto, lo traído al plenario por la sociedad accionante, no resulta suficiente para que se acredite la nacionalidad de la embarcación, la tradición de la misma, ni las condiciones bajo las cuales fue adquirida; sin embargo, de todo lo aportado resulta un hecho cierto y es que la Compañía Marina Santa Cruz S.A., que posteriormente fuera escindida y absorbida por la sociedad demandante, empezó a ostentar propiedad sobre el bote en cuestión a partir del año 1987, de conformidad con la documental contenida en la foliatura y que utiliza la DIAN¹⁵ para determinar el dominio de la nave e iniciar la investigación que derivó en la sanción cambiaria que se discute.

¹³ Ver respaldo fl 67. Certificado de Existencia y Representación de la Compañía Cartagenera de Fibras Ltda – Carfibras Ltda

¹⁴ Ver respaldo fl 42, Resolución 000653 de 09 de abril de 2010 y fl 59, Resolución 001976 de 19 de noviembre de 2010

¹⁵ Ver fls 34 – 35, Acto de Formulación de Cargos 000251 de 03 de junio de 2009, expedido por el Jefe GIT de Control Cambiario de la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN, en el que expone: “ Esta Resolución de decomiso fue confirmada a través de resolución No 2844 de diciembre 21 de 2006, la cual resolvió recurso de reconsideración interpuesto por el señor ALVARO ARISTIDES JIMÉNEZ SÁNCHEZ, quien fue excluido de la investigación cambiaria por la División de Gestión de Liquidación a través de resolución de terminación No 001907 de octubre 07 de 2008, por ser este comprador o propietario en Colombia de buena fe, por compra realizada al señor OSCAR GERARDO CASTRO DE VIVO, identificado con C.C. 7 474 584, quien a su vez le compró la mercancía decomisada al señor FELIPE ELJACH BRUN, identificado con C.C. 8 243 716 }

Finalmente, FELIPE ELJACH BRUN, identificado con C.C. 8 423 716, compró dicha mercancía a la Sociedad MARINA SANTA CRUZ S A a través de factura No 205190 de septiembre 30 de 1986

Así mismo, queda establecido que si bien en el proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía aprehendida, la División de Fiscalización Aduanera, de esta Administración, no vinculó formalmente a la empresa MARINA SANTA CRUZ FUSIONADA Y

Es decir, la DIAN en un desacertado y contradictorio actuar, alega la introducción de mercancía a territorio nacional sin declaración, presumiendo que el investigado es el importador – desde el año 1987 -, sin embargo, desconoce tal anualidad a la hora de aplicar una normativa que claramente no estaba vigente al momento en que presuntamente se configuró la infracción.

Bajo ese hilo conductor, debe entenderse, que al demandante no se le podía evaluar su conducta a la luz de un criterio objetivo contenido en unas normas que no estaban vigentes en el momento en que se produce la supuesta ilegal introducción de la embarcación decomisada, como lo pretendió hacer ver la DIAN al expedir los actos acusados.

Deriva lo anterior en una violación al debido proceso, pues como autoridad en materia tanto aduanera y cambiaria, la DIAN estaba llamada a emitir una decisión correspondiente a la realidad de los hechos y, en el mismo momento en que verifica la fecha en que la nave es matriculada, debió no sólo revocar la sanción impuesta contra la parte actora, sino también el acto de decomiso, absteniéndose de iniciar investigación en contra de la misma, pues a la fecha en que adquirió la motonave, no estaban vigentes las normas cambiarias que pasaron a conformar el marco normativo de la decisión sancionatoria.

Se refuerza aún más este argumento, si se tiene en cuenta que para esa fecha en Colombia aún no podía hablarse de un régimen cambiario al cual debieran sujeción las autoridades nacionales y, aunado a ello, ni siquiera se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, en virtud del cual, se aprehende y se define con decomiso la situación de la mercancía que motivó tanto la investigación aduanera como posteriormente la cambiaria.

ABSORBIDA POR LA EMPRESA EDUARDOÑO S A , en calidad de IMPORTADOR y/o propietario introductor de dichas mercancías, la misma sahó de circulación y pasó a manos del Estado

Que en el transcurso de la investigación cambiaria abierta en contra de ÁLVARO ARISTIDES JIMÉNEZ SÁNCHEZ, tercer propietario de buena fe, nos lleva al segundo, y primer propietario de buena fe, así como al presunto responsable cambiario MARINA SANTA CRUZ LTDA, FUSIONADA CON LA EMPRESA EDUARDOÑO S A, por lo que recae la presunción cambiaria en cabeza de este presunto infractor, quien debe probar la debida canalización de divisas con que adquirió las mercancías introducidas al país "
(Subrayado fuera de texto)

La evidente correspondencia entre las características de la mercancía que viene identificada desde el trámite aduanero como Motonave Hipocampus, objeto de decomiso, con la relacionada en el documento de matrícula que emite la autoridad marítima, permite establecer la relación de identidad¹⁶ requerida, para que se verifique el actuar ilegal de la DIAN, pues de antemano a la expedición de los actos demandados, conocía este último documento y, aún así, procedió a decomisar y posteriormente a imponer una sanción, basada en normas que para la fecha de los hechos ni siquiera habían sido concebidas por el legislador.

Al respecto, insiste la Sala, en que del marco normativo al cual se alude en los actos acusados, se desprende una rigurosidad alrededor de las obligaciones del administrado que intente una operación con repercusiones dentro del régimen cambiario, a quien le asiste la obligación de observar, acatar y respetar los supuestos normativos de dicho ámbito, lo que justifica la prevención del ordenamiento, que ante el incumplimiento de *“cualquier obligación establecida en el régimen cambiario”*, necesariamente han de generarse las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables.

Pero de conformidad con lo que resultó probado en el caso concreto, el actuar de la DIAN no se ajustó a la legalidad, pues le hizo asumir a la sociedad demandante las consecuencias objetivas de un régimen que no se encontraba vigente, violando así el debido proceso por vulneración directa al principio de seguridad jurídica llamado a ser atendido como autoridad aduanera.

En tal orden de ideas, al lograrse desvirtuar por parte del demandante la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos demandados, se procederá a confirmar la sentencia emitida por el Juzgado

¹⁶ El artículo 1436 del Código de Comercio establece

*“Artículo 1436. Conservación de la identidad de la nave. La nave conserva su identidad aunque los materiales que la formen sean sucesivamente cambiados.
Deshecha y reconstruida la nave, aunque sea con los mismos materiales, será reputada como nueva”*

Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 28 de septiembre de 2012 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia, que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Eduardoño S.A., contra la DIAN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

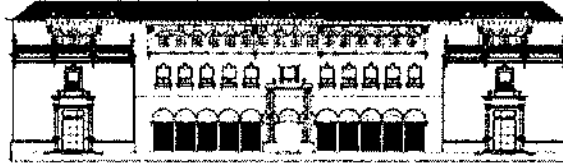
LOS MAGISTRADOS


JORGE ELIECER LANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-002-2011-00069-02.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1404
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ANTONIO JOSE OROZCO MEDRANO Y OTROS
DEMANDADO	: NACIOBN-MINISTERIO DE DEFENSA -ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2007-00050-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Antonio José Orozco Medrano y otros.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional
Expediente: 13-001-33-31-010-2007-00050-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2011 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Los señores Antonio José Orozco Medrano –quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija Isabel Cristina Orozco Sánchez-, Anastasia Medrano Salgado, José Isidro Orozco Berrocal, Ramona Del Carmen Orozco Medrano y Yenis Judith Orozco Medrano, 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 – Armada Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES.

Se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, bajo el título de imputación de falla del servicio, de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de las lesiones causadas el 26 de febrero de 2005 al entonces infante de marina profesional Antonio José Orozco Medrano, al accionar una mina antipersonal durante una operación militar.

Se condene a la entidad accionada a pagar a los libelistas los siguientes montos indemnizatorios:

- A título de perjuicios morales:

A favor de Antonio José Orozco Medrano, víctima directa, doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Anastasia Medrano Salgado y José Isidro Orozco Berrocal, padres del lesionado, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Isabel Cristina Orozco Sánchez, hija de la víctima directa, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Ramona Del Carmen Orozco Medrano y Yenis Judith Orozco Medrano, hermanas del perjudicado directo, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una.

- Por concepto de daño emergente, la suma de cinco millones de pesos (\$5'000.000) para cada uno de los libelistas, con motivo de los gastos de traslado y alojamiento en que aducen haber incurrido en aras de que el ex

militar herido reciba los tratamientos médicos especializados prescritos por sus galenos tratantes.

A título de daño a la vida de relación, doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Antonio José Orozco Medrano por la alegada afectación de sus relaciones interpersonales a raíz de sus lesiones físicas.

3. HECHOS.

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

El 26 de febrero de 2005, el entonces infante de marina Antonio José Orozco Medrano -quien para la época era miembro de una patrulla del Batallón de Contraguerrillas de Infantería de Marina 2 con sede en Malagana (Bolívar)-, se encontraba desarrollando operaciones militares de registro y control en el Corregimiento Cocuelo del Municipio de El Carmen de Bolívar, localizado en una zona de gran influencia subversiva, en los Montes de María.

Ese día, durante el desarrollo de sus labores, la patrulla a la que estaba adscrito el accionante realizó la verificación de una casa y el registro del área aledaña, él accidentalmente activó a su paso una mina antipersonal instalada por la guerrilla, artefacto que al detonar le causó en forma inmediata la mutilación total de su pierna izquierda, brazo izquierdo, y heridas profundas en sus glúteos y en su brazo derecho, a raíz de lo cual fue remitido al Hospital Naval de Cartagena y al Hospital Militar de Bogotá.

La patrulla en cuestión efectuó el registro referido sin contar con los medios técnicos mínimos que un destacamento de contraguerrilla debe llevar consigo para evitar que sus miembros, tal y como le sucedió a Antonio Orozco,

cayeran en un campo minado o activaran uno de tantos artefactos explosivos colocados por la insurgencia que comúnmente delinquen en la zona donde sucedieron los hechos.

El Estado incurrió en una omisión al permitir que la patrulla del demandante desarrollara operaciones como la mencionada, sin los elementos de seguridad requeridos para proteger la vida y la integridad física de los uniformados.

Con motivo de las graves lesiones y secuelas causadas con el penoso incidente, el actor sufrió la pérdida del noventa y nueve punto cuarenta y uno por ciento (99.41%) de su capacidad laboral, tal y como lo determinó la Junta Médica Laboral de la División de Sanidad Naval.

4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional contestó la demanda (fls. 32-34) y se opuso a las pretensiones de la misma, argumentando que las lesiones sufridas por el señor Antonio Orozco no son imputables al Estado por cuanto se produjeron a consecuencia de la detonación de una mina antipersonal colocada por la guerrilla, lo que significa que son el resultado del hecho de un tercero y no de una falla del servicio de la Administración.

De otra arista, resaltó que el daño invocado ya fue indemnizado *a forfait* por la Armada.

5. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 1º de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 107-119), se negaron las pretensiones de la demanda, tras considerarse que no se acreditó que el daño antijurídico consistente en la lesión sufrida por Antonio Orozco con una

mina antipersonal, se haya derivado de una falla del servicio de la entidad accionada, ni tampoco que obedeciera a la realización de un riesgo excepcional y anormal al cual hubiere sido sometido.

En ese sentido señaló la *a quo* que el extremo accionante no demostró la omisión imputada a la entidad accionada, consistente en la supuesta “*no utilización de los medios técnicos que obligatoriamente una unidad de contraguerrilla debe llevar consigo*” durante la operación de registro en cumplimiento de la cual resultó herido el libelista.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (fls. 121-128), manifestando que dentro del presente asunto sí fue demostrado que la entidad demandada incurrió en una falla del servicio al omitir dotar al actor y a su patrulla de los elementos técnicos requeridos para la realización segura de tareas de registro terrestre y control del área “*de combate*”.

Señaló que la Armada Nacional debió efectuar una inspección posterior a “*los ataques subversivos*”.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada presentó alegatos de cierre, insistiendo en los razonamientos planteados en el escrito de sustentación del recurso de apelación que formuló contra la sentencia de primera instancia (fls. 137-138).

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Procurador 21 Judicial II Delegado ante ésta Corporación, conceptuó que se debe revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad accionada, para lo cual dio por probado que la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional omitió dotar al accionante y a su patrulla de implementos tecnológicos de detección de minas o de perros entrenados para el efecto.

Al respecto señaló que las lesiones sufridas por Antonio Orozco Medrano habrían podido evitarse de habersele entregado alguno de dichos elementos de seguridad, y que al no hacerlo la parte demandada incurrió en una falla del servicio, debido a que –en su opinión– constituye un hecho notorio que el lugar donde ocurrió el accidente está ubicado en una zona de influencia de grupos guerrilleros que colocan minas antipersonales para atentar contra las Fuerzas Militares y la población civil (fls. 150-158).

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo a resolver de fondo la alzada, es menester precisar que el planteamiento del recurrente relativo a que previo a la detonación de la mina antipersonal que lesionó al actor, se había presentado un ataque subversivo o un combate en el lugar de los hechos y que por ende la Armada debía haber realizado una inspección del área antes de enviarlo a tareas de patrullaje en ese sitio, constituye un argumento nuevo no aducido en la demanda ni sometido a debate en el curso de la litis, motivo por el cual la Sala no emitirá pronunciamiento alguno al respecto, ello, en cumplimiento del principio de

congruencia de la sentencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable –y en caso afirmativo, bajo qué título- de los daños que se le imputan con ocasión de las lesiones sufridas en el servicio y con ocasión del mismo por el entonces infante de marina Antonio Orozco Medrano al accionar una mina antipersonal sembrada por terceros?

3. RESPONSABILIDAD POR LESIONES CAUSADAS A MILITARES PROFESIONALES DURANTE EL SERVICIO Y CON OCASIÓN DEL MISMO.

La jurisprudencia contenciosa administrativa ha señalado en forma reiterada que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de quienes ejercen funciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares profesionales, constituye un riesgo voluntariamente asumido, propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la fuerza pública; de allí que cuando el riesgo se concreta, en principio no resulta jurídicamente viable atribuirle responsabilidad extracontractual alguna al Estado en sede

judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen como consecuencia del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo no permitido, diferente o mayor al que debían afrontar los demás compañeros de la víctima.

Así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de 5 de julio de 2012, que seguidamente se extracta:

“la regla general indica que los servidores públicos que asumen de manera voluntaria un riesgo en virtud de las funciones del cargo no pueden deprecar la declaratoria de responsabilidad, puesto que la lesión tuvo su génesis en esa circunstancia riesgosa que se arrojan al posesionarse en el empleo público.

Lo anterior permite señalar, a modo de conclusión, que en determinadas circunstancias el Estado puede ser declarado responsable, bajo dos títulos jurídicos de imputación, siempre que se constaten las siguientes circunstancias: i) que exista una falla del servicio probada que haya sido definitiva en la materialización de la afectación negativa, o ii) que se haya incrementado significativamente el riesgo que de forma voluntaria acogen los funcionarios públicos, en cuyo caso el mismo pasa a ostentar la condición de excepcional y, por lo tanto, los daños que se deriven de él serán en principio indemnizables salvo que se pruebe la configuración de una causa extraña.

“En esa línea de pensamiento, y siguiendo el consecencial orden lógico de lo expuesto, se precisa que son dos los títulos de imputación jurídica aplicables a escenarios en los que los agentes públicos de seguridad o miembros de las fuerzas armadas sufren daños que pueden comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. El primero, consistente en una clara inobservancia de la carga obligacional de la administración pública que se deriva del incumplimiento total, parcial o tardío de un deber que le es propio. El segundo, por el contrario, sin tener que caer en la falla del servicio de manera indefectible, se refiere al incremento – no por desatención de una obligación sino por diferentes razones relacionadas con el servicio de seguridad y protección que se presta– del riesgo al que accedieron con la vinculación legal y reglamentaria, es decir, el riesgo al que normalmente se encuentran sometidos.

En otros términos, el incremento del riesgo permitido –que pertenece a la imputatio facti– sólo será imputable en términos de la atribución jurídica (imputatio iure) cuando se acredite que esa circunstancia obedeció a una precisa circunstancia desligada del incumplimiento del contenido o la carga obligacional de la entidad. Escenario distinto ocurrirá cuando se constate la existencia de una falla del servicio, porque en estos eventos no es el riesgo o su incremento lo que desencadena la atribución jurídica

o normativa del daño, sino el desconocimiento de una obligación en concreto.”¹

4. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Le corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primer grado, mediante la cual la *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, tras considerar que no se acreditó que el daño antijurídico consistente en la lesión sufrida por el ex infante de marina Antonio Orozco Medrano con una mina antipersonal se haya derivado de una falla del servicio de la entidad accionada, ni tampoco que obedeciera a la realización de un riesgo excepcional y anormal al cual hubiere sido sometido.

Como quedó dicho, en principio el Estado no está llamado a responder por las lesiones causadas a los militares profesionales durante el servicio y con ocasión del mismo por estimarse que constituyen un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, salvo que se demuestre que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional diferente o mayor al que soportan sus compañeros o sea ocasionado con arma de dotación oficial.

Así lo señaló el Máximo Tribunal de lo contencioso en sentencia de 26 de mayo de 2010, como pasa a verse:

“En relación con los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que en tales eventos no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado, se cubren con la indemnización a fort fait a que tiene derecho por virtud de esa vinculación y sólo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 21.928, C P. Enrique Gil Botero.

reparación directa, cuando dichos daños se hayan producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima sea causado con arma de dotación oficial, evento en el cual se aplica el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. En todo caso, se reitera, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)².

En el *sub lite* se alegó que la lesión objeto de la controversia fue producida como consecuencia de una falla del servicio y, en tal medida, corresponde a la parte actora demostrar el daño antijurídico alegado, la falla del servicio y, además, el nexo de causalidad entre esos elementos.

En cuanto al primero de los elementos de responsabilidad aludidos, cumple señalar que se encuentra probado con el acta de junta médico laboral militar 0040-06 practicada al demandante el 22 de febrero de 2006 (fls. 65-69) y el informe administrativo de lesiones (fl. 75), que el 26 de febrero de 2005, el señor Antonio Orozco Medrano resultó herido tras accionar por accidente una mina antipersonal sembrada por un grupo armado al margen de la ley, sufriendo la mutilación de su pierna y brazo izquierdo, graves lesiones en su brazo derecho y en sus glúteos, que le produjeron la pérdida del noventa y nueve punto cuarenta y uno (99.41%) por ciento de su capacidad laboral, lo cual, sin lugar a dudas, constituyó un daño antijurídico para la víctima directa y sus familiares más cercanos.

Se demostró así mismo que el señor Orozco, para el momento de los hechos, estaba vinculado con la Armada Nacional en condición de infante de marina profesional (fls. 75 y 88) y que sus lesiones se produjeron en el servicio y con ocasión del mismo, toda vez que acaecieron durante una operación militar de registro y control ordenada por sus superiores.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, radicado número 5000-23-26-000-1995-00897-01(19158), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Otra es la conclusión en torno de la falla del servicio invocada, consistente en la supuesta omisión de dotar al actor y a su patrulla de los elementos técnicos requeridos para la realización segura de las tareas de registro terrestre y control que adelantaban el día de los hechos, pues tal elemento de la responsabilidad no fue debida y fehacientemente acreditado.

Obsérvese que en la demanda y en el recurso de apelación formulado contra el fallo de primera instancia se adujo que debido a los problemas de orden público en la zona de operaciones era absolutamente indispensable para la realización del registro que adelantaba el libelista en zona rural del Municipio de El Carmen de Bolívar antes de ser lesionado, que su patrulla contara con elementos mínimos que permitieran su traslado terrestre seguro, tales como detectores de minas antipersonales y perros entrenados en labores antiexplosivas, y que tal deber fue inobservado por la Armada Nacional.

Al respecto debe señalarse primeramente que es un hecho notorio difundido reiteradamente en medios de comunicación nacionales que para la época de los hechos en el Municipio de El Carmen de Bolívar hacían presencia grupos guerrilleros los cuales realizaban ataques terroristas, secuestros e instalaban minas antipersonales en esa zona.

Empero, analizado el contenido y mérito probatorio de los elementos de juicio recaudados durante el curso de la litis, resulta incontestable que no se demostró que el día de los hechos la Compañía Bolívar 11 del Batallón de Contraguerrilla de la Infantería de Marina 2 –BACIM2– a la que pertenecía el libelista, carecía de elementos técnicos de detección de artefactos explosivos como minas antipersonales, o que no tuviera asignado expertos antiexplosivos o perros entrenados en esas labores, pues la parte demandante se limitó a afirmar tal supuesto de hecho pero sin arrimar prueba alguna que sirva de respaldo demostrativo a su aserto.

En ese sentido se destaca que no se recepcionó testimonio de ninguno de los uniformados que integraban la Compañía Bolívar 11 y que estaban presentes en el lugar del incidente, no se solicitaron o allegaron copias de investigaciones disciplinarias que hayan sido adelantadas con motivo de los hechos materia de controversia, o de los libros o planillas del BACIM2 donde quedan consignados los elementos, insumos y pertrechos entregados a los uniformados para el cumplimiento de misiones u operaciones, pruebas que habrían sido pertinentes y conducentes en orden a establecer la carencia de los elementos de seguridad referidos en la demanda.

Desde esta perspectiva, resulta claro que el extremo accionante, en franco incumplimiento de la carga probatoria que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil³, no acreditó la alegada omisión de suministro de elementos de seguridad antiexplosivos, sustento fáctico que constituía el presupuesto básico para considerar estructurada la responsabilidad extracontractual invocada bajo el título de falla del servicio.

Se insiste, era imprescindible demostrar la omisión en la entrega de dichos implementos pues sólo a partir de la verificación de tal circunstancia podía edificarse la alegada responsabilidad del extremo pasivo, mediante el análisis de la peligrosidad de la zona de operaciones y la previsibilidad de la presencia de campos minados en el área.

En ese sentido se pronunció el Consejo de Estado en proveído de 3 de mayo de 2007 en un asunto análogo, como pasa a verse:

“Sin embargo, la Sala no halló en el expediente prueba alguna que respalde la afirmación de los demandantes: ningún elemento de juicio que permita admitir que, efectivamente, el día de los hechos en los que perdió la vida SAMIR ALBERTO, el Comandante a cargo de la operación hubiera incumplido con un deber legal, consistente en ordenar a sus hombres, para esa misión en particular, el porte y utilización de

³ Aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo.

aparatos detectores de explosivos; y que como consecuencia de ese incumplimiento, efectivamente se haya adelantado la operación sin los referidos detectores, permitiendo con esta omisión, que se produjera la explosión en la que el soldado voluntario resultó gravemente herido.

Nada de esto se probó, por cuanto como ya se registró, lo poco que se sabe sobre la forma cómo sucedieron los hechos, está consignado en la escueta narración que hizo el mismo Comandante de Batallón en el Informe Administrativo por Muerte, en el sentido de que el deceso se produjo por la activación de una mina explosiva, en un campamento de las FARC.

Ahora bien, al juzgar la responsabilidad de la Administración en eventos como el presente, en el que fue un miembro de las Fuerzas Militares quien resultó herido con un artefacto explosivo dispuesto por la subversión, a la que aquel está en el deber de combatir, considera la Sala que es importante tener en cuenta que, el hecho de que las Fuerzas Militares posean artefactos detectores de las llamadas "minas anti personas" o "minas quiebra patas", explosivos que usualmente han sido utilizados por la subversión para causar bajas en las filas del Ejército Nacional y dificultar su labor de persecución y captura de los miembros de esos movimientos guerrilleros, y que desafortunadamente han causado tanto daño a la población civil, ajena al enfrentamiento armado, ese hecho, se repite, de que el Ejército cuente con artefactos detectores de minas o explosivos, no significa que necesariamente, cada miembro de sus filas deba contar, como parte de su dotación, con uno de estos elementos; la necesidad y pertinencia de su utilización, es algo que concierne a los respectivos comandantes, quienes las establecerán, con base en la información que se maneje y a las labores de inteligencia que se hayan adelantado en el sitio objeto de la respectiva operación militar; por ello, no es suficiente con acreditar, en el evento de que así se haga, que, cuando el hecho dañoso se produjo, no se utilizaron detectores de minas, porque sería necesario probar además, que ello obedeció a descuido, negligencia e incumplimiento de los deberes a cargo del comandante de la misión, para poder concluir que efectivamente, se produjo una falla del servicio."⁴(Negrillas fuera de texto)

En adición a lo anterior, no puede pasarse por alto que el riesgo de ser lesionado a consecuencia de minas antipersonales fue voluntariamente asumido por el señor Orozco Medrano al vincularse a la Armada Nacional como infante de marina profesional, y que la posibilidad de materialización de tal riesgo no era pasible de ser descartada totalmente ni siquiera con la utilización de elementos técnicos de detección de minas o con la presencia de

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2007, radicado 68001-23-15-000-1995-01420-01(16200), C.P Ramiro Saavedra Becerra.

personal o perros antiexplosivos el día de los hechos, pues como es de conocimiento público, los grupos armados al margen de la ley constantemente utilizan nuevas tecnologías y materiales para impedir la detección de los artefactos explosivos antipersonales que entierran o “siembran”, circunstancia que conlleva a que en ocasiones ni siquiera con detectores o perros adiestrados puedan las fuerzas del orden descubrirlos a tiempo.

Así las cosas, ante la ausencia de pruebas de la alegada omisión de suministro de elementos de seguridad antiexplosivos por parte de la entidad demandada a la compañía militar del accionante el día de los hechos, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen, se impone concluir que no fue demostrada la estructuración de la falla del servicio invocada, motivo por el cual se confirmará la sentencia denegatoria apelada.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandante fundamento para imponerle condena en costas en esta instancia, 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 fecha 1º de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

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 ELÉAZAR FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado 13-001-33-31-010-2007-00050-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1405
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: GRANPORTUARIA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2003-02040-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

– SALA DE DECISIÓN No. 1 –

Cartagena D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Granportuaria S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-23-31-000-2003-02040-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 14 de marzo de 2013, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Granportuaria S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderada judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos denominados Resolución 000107 de 24 de enero de 2003, mediante la cual, el ente demandado declara de oficio el incumplimiento de una obligación

aduanera y ordena hacer efectiva una garantía; Resolución 000578 de 04 de abril de 2003, por medio de la cual, la entidad accionada resuelve un recurso de reposición interpuesto por la parte actora en contra de la anterior decisión y, Resolución 001178 de 27 de junio de 2003, a través de la cual, fue desatado un recurso de apelación interpuesto por la sociedad accionante contra la primera de las resoluciones demandadas; actos proferidos por la División de Liquidación Aduanera y la División Jurídica Aduanera, de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que no adeuda suma alguna a la DIAN por concepto de la sanción impuesta y de haber pagado cualquier suma a favor del fisco, se ordene su restitución con los intereses debidos.

HECHOS

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

Señala la parte actora, que celebró contrato multimodal con la Empresa Salazar López y Cia. Ltda., para transportar una carga consistente en un (1) contenedor que decía contener tres (3) pallets, más doce (12) fardos, más doscientos cuarenta y un (241) cartones de partes y repuestos de bicicletas, recibiendo el Contenedor CRXU 280432-5 con los sellos o precintos 378470 y 01078 homologados por la DIAN, para movilizar la mercancía desde la ciudad de Cartagena hasta Medellín.

Reseña el libelo de la demanda, que las condiciones para el transporte del contenedor desde el puerto extranjero se hizo en términos FCL/FCL (Full Container Load), lo que significa en traducción libre del idioma inglés al castellano, container consolidado lleno; de igual manera, fue acordado en términos Shipper's Load, Stow and Count, lo que significa en traducción libre que el embarcador carga, estiba y cuenta y, por último, 1x20 Container Said to

Contain, que significa en traducción libre contenedor que dice contener. Que finalmente transportó el contenedor hasta la aduana de destino debidamente sellado, sin ninguna observación en cuanto a los precintos.

Con Resolución 000107 de 24 de enero de 2003, la entidad accionada resolvió declarar el incumplimiento de la obligación correspondiente al operador de transporte multimodal en la operación aduanera objeto de análisis y ordenó hacer efectiva la póliza que la amparaba, siendo dicha decisión objeto de recursos de reconsideración y apelación, los cuales, fueron desatados por la autoridad aduanera a través de las Resoluciones 000578 de 04 de abril de 2003 y 001178 de 27 de junio de 2003, confirmando en todas sus partes el acto recurrido.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, afirma que el contenedor tiene un tratamiento de bulto o consolidado cuando no es obligación del transportador ni de los depósitos habilitados la desconsolidación o el desocupado de los mismos, entendiéndose por contraposición, que en los únicos eventos en los que si cabe esta obligación es cuando la condición no es FCL sino LCL (Less Than Container Load), lo que en traducción libre significa que el contenedor ha sido efectivamente llenado por el transportador, siendo su obligación también desocuparlo y entregar la carga suelta en igual cantidad y calidad a la embalada en el puerto de origen.

Que según la Circular 0188 de 26 de julio de 1999, si bien el depósito de destino debe verificar las condiciones del bulto movilizado por el transportador, en cuanto a la cantidad de contenedores, bultos o consolidados, así como la integridad del sello y peso de éste, no puede entrar a desconocer que sigue siendo un bulto el transportado, como unidad de carga y de volumen, lo que a su juicio, tiene sustento primigenio en el artículo 1027 del Código de Comercio.

Expone, que está demostrado que la mercancía objeto de controversia constaba de un (1) contenedor que portaba los mismos precintos desde el puerto de origen hasta la aduana de destino. Asimismo, advierte que obra en el plenario el Registro de Finalización de Tránsito 205631, con fecha de salida 22 de mayo de 2002 y de llegada el día 27 del mismo mes y año.

Concluye, que el 27 de mayo de 2002, el Depósito DAPSA en Medellín, registró como recibido el mismo contenedor, haciendo referencia a una cifra de doscientos cincuenta y seis (256), pero curiosamente no indica que sean contenedores sino que se encuentra bajo la columna de cantidad, en donde en su lugar debió haberse relacionado el bulto o contenedor, pero a su vez, resalta el mismo número de precinto (378470) consignado en todos los documentos que son materia de prueba en este caso, lo cual, aunque contradictorio sigue siendo un indicio de que la sociedad demandante transportó y entregó completa la mercancía en la aduana de destino.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por este tribunal con auto de 21 de noviembre de 2003 (fl.199), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Administrador Seccional de Aduanas de la ciudad de Cartagena (fl.200) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista la entidad accionada presentó contestación de la demanda (fls.210 – 224), expresando que cuando la Circular 0188 de 2000 y el Concepto 016 de 19 de enero de 2001 hacen referencia a las inconsistencias que se presentan, se refiere al momento de arribo de la mercancía y no cuando ésta llega a su destino, por lo tanto, no serían aplicables a este caso concreto, ya que las inconsistencia fueron detectadas al momento de recibo de las mercancías en la aduana de destino.

Que es cierto que la Circular 0188 de 2000 precisa que cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto, lo cual requiere que se den los elementos que exige la norma para considerarlo de tal forma, esto es, que venga para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte.

Luego, en virtud de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el proceso fue remitido para su correspondiente reparto entre los mismos, siendo asignado al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.241), el cual, por medio de auto de 08 de septiembre de 2006 (fl.242), procedió a aprehender su conocimiento.

Mediante auto de fecha 11 de julio de 2008 (fls.255 - 256), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, luego, con proveído de 20 de enero de 2011 (fl.294), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en su defensa (fls.300 – 303); la parte demandante a su vez, reafirmó las razones expuestas en el libelo de la demanda (fls.312 – 314). El Ministerio Público guardó silencio.

Más adelante, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8377 de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue redistribuido al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fls.336).

Seguidamente, por medio de providencia adiada el 1º de diciembre de 2011 (fls.337 – 338), el juzgado ordenó poner en conocimiento de la Compañía Seguros Cóndor S.A., la existencia de la causal de nulidad prevista en el numeral 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y, acto seguido, procede a dejar sin efectos el referido proveído a través de auto de 27 de septiembre de 2012 (fls.340 – 343).

EL FALLO RECURRIDO

(fls.344 – 357)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, señala que en el formato de Continuación de Viaje 01897 de 20 de mayo de 2002 y en el Bill of Lading que se toma como soporte del primero, está consignado que la mercancía sometida al transporte multimodal tenía un peso bruto traducido en 6.260 kg. A su vez, aduce que el B/L establece que la mercancía consta de tres (3) pallets, más doce (12) fardos, más doscientos cuarenta y un (241) cartones, para un total de doscientos cincuenta y seis (256) bultos, pero en el acta de inconsistencias a pesar de relacionarse el mismo peso, se pone de relieve que se recibe una menor cantidad de bultos a los reseñados en los documentos de transporte.

A partir de ello, considera que es posible establecer que se configura la conducta de incumplimiento atribuida a la sociedad actora, como quiera que está probado que la cantidad de bultos recibidos al finalizar el tránsito aduanero fue menor de la autorizada en la continuación de viaje, al iniciar dicha operación, además, que se evidenció una diferencia negativa de peso bruto en la mercancía arribada a la aduana de destino que pasó de 6.260 kg a 6.243,7 kg, lo que da cuenta que efectivamente existió un faltante.

Por otro lado, plantea que en el presente caso no puede asimilarse el concepto de contenedor al de bulto, ya que por el hecho de estar contenida en un contenedor no se convierte en carga unitarizada o sin reconsolidar, por tanto, el hecho de haberse entregado un contenedor al finalizar el tránsito no es un argumento válido para efectos de desvirtuar la conducta sancionable derivada de la configuración de un faltante en el número de bultos recibidos en la aduana de destino, pues la expresión “sin verificar su contenido”, se refiere a la mercancía misma y no a los bultos donde ésta sea embalada.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.360 – 362)

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

En primer lugar, expresa que dentro de la evaluación de las pruebas documentales se puede establecer que los precintos puestos desde el extranjero (puerto de origen), no presentaron signos de apertura o violación, que indicaran que antes de su entrega en el depósito aduanero autorizado, hubieran sido abiertos y extraído parte del contenido de la unidad de carga.

Alega, que además la continuación de viaje se autorizó para un dispositivo que “*decía contener*” una mercancía determinada y, por ello, el operador de transporte multimodal entregó en destino un contenedor con los precintos de origen intactos y con peso similar al verificado en la aduana de partida, es decir, que fue el embarcador o remitente en el exterior quien habría suministrado información consistente en cuanto al número de cajas que fueron transportadas bajo un Bill of Lading y en donde claramente se estableció que la sociedad demandante recibió un bulto o contenedor cargado, empacado, pesado, contado y sellado por el embarcador en el exterior.

Finalmente, insiste en que el concepto de bulto contenido en el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, es completamente aplicable al presente caso, en razón a la fecha de ejecución de la operación de transporte multimodal y al principio de temporalidad de la norma, por ello, las inconsistencias y faltantes son predicables frente al contenedor como bulto y no respecto de los paquetes que decía contener.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 30 de abril de 2013 (fl.363).

Por medio de proveído de 08 de agosto de 2013 (fl.366), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 16 de septiembre de 2013 (fl.368), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.369 – 373); la parte demandante a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.377 – 379). El Ministerio Público guardó silencio.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA.

Antes de entrar a realizar el estudio de fondo del presente asunto, debe poner de manifiesto el ponente, que si bien es cierto en casos similares al *sub judice* venía aplicando el criterio concerniente a la necesidad de vincular a las compañías aseguradoras cuando los actos demandados ordenan la efectividad de la póliza de garantía, en esta oportunidad rectifica su criterio con base en los pronunciamientos que sobre la materia ha expuesto el Consejo de Estado, en los que ha precisado¹:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp 20810, C P Ruth Stella Correa Palacio

“...en relación con el litis consorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litis consorcio cuasinecesario.

Esta especie o modalidad de litis consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litis consorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos...

...Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un litis consorcio facultativo, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del litis consorcio cuasinecesario, teniendo en cuenta que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.

Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la

indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado. cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos...”

Valga anotar, que no obstante la jurisprudencia en cita se refiere a un caso de contratación estatal, las consideraciones que desarrolla hacen alusión a las situaciones que de manera general involucren una obligación de un particular frente a una entidad estatal que se encuentre amparada con una póliza de garantía, razón por la cual, tales argumentos se hacen extensivos a casos como el *sub examine*, concluyendo que no resulta obligatorio la comparecencia de la compañía aseguradora para poder proferir sentencia de mérito.

PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía... (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todo los aspectos concernientes al incumplimiento

de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...”

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...”

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Finalmente, es del caso atender las voces del artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000², que acerca de la efectividad de las garantías que respaldan las obligaciones de los intervinientes en las operaciones aduaneras, estatuye:

*“Artículo 531. Efectividad de garantías cuyo pago se ordena en un proceso administrativo sancionatorio. En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una Liquidación Oficial, **se ordenará hacer efectiva la garantía, si a ello hubiere lugar y se notificará a la entidad garante.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

Como fue explicado precedentemente, el régimen aduanero bajo estudio culmina, entre otras situaciones, cuando se presenten inconsistencias entre los datos consignados en los documentos de transporte y la mercancía recibida, como lo es la entrega de la misma con menos peso, tratándose de mercancía a

² Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999

granel, o cantidad de la descrita en la declaración de tránsito aduanero, es decir, con el incumplimiento del operador de transporte multimodal.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la causal de incumplimiento que se le endilga o, si por el contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal.

Pero antes se debe precisar, que contrario a lo expuesto por la parte recurrente, el hecho de que los precintos con los cuales se selle el contenedor en el que se embala la mercancía para ser transportada, lleguen en buen estado, no indica que el operador de transporte multimodal se encuentre exonerado de la responsabilidad derivada del faltante de bultos que se registre en la aduana de destino, puesto que lo primero constituye una obligación adicional a la de entregar la mercancía en las mismas condiciones a las recibidas, cuyo incumplimiento da origen a una sanción diferente a la analizada en el asunto de marras.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones³:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002⁴, 22 de abril de 2004⁵ y 2 de marzo de 2006⁶ y, al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala:

«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 02 de diciembre de 2010, Exp. 2003-00302-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso

⁴ Expediente 7165 M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero

⁵ Expediente 7791 M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade

⁶ Expediente 8471 M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo

arribar la mercancía a la ciudad de Medellín. que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9.330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 1027 del C. de Co. establece que “Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe”, no lo es menos que el artículo 3 del Decreto 1909 de 1992 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía e, igualmente, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

De manera que no se puede exonerar de responsabilidad a las empresas de transporte respecto de la determinación del peso de la mercancía que transportan, pues, dentro del giro de la actividad que realizan, deben constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso de la mercancía, ya que se trata de mercancía sin nacionalizar; el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no exonera de responsabilidad aduanera porque no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la transporta sino por la omisión de verificar el peso de la mercancía que se compromete a entregar a la aduana de destino.

La Sala ya se había pronunciado sobre el tema aquí tratado de la siguiente manera:⁷

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto.

⁷ Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002, Magistrada Ponente, doctora Olga Inés Navarrete Barrero

Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida.

*Tanto es así, que la Declaración de Tránsito Aduanero ostenta el mismo valor del manifiesto de carga. Si bien es cierto que en el caso de éste último es la empresa transportadora quien expide el documento y, por ende, es responsable de la veracidad del contenido del mismo, aunque en el caso en estudio no fue la actora quien elaboró y presentó ante las autoridades aduaneras la Declaración, no por ello puede eximirse de responsabilidad frente a la contravención aduanera que se le imputa...»
(negrilla fuera de texto)*

Para la Sala, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la

mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en esta última.

La actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante habida cuenta de que realizó el tránsito aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, sin inventariar y con el peso que figuró en Cartagena.

Para la Sala no es válido el argumento expuesto por la actora, pues fue precisamente esta la omisión que acarreó la sanción. Como quedó visto, para que la actora en su calidad de transportadora pudiera exonerarse de responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba con que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la Aduana de Partida (Cartagena). Era indispensable poner en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento, la diferencia advertida y que en la DTA se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.” (Subrayado fuera de texto)

Por otro lado, debe precisarse que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que en los actos demandados se desconoció la doctrina de la DIAN referente a que la mercancía transportada en un solo contenedor es considerada como un bulto, sustentada en el contenido de la Circular 0188 de 2000, expedida por la DIAN.

Frente a ello se debe precisar, que si bien es cierto en ella se establece que “...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...”, no lo es menos que el alcance que se le dio a dicho concepto se limita precisamente a esa actuación, esto es, al informe de inconsistencias previsto en el artículo 98 del Decreto 2685 de

1999, pero no puede hacerse extensivo a la concepción de bulto prevista en el régimen sancionatorio aduanero, atendiendo el postulado del artículo 27⁸ del Código Civil.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que cuando la importación de una mercancía está soportada en documentos de transporte dirigidos a varios consignatarios dicha postura no es aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, antes de la modificación introducida por el artículo 1° del Decreto 2101 de 2008:

“Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina...

...BULTO. Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al revisar la documentación aportada al expediente de la referencia, se puede verificar, que en el Bill of Lading NODAM217LECTG300 (fl.17 cuaderno de pruebas), se señala claramente en la casilla 3 que la mercancía va consignada a orden de Salazar López y Cía. Ltda., Interworld Freight Ltda., Granportuaria S.A., y Zona Aduanera DAPSA S.A., lo que pone de relieve que está dirigida a más de un consignatario.

En ese orden de ideas, se colige, que el contenedor donde se transportaba la mercancía objeto de controversia no puede ser considerado como un bulto, puesto que no reúne los requisitos legales establecidos en la disposición en comento.

⁸ Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu

Adicionalmente, se considera, que si bien el artículo 1027 del Código de Comercio establece que cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe, también es cierto que el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999 preceptúa que los contenedores dirigidos a varios consignatarios no pueden ser considerados como un solo bulto, tal como ocurrió en el asunto de marras.

Aunado a ello, la Sala es del criterio, que las condiciones contractuales privadas que tienen que ver con la modalidad bajo la cual se celebra el contrato de transporte con el importador, no son oponibles a la autoridad aduanera en el ejercicio de su potestad de control sobre las operaciones aduaneras en el país, ya que se trata de una actividad legalmente regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, como quedó explicado suficientemente en párrafos anteriores.

Hecha las anteriores anotaciones, procede la Sala a revisar el acervo probatorio recopilado en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones como operador de transporte multimodal.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.262: Declaración de Importación 23480030539512 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 544,71 kg y 457,78 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.264: Declaración de Importación 23480030539505 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 26,39 kg y 804,18

kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.267: Declaración de Importación 23480030539521 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 155,5 kg y 1.162,45 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.270: Declaración de Importación 23480030539616 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 659,05 kg y 99,16 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.272: Declaración de Importación 23480030539609 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 22,23 kg y 703,85 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.275: Declaración de Importación 23480030539537 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 34,26 kg y 118,43 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.277: Declaración de Importación 23480030539590 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 68,75 kg y 174,98 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.279: Declaración de Importación 23480030539583 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 92,38 kg y 126,67 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.281: Declaración de Importación 23480030539576 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 300 kg y 85,52 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.283: Declaración de Importación 23480030539544 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 431,61 kg y 76,13 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.285: Declaración de Importación 23480030539569 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 9,89 kg y 1,99 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

-fl.287: Declaración de Importación 23480030539551 de 04 de junio de 2002; en las casillas 33 y 54 señaló como peso bruto un total de 0,66 kg y 87,13 kg, respectivamente; en las casillas 36 y 57 relaciona un número total de bultos de doscientos cincuenta y seis (256), en ambas.

La suma total de los pesos registrados en cada una de las declaraciones de importación previamente reseñadas, arroja un total de 6.243,7 kg.

-fl.15 cuaderno de pruebas: Aviso de Llegada de Continuación de Viaje de fecha 28 de mayo de 2002, en el que se informa que la mercancía objeto de controversia consta de doscientos cincuenta y seis (256) bultos y registra un peso de 6.243 kg.

-fl.16 cuaderno de pruebas: Continuación de Viaje 01897 de 28 de mayo de 2002 con número de aceptación 00731 de 22 de mayo de 2002, en la que consta que la mercancía sometida a dicha modalidad consta de trescientos

cuarenta y cinco (345) bultos, con un peso bruto verificado en la aduana de partida de 6.260 kg.

-fl.17 cuaderno de pruebas: Bill of Lading NODAM217LECTG300 de 27 de mayo de 2002, en el que se registra que la mercancía objeto de controversia consta de doscientos cincuenta y seis (256) bultos, divididos en tres (3 pallets que contiene noventa y dos [92] cartones), doce (12) fardos y doscientos cuarenta y un (241) cartones y cuenta con un peso de 5.675 kg.

-fl.21 cuaderno de pruebas: Planilla de Recepción 112002100003594 de 27 de mayo de 2002, en la que se reseña que la mercancía objeto de discusión está conformada por doscientos cincuenta y seis (256) bultos y registra un peso de 6.243,7 kg.

-fl.27 cuaderno de pruebas: Aviso de Envío de Continuación de Viaje de 19 de junio de 2002, en el que se reseña que la cantidad de bultos a transportar es de trescientos cuarenta y cinco (345), con un peso de 6.260 kg.

-fl.28 cuaderno de pruebas: Aviso Finalización de Régimen de Tránsito Aduanero y/o Continuación de Viaje 147 de 27 de mayo de 2002, en el que también se describe a la mercancía objeto de discusión en cantidad de doscientos cincuenta y seis (256) bultos y un peso de 6.243,7 kg.

-fl.45 cuaderno de pruebas: Registro de Finalización de Tránsito con radicación 205631, en el que se reporta que la mercancía objeto de la operación aduanera presenta una cantidad de doscientos cincuenta y seis (256) bultos y un peso de 5.675 kg.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia registrada en la Continuación de Viaje 01897 de 28 de mayo de 2002 con número de aceptación 00731 de 22 de mayo de 2002, constaba de

trescientos cuarenta y cinco (345) bultos, con un peso bruto verificado en la aduana de partida de 6.260 kg.

Este número de piezas no concuerda con el registrado en el Documento de Transporte Bill of Lading NODAM217LECTG300 de 27 de mayo de 2002, ni con la información anotada en los demás documentos de viaje, tales como el aviso de llegada, la Planilla de Recepción 112002100003594 de 27 de mayo de 2002, el aviso de finalización del régimen de tránsito aduanero y el Registro de Finalización de Tránsito con radicación 205631, en los que se señala que la mercancía en cuestión está conformada por doscientos cincuenta y seis (256) bultos.

De igual forma, se debe poner de relieve que sólo en el aviso de envío coincide el peso consignado en la continuación de viaje, esto es, 2.260 kg, puesto que el aviso de llegada, la planilla de recepción y el aviso de finalización registran un peso de 6.243 kg, tal como sucedió con la totalidad de las declaraciones de importación que amparan el ingreso de la mercancía a territorio aduanero nacional, mientras que el Bill of Lading y el registro de finalización del régimen contienen un peso de 5.675 kg.

A juicio de la Sala, el verdadero número de piezas o bultos que le correspondía transportar a la parte demandante era de doscientos cincuenta y seis (256), tal como lo establece el Bill of Lading NODAM217LECTG300 de 27 de mayo de 2002, en el cual se discrimina el contenido de la mercancía de la siguiente manera: i) 3 pallets (92 cartones), ii) 12 fardos y, iii) 241 cartones.

Teniendo en cuenta dicha información, se puede determinar, que si se suman los tres (3) pallets más los doce (12) fardos más los doscientos cuarenta y un (241) cartones, se obtiene un total de doscientos cincuenta y seis (256) bultos; ahora bien, si a ese resultado se le restan los tres (3) pallets de manera unitaria, pero se le suman los noventa y dos (92) cartones que los conforman, se obtiene un resultado de trescientos cuarenta y cinco (345) bultos.

Al parecer de esta colegiatura, la anterior operación aritmética permite apreciar claramente la confusión en que incurrió la DIAN en el asunto de marras, lo cual, dio lugar a la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones aduaneras en cabeza de la sociedad demandante en el régimen de transporte multimodal, lo cual, como quedó visto no ocurrió.

En otras palabras, según se registre el número de pallets que conforma la mercancía transportada, esta puede ser de doscientos cincuenta y seis (256) o trescientos cuarenta y cinco (345) bultos, lo que permite concluir que la información consignada en cada uno de los documentos referenciados es correcta, sólo que en algunos de ellos los pallets fueron contados de manera unitaria en total de tres (3), mientras que en otros fueron registrados de manera global en total de noventa y dos (92), pero independientemente de dicha situación, se resalta que la mercancía llegó completa a la aduana de destino.

Por otro lado, la diferencia en el peso de la mercancía consignada en los diferentes documentos de transporte no reviste mayor importancia en el *sub examine*, atendiendo al hecho de que la mercancía no es de aquellas denominadas de carga a granel y, además, porque no existe efectivamente un faltante de la misma.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que los actos administrativos demandados se encuentran falsamente motivados, toda vez, que la mercancía que le fue encomendada a la sociedad actora desde un inicio llegó completa a la aduana de destino, razón por la cual, se procederá a declarar la nulidad de los mismos y, como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se declarará que la parte demandante no adeuda suma alguna a la DIAN por concepto de la sanción impuesta y de haber pagado suma alguna a favor del fisco, se ordenará su restitución con los intereses debidos.

Por último, en cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo "...el Juez,

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

En conclusión, en esta oportunidad habrá de revocarse la sentencia emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se dispondrá concederlas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de 14 de marzo de 2013 emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Granportuaria S.A., contra la DIAN y, en su lugar, se dispone:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 000107 de 24 de enero de 2003, mediante la cual, el ente demandado declara de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera y ordena hacer efectiva una garantía; Resolución 000578 de 04 de abril de 2003, por medio de la cual, la entidad accionada resuelve un recurso de reposición interpuesto por la parte actora en contra de la anterior decisión y, Resolución 001178 de 27 de junio de 2003, a través de la cual, fue desatado un recurso de apelación interpuesto por la sociedad accionante contra la primera de las resoluciones demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, DECLARAR que la Sociedad Granportuaria S.A., no está obligada a pagar suma alguna a la DIAN, por concepto de la sanción impuesta a través de los actos demandados.

TERCERO: En el evento de que la parte demandante haya pagado suma alguna a favor de la entidad demandada por tal concepto, se dispone ORDENAR a la misma su restitución con los intereses debidos.

CUARTO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida.

QUINTO: La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo, atendiendo los términos de la sentencia C-188 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

SEXTO: En firme esta providencia, DEVOLVER el remanente de gastos del proceso, si lo hubiere y ARCHIVAR el expediente.”

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.

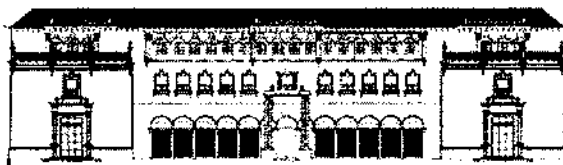
LOS MAGISTRADOS


JORGE EMILIO LANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-000-2003-02040-02.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1406
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: MARCELA DELGADO DE OLIVEROS
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE DIOS DE MOMPOX EN LIQUIDACION- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2010-00124-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Marcela Delgado de Oliveros**
Demandado: **ESE Hospital Local San Juan de Dios de Mompox en Liquidación-Departamento de Bolívar y Otros.**
Expediente: **13-001-33-31-013-2010-00124-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el Departamento de Bolívar contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2012 por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron de manera parcial las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La señora Marcela Delgado de Oliveros, 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 la Protección Social, el Departamento de Bolívar y la ESE Hospital San Juan de Dios de

Mompox en Liquidación, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de las Resoluciones 209 del 26 de mayo de 2009, mediante la cual se determinan, califican y gradúan las reclamaciones presentadas contra la masa de la Liquidación de la ESE demandada y la 465 del 4 de septiembre de 2009, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella.

Como consecuencia de lo anterior, se reconozca y ordene el pago del auxilio de transporte, prima técnica y bonificación por antigüedad; indemnización moratoria; el reembolso de las sumas descontadas por concepto de cesantías; el reconocimiento del 12% anual de las cesantías y el correlativo retroactivo; el reconocimiento de las vacaciones durante los años 2000 y 2002, reajuste de horas extras y festivos de los años 2006, 2007, 2008, viáticos del año 2007, auxilios mortuorios, prima técnica desde 1994 hasta el 2008, días adicionales de vacaciones, prima de vacaciones y prima de transporte desde el 2002 a 2008, prima de antigüedad de 2003 a 2008, escolaridad por el año 1998, escolaridad universitaria, dotación de uniformes, reajuste de prima de vacaciones, reajuste de prima de navidad y reajuste de bonificaciones desde el año 2003 al 2008.

Que se ordene su vinculación a la carrera administrativa.

Así mismo, solicita la indexación de las sumas a reconocer y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Por último depreca el pago de las costas, en las que se incluyan las agencias en derecho.

3. HECHOS

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

Señala que se vinculó al servicio de la ESE Hospital San Juan de Dios de Mompox, mediante acta de posesión 204 del 11 de octubre de 1976.

Establece que mediante Resolución 189 de 1996 fue inscrita en carrera administrativa.

Determina que desde entonces laboró en forma continua e ininterrumpida hasta el momento en que se estableció la liquidación de la ESE.

Afirma que como resultado de la supresión de su cargo, no le fueron canceladas la totalidad de las prestaciones sociales y emolumentos percibidos durante la relación laboral

Señala que la fiduciaria le negó el reconocimiento de tales emolumentos en razón de que no se encontraban consagrados en el Decreto 1919 de 2002.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 11 de octubre de 2010 (fl.87), el proceso fue fijado en lista, término dentro del cual las entidades demandadas esgrimieron:

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Se opuso a la totalidad de las declaraciones y condenas solicitadas, por carecer de fundamento legal y probatorio.

Como excepciones formuló la ineptitud de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de la obligación. (fls. 106-112)

FIDUPREVISORA S.A.

Estimó la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto no existe ningún vínculo contractual del cual se pueda derivar o inferir que tiene el deber o la responsabilidad de representar judicialmente a la ESE demandada; por tal razón solicitó que sean desestimadas las pretensiones incoadas. (fls. 129-113)

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

Adujo como medio de defensa la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto no media vínculo o relación laboral que lo obligue al pago de las prestaciones solicitadas.

Por tanto al ser la ESE Hospital San Juan de Dios, la empleadora de la accionante, es quien detenta la obligación de reconocer y pagar los emolumentos deprecados.

De igual manera señaló que los actos administrativos cuya nulidad se solicita, se encuentran ajustados a las normas legales que sirvieron de base para su expedición,

Frente a la indemnización solicitada añade que no le asiste el derecho a la demandante, por cuanto fue quien renunció al cargo que venía desempeñando en la ESE.

No obstante, si se llegare a reconocer los emolumentos y acreencias laborales, solicita que se declare la prescripción de los mismos. (fls. 176-186)

4. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia (fls. 165-169) él *a quo* declaró no probada la falta de legitimación propuesta por el ministerio y la fiduciaria, en consecuencia declaró la nulidad parcial de las resoluciones acusadas y en su defecto condenó al departamento al pago de las cesantías que fueron indebidamente descontadas.

Sobre este aspecto señaló que le asiste razón a la actora en que no existe ningún elemento probatorio que demuestre que la suma descontada sobre el total de sus cesantías definitivas fueron efectivamente giradas al Fondo Nacional del Ahorro.

Así mismo, ordenó el pago de los intereses de cesantías causados desde el 17 de junio de 2006 hasta el 5 de marzo de 2009, fecha en la que se acepta su renuncia al cargo de auxiliar de enfermería. (fls. 279-308)

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

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

Declaró su oposición a la decisión del juez de primera instancia, al considerar que en el caso concreto media la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto señala que los compromisos asumidos en la financiación del proceso de liquidación, no entraña subrogación alguna de las obligaciones, ni la solidaridad en las mismas.

Aduce que la calificación realizada por el juez de instancia realiza sobre el pasivo cierto no reclamado es errónea, por cuanto éste comprende son las peticiones presentadas por fuera del término señalado por el liquidador para presentar los créditos, situación que no ocurre en el presente caso.

Finalmente concluye que no existe prueba que demuestre que haya asumido las obligaciones de la extinta entidad; así como tampoco ha existido una subrogación, toda vez que se requiere la existencia de una norma que así lo prevea. (fls. 310-314)

6. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 21 de noviembre de 2012 (fl.341), se admitió el recurso de apelación interpuesto, siendo modificado por auto de fecha 16 de enero de 2013 (fls. 346-347), bajo el entendido la sentencia fue recurrida por el departamento.

A través de auto de fecha 7 de febrero de 2013 (fl. 349), 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 el ente demandado ratificó los argumentos de la apelación (fls. 367-370); por su parte el Ministerio Público solicitó en estricto sentido que se confirmé la sentencia recurrida (fls. 371-379).

La parte demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

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

II. CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA.

Precedente al estudio de los fundamentos jurídicos expuestos en el recurso de alzada, se estima pertinente determinar si la acción fue presentada en el término que el artículo 136 numeral segundo del Código Contencioso Administrativo, indica para ello.

Puesto que en caso de encontrarse que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, haría inocuo cualquier pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Sobra advertir que el cumplimiento de este presupuesto de la demanda, se analiza en esta instancia procesal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A., que preceptúa:

“ARTÍCULO 164. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus.”

Sobre esta facultad el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, expresó:

“Cabe precisar que aunque el fallo de primera instancia sólo fue apelado por la demandante, la Sala está obligada en esta instancia a verificar en forma previa a cualquier estudio acerca de la procedencia de las diversas pretensiones ventiladas bajo esta vía judicial, si la acción ejercida fue impetrada en tiempo oportuno, esto es, analizar si operó o no la caducidad que ha sido materia de debate dentro de este proceso, en consideración a que se trata de una excepción que de conformidad con la ley debe ser declarada de oficio por el juzgador y por tanto no requiere alegación de parte (arts. 85, 96, 97, 304, 305, 306 del C. de P. C. y 164 y 170 del C.C.A.)¹”

Declaración oficiosa de la excepción de caducidad de la acción

La caducidad es el fenómeno procesal en virtud del cual, por el sólo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía jurisdiccional. Así, la

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, Radicación número: 54001-23-31-000-1998-00416-01(18413), CP: Ruth Stella Correa Palacio.

caducidad, como presupuesto para interponer la acción, obedece a la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas y, en ese sentido, ésta juega un papel trascendente en la medida que tiene como finalidad cerrar toda posibilidad al respectivo debate jurisdiccional.

En tal sentido el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en sentencia de fecha 18 de marzo de 2010, C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099), manifestó lo siguiente:

“Se tiene por cierto que la caducidad se configura cuando el plazo fijado en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido. Es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido y finalidad de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por el juez competente. Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga para que, ante la materialización de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.”

Al respecto contempla el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo:

“ARTÍCULO 136.- Caducidad de las acciones.

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

De la anterior disposición, se desprende que el término de caducidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses,

salvo cuando se trate de prestaciones periódicas, las cuales podrán ser demandadas en cualquier tiempo.

Sin embargo el término de la caducidad se ve suspendido por la presentación de la conciliación prejudicial, de conformidad con lo señalado en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, así:

“ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

En el caso concreto, se advierte que el demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones 209 del 26 de mayo de 2009, mediante la cual se determinó, calificó y se graduaron las reclamaciones presentadas contra la masa de la Liquidación de la ESE demandada y la 465 del 4 de septiembre de 2009, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella.

Teniendo en cuenta que la resolución que resolvió el recurso de reposición se notificó el día 26 de octubre de 2009 (fl. 85), se tiene entonces que el término de caducidad de cuatro (4) meses fenecía el 27 de febrero de 2010.

Sin embargo según se desprende de la constancia emitida por la Procuraduría 65 Judicial I Administrativa, (fl. 9), la parte demandante presentó solicitud de conciliación el 27 de enero de 2010, momento a partir del cual se suspendió el término de caducidad hasta la expedición de la respectiva constancia el día 17 de marzo de 2010, por lo que a partir de ese momento empezaba a correr nuevamente el tiempo restante para la presentación de la acción. Esto indica que la demanda debió presentarse a más tardar el día 17 de abril de 2010.

En esa medida, y como quiera que la demanda fue radicada el día 4 de mayo de 2010 (fl. 8), se colige que fue presentada por fuera del término establecido por la ley para el efecto, por lo que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

Ahora, en gracia de discusión y contrario a los considerandos esgrimidos la juez de instancia en el auto admisorio de la demanda (fl. 88), para la Sala los emolumentos deprecados en el sub iudice no ostentan el carácter de prestaciones periódicas, de tal suerte que es improcedente aseverar que la demanda se puede presentar en cualquier tiempo.

Al respecto el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección "A", en sentencia de fecha 8 de Mayo de 2008, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren, Rad08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07), manifestó lo siguiente en torno al carácter de "prestación periódica":

"El numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., prevé que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados.

La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de "prestación periódica", es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

En ese sentido los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprende no sólo decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino que también envuelve los actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente. (Subrayas y Negrillas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que la periodicidad de las prestaciones radica en la manera en que las mismas son sufragadas y devengadas en el tiempo, es decir, apunta a la vigencia en que las prestaciones sociales son causadas.

Así las cosas, considera la Sala que ninguno de los emolumentos reclamados encierran el carácter de prestación social periódica, toda vez que las mismas se causaron hasta el momento en que cesó la relación laboral, lo que indica que en la actualidad no se encuentra gozando de esos derechos. En resumen, si bien es cierto son prestaciones sociales², también lo es que NO son prestaciones periódicas.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, al no tenerse las reclamaciones laborales solicitadas en esta demanda como prestaciones periódicas, la accionante debió interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro (4) meses a los cuales hace referencia el artículo 136 numeral segundo del Código Contencioso Administrativo.

Consecuente con lo expuesto, debe la Sala revocar la sentencia apelada para disponer, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda, por cuanto se encontró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción.

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 razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley;

²El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Dr. William Giraldo Giraldo, de fecha 26 de octubre de 2009, Radicación No. 16761, manifestó el concepto de prestaciones sociales en el siguiente sentido:

"Las prestaciones sociales son el mecanismo de seguridad social establecido por el legislador para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador y como ha considerado la Corte Suprema de Justicia, "cualquier otro régimen, legal o convencional, orientado a amparar esta contingencias, constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad o invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las "prestaciones sociales", porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales."

FALLA

REVOCAR la sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda. En consecuencia se dispone:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

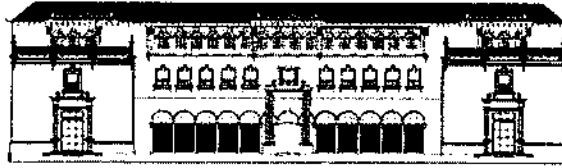
Los Magistrados,


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-013-2010-00124-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1407
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: JENNIFER MARTINEZ MORALES Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL- RAMA JUDICIAL- MINISTERIO DEL INTERIOR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2011-00684-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Jennifer Martínez Morales y otros.
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial y Ministerio del Interior.
Expediente: 13-001-23-31-001-2011-00684-00

Agotado como se encuentra el trámite de la presente acción, procede la Sala a emitir decisión de fondo.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN¹.

Los señores Jennifer Martínez Morales, Maritza Morales Pájaro y Norley Carelis Martínez Morales, por medio de apoderada judicial, concurrieron ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a instaurar demanda de reparación directa, conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra La Nación – Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial y Ministerio del Interior, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

¹ Folios 5 a 9.

2. PRETENSIONES².

Que se declare responsable a las entidades accionadas por los perjuicios ocasionados a los demandantes por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto Jennifer Martínez Morales durante seis (6) meses y veinte (20) días.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte demandada a pagar las siguientes indemnizaciones a los libelistas:

a) A título de lucro cesante, la suma de tres millones cuatrocientos treinta y ocho mil trescientos treinta y tres pesos (\$3'438.333,00), por concepto de los ingresos que dejó de percibir durante su reclusión.

b) A título de daño emergente, doce millones de pesos (\$12'000.000,00), correspondientes a los gastos de defensa judicial que tuvo que asumir la víctima directa con motivo del proceso penal adelantado en su contra.

c) A título de perjuicios morales:

- A favor de Jennifer Martínez Morales, perjudicada directa, quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de Maritza Morales Pájaro, madre de la procesada, doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A favor de Norley Carelis Martínez Morales, hermana de la sindicada, doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

² Folios 2-3 del expediente

3. HECHOS.

La parte demandante sustenta la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls. 1-2):

La fiscalía, en audiencia celebrada el 3 de marzo de 2010, formuló imputación contra la señora Jennifer Martínez Morales, legalizó su captura y le impuso medida de aseguramiento, por el presunto delito de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas.

El 31 de marzo de 2010 el ente investigador presentó escrito de acusación contra la libelista ante la Jueza Única Penal Especializada de esta ciudad.

Cumplidas las audiencias de formulación de acusación y la preparatoria, el Juzgado Único Penal Especializado de Cartagena profirió sentencia absolutoria a favor de la señora Martínez.

La accionante sufragó por concepto de honorarios del abogado que ejerció su defensa técnica en el curso del proceso penal adelantado en su contra, la suma de diez millones de pesos (\$10'000.000,00).

Para la época de su aprehensión, la actora se desempeñaba como empleada doméstica en una residencia ubicada en esta ciudad.

4. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 29 de noviembre de 2011 (fls. 61-63) y, luego de surtirse su notificación, se fijó el proceso en lista por diez (10) días.

La Nación – Ministerio del Interior contestó la demanda por intermedio de apoderado (fls. 87 a 89), alegando que no participó directa o indirectamente en los hechos que dieron origen a la presente controversia.

La Rama Judicial también se opuso a través de mandatario judicial a las pretensiones de la demanda, manifestando que no le constaban los supuestos fácticos sobre los cuales se edificaban y que no existía responsabilidad patrimonial de ninguno de sus agentes en los hechos que motivaron la acción de la referencia (fls. 91-102).

A su turno, la Fiscalía General de la Nación contestó el libelo introductorio mediante abogado, señalando que se atenia a lo probado dentro del proceso, que no fue acreditada la causación de los perjuicios materiales cuyo resarcimiento se deprecia y que la indemnización solicitada a título de perjuicios morales rebosa el tope fijado por vía jurisprudencial en esa materia (fls. 105-115). Argumentó así mismo que no se verifican los presupuestos esenciales para estructurar su responsabilidad patrimonial porque obró conforme a lo establecido en el artículo 250 constitucional, según el cual es deber de la fiscalía investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores.

Por auto de 14 de agosto de 2013 se prescindió del periodo probatorio y se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para alegar de conclusión (fls. 134-135).

Las partes no formularon alegatos de cierre.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO

¿Procede declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por los perjuicios que se le imputan con motivo de la supuesta privación injusta de la libertad de una persona, presuntamente derivada de una medida de aseguramiento, cuando no se acredita su reclusión carcelaria o domiciliaria?

2. HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD

Se pretende derivar responsabilidad a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a la Rama Judicial y al Ministerio de Interior por la supuesta privación de la libertad de que habría sido objeto la señora Jennifer Martínez Morales durante seis (6) meses y dos (2) días con ocasión de la investigación adelantada en su contra por la presunta comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares.

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, entre ellos, claro está, los generados por la privación injusta de la libertad. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, por la vía de la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Es asunto decantado que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal adelantado en su contra termina con sentencia absolutoria, o preclusión de la investigación, u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo* –aunque en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga–, pero en tales casos es necesario acreditar que el acusado ha sido sometido a reclusión carcelaria o domiciliaria.

En efecto, cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de la privación injusta de la libertad -situación en la que, de acuerdo con el sustento fáctico de la demanda, se enmarca la presente controversia-, se aplica el título de imputación objetivo, a la luz del cual al demandante le corresponde la carga de probar la existencia del daño antijurídico, consistente en la reclusión carcelaria o domiciliaria, y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, sin que sea relevante verificar si la autoridad judicial incurrió o no en un error en la providencia que ordenó la detención.

4. LO PROBADO

Dentro del curso de la litis se recaudaron los siguientes elementos probatorios relevantes:

- a) Copias auténticas de los registros civiles de nacimiento que acreditan que la señora Jennifer Martínez Morales es hija de Maritza Morales Pájaro y hermana de Norley Carelis Martínez Morales (fls. 11 y 12).
- b) Copia auténtica de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2010 por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena dentro del

proceso penal 2010-029 adelantado contra Jennifer Martínez Morales y otro por el presunto delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, providencia mediante la cual se absolvió a la acusada en virtud del principio de *in dubio pro reo* (fls. 13-25).

5. CASO CONCRETO.

5.1. Daño Antijurídico

El daño antijurídico ha sido definido como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. En cualquiera de sus manifestaciones, debe ser cierto y determinado (presente o futuro); particular (es decir, causado a las personas que solicitan reparación); anormal (por haber excedido los inconvenientes inherentes al servicio) y estar protegido jurídicamente por el derecho.

En torno del daño antijurídico y su carácter axial con miras a la configuración de la responsabilidad extracontractual, es pertinente traer a colación las siguientes precisiones realizadas por la doctrina:

“Con independencia de la forma como se conciben en términos abstractos los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar con el rector Hinestrosa que ‘el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil...’.

“El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la

*finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”.*³

En el caso concreto, según se desprende del texto de la demanda, el daño antijurídico que se pretende sea reparado por las entidades accionadas consiste en la supuesta privación de la libertad de que habría sido objeto la señora Jennifer Martínez Morales durante un lapso de seis (6) meses y dos (2) días en el marco del proceso penal adelantado en su contra por el presunto delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas.

Ahora bien, revisado el acervo probatorio, se advierte al rompe que durante el curso del *sub examine* no se aportó o practicó prueba que evidencie que sobre Jennifer Martínez Morales se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria o domiciliaria, pues no se arrimó copia de la providencia mediante la cual se alega que se decretó tal medida, ni de la legalización de la captura o certificado de reclusión de la procesada.

En efecto, la única prueba relacionada con el juicio punitivo surtido contra la libelista allegada al *sub lite*, fue la copia auténtica con constancia de ejecutoria de la sentencia penal de 22 de septiembre de 2010 proferida por el Juzgado Único Penal Especializado del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió “*absolver a la señora Jennifer Martínez Morales de generalidades conocidas en el presente asunto, de la conducta de tráfico, fabricación y porte ilegal de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas* (fls. 13-26).

Ahora bien, la anterior prueba documental es idónea para demostrar que se surtió un proceso penal contra la demandante por el delito mencionado y que el

³ Henao, Juan Carlos, El Daño, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2007, Págs. 35 a 37.

mismo terminó con decisión absolutoria a su favor, pero de ninguna manera acredita que en el curso de ese juicio le hubiere sido impuesta y mucho menos materializada medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, pues en su texto no se hizo indicó nada al respecto, de ahí que sea imposible establecer con plena certeza que la señora Martínez Morales estuvo privada de su libertad en el lapso de tiempo señalado dentro del libelo demandatorio.

Desde esta perspectiva, resulta incontestable que los demandantes, en franco incumplimiento de la carga que les impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁴, no demostraron el daño antijurídico cuya reparación pretenden, consistente en la alegada privación injusta de la libertad de Jennifer Martínez Morales durante más de seis (6) meses con ocasión de la investigación penal adelantada en su contra.

Memorase que al tenor de lo dispuesto en los artículos 174 *ibidem* “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*” y que cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de la privación injusta de la libertad de una persona, le corresponde al extremo accionante demostrar que contra la víctima directa se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso penal y que dicho juicio culminó con decisión absolutoria, requisitos cuya demostración es imprescindible para que surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios generados de la situación de la detención.

4

En consecuencia, ante la ausencia de prueba del daño antijurídico, el cual constituye el primero y más importante de los elementos de la responsabilidad extracontractual, se denegarán las pretensiones de la demanda.

⁴ Norma que dispone que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen y que es aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandante fundamento para imponerle condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA:

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: 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 decidido en sesión de la fecha.

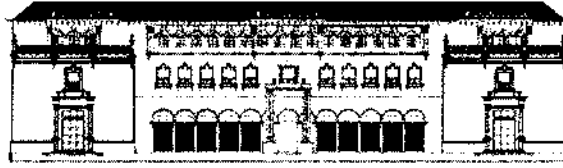
Los Magistrados,


JORGE ELIECER FANDEÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-23-31-001-2011-00684-00)



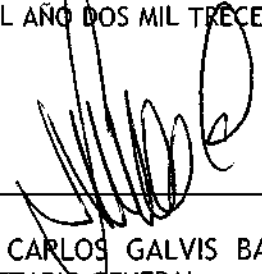
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1408
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2012-00389-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE 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, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Cartagena de Indias D.T y C., Septiembre Veintisiete (27) de aos mil trece (2013)

SALA DE DECISIÓN No 002

1º Instancia

№ 254

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO.

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 13-001-23-31-001-2012-00389-00.
Demandante: INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA.
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Tema: Indebida notificación

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 dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se acceda a las siguientes pretensiones

1. "Que Se declare la **NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO** contenido en la **RESOLUCIÓN No. 76902 DE FECHA 21 DE AGOSTO DE 2008**, proferida por la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena, "Por medio de la cual se

determina una obligación a cargo de un predio con referencia catastral No. 01.05-0405-0012-000, ubicado en la siguiente dirección C14 30 247, de propiedad de **INVERSIONES –VARGAS. PUCHE. LTDA.**

2. Que, como consecuencia de la NULIDAD solicitada, SE RESTABLEZCA, EN SU DERECHO, a la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA, representada legamente, por la Doctora PRISCA MARINA VARGAS PUCHE, se ordene el levantamiento de las medidas cautelares que pesan sobre los bienes de mi Poderdante, como consecuencia del proceso de cobro coactivo que se adelanta con fundamento en la Resolución Demandada.

3. Que, como consecuencia de la NULIDAD solicitada, SE RESTABLEZCA, EN SU DERECHO, a la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA, representada legamente, por la Doctora PRISCA MARINA VARGAS PUCHE, se ordene el archivo definitivo del Expediente No. 131306 que, por Cobro Coactivo, que se adelanta contra mi mandante.

HECHOS RELEVANTES

1. "Mi mandante es propietaria de un lote de terreno, distinguido con la Referencia Catastral No. 01-05-0405-0012-000.
2. La Secretaria de Hacienda Distrital de Cartagena, el día **21 de agosto de 2008, expidió la Resolución No. 76902**, mediante la cual, se determinó la suma de \$603.808.508, a cargo de mí Representada, como impuesto predial correspondiente a las siguientes vigencias fiscales: (...)
3. La Secretaría de Hacienda, según figura en el Expediente No. 131306, de dicha Entidad, ordenó notificar este acto, "por medio de la cual se determina una obligación a cargo del predio con referencia catastral No. 01-05-0405-0012-000, ubicado en la siguiente dirección C14 30 247, de INVERSIONES – VARGAS – PUCHE- LTDA.", mediante la guía No. 932896224640115 de la Firma SERVIENTREGA, la cual se encuentra adherida al mismo acto por notificar y, en ella es claro que el mismo fue devuelto. Por lo tanto, es claro que mi mandante **no recibió notificación alguna.**
4. Mi representada, la Sociedad **INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA., identificada con el NIT: 890.404.085 – 1, NO FUE, NI HA SIDO NOTIFICADA** del acto administrativo que sirve de Título Ejecutivo, Contra la Firma **INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA.,** dentro del expediente No. 131306, es decir, la Resolución, No. 76902 DE FECHA 21 DE AGOSTO DE 2008, proferida por la secretaria de Hacienda de Cartagena, "Por medio de la cual se determina una obligación a cargo del predio con referencia catastral No. 01-05-0405-0012-000, ubicado en la siguiente dirección C 14 30247, de propiedad de **INVERSIONES-VARGAS-PUCHE-LTDA.**".(...)

7. Por lo tanto, al no haber sido notificada del TÍTULO contenido en la Resolución No. **76902 de FECHA 21 DE AGOSTO DE 2008**, mi Representada, la Sociedad **INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA.**, identificada con el NIT: **890.404.085 – 1**, no pudo hacer uso del recurso de Reconsideración, al cual tenía derecho, para ejercer el derecho constitucional a la defensa.
(...)

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 29, 228 y 338.
- Código Contencioso Administrativo artículo 2.
- Estatuto Tributario artículos 720, 730, 828 829 y 563.
- Estatuto Tributario Distrital adoptado a través del Acuerdo 041 de 2006 artículo 420.

Como concepto de la violación, la Sociedad demandante expuso los siguientes cargos de nulidad, a saber:

EL ACTO ACUSADO VIOLA EL DERECHO DE DEFENSA

Manifiesta, que el acto contenido en la Resolución No. 76902 de fecha 21 DE AGOSTO DE 2008, proferido por la Secretaría Distrital de Cartagena de Indias, que impuso sanción pecuniaria a la Sociedad Inversiones Vargas Puche, viola flagrantemente el derecho de defensa, puesto que no le fue notificado en legal forma a esa Sociedad, como quiera que no se tuvo en cuenta lo previsto en el Art. 420¹ del Estatuto Tributario Distrital en materia de procedimientos tributarios, el que a su vez, remite al Art. 563² del Estatuto Tributario Nacional,

ARTÍCULO 420.- COBRO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

DISTRITALES. – Para el cobro de las deudas fiscales por concepto de impuestos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Tesorería de Cartagena¹ i y C., deberá seguirse el procedimiento administrativo de cobro que se establece en el Título VIII del Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, en concordancia con los artículos 849-1 y 849-4 y con excepción de lo señalado en los artículos 824, 823 y 843-2 del mismo estatuto.

² "ARTICULO 563. La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso o mediante formato oficial de cambio de dirección. La antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Cuando el contribuyente responsable, agente retenedor o declarante no hubiere informado una dirección a la Administración de impuestos, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la Administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

referente al trámite que se debe emplear a efectos de notificar el acto administrativo que ocupa a esta Sala.

Con el mismo sustento, formula los cargos de INDEBIDA NOTIFICACIÓN y AGRAVIO INJUSTIFICADO AL CONTRIBUYENTE.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS contestó la demanda manifestando que, el asunto objeto de análisis en este caso, está encaminado en determinar si su apadrinada realizó una indebida notificación de la Resolución No. 76902 de fecha 21 de agosto de 2008, en virtud de la cual se puso en conocimiento a la sociedad demandante de la obligación derivada del predio de su propiedad. Expresa, que en el presente caso el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS realizó la notificación de la citada resolución, con observancia de las normas que regulan la forma y el procedimiento para materializarla. En ese sentido, señala que la dirección a la cual fue enviada la notificación a la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE, pertenece al predio de su propiedad, del cual se deriva la obligación que le fue impuesta.

Señala, que en los casos en los cuales las notificaciones sean enviadas a la dirección correcta y suceda que es devuelta, se debe dar aplicación a lo dispuesto por el Art. 568 del Estatuto Tributario Nacional, es decir, efectuar la notificación a través de aviso en diario de circulación nacional o regional, del lugar de la última dirección registra en el RUT.

Finalmente propone la excepción de caducidad de la acción y cualquier otra que se encuentre probada en el curso del proceso conforme lo dispone el Art. 164 de C.P.C.

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Con auto de fecha veintidós (22) de marzo de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.74-76 y en vista de que no existían pruebas que decretar, se prescindió del periodo probatorio y se fijó como fecha el 8 de mayo de 2013, para la

Quando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la Administración le serán notificados por medio de publicación en un diario de amplia circulación."

realización de la audiencia de fijación de hechos y alegaciones finales, en la cual, las partes y el Ministerio Público se pronunciaron de la siguiente manera:

1. Parte demandante (fl. 65-68):

Sostiene la apoderada de la parte demandante, que en el presente caso la entidad demandada no efectuó en legal forma la notificación de la Resolución No. 76902 de 21 de agosto de 2008, a su apadrinada la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA. Así lo considera, puesto que afirma el Distrito de Cartagena de Indias, que en el presente caso envió la respectiva notificación al inmueble de propiedad de su apadrinada, y en vista de que no encontraron a nadie, fue devuelta por la empresa de correos.

En ese sentido, explica que en el presente caso no le era dable al Distrito de Cartagena de que materializará la notificación del acto administrativo acusado, a través de aviso de prensa, toda vez que conforme la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es deber de la administración de comunicar por correo al administrado los actos administrativos que impongan o determinen sanciones, indagando en las guías telefónicas o en la información bancaria o comercial pertinente antes de procederse a efectuar la notificación por aviso en diario de amplia circulación.

2. Parte demandada:

El apoderado del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3. Intervención del Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo en esta oportunidad procesal.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Tramitada la primera 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

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, , para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 1º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, como quiera que se somete al control de legalidad de la jurisdicción, acto administrativo expedido por el Distrito de Cartagena de Indias.

Así mismo, es competente esta Corporación, conforme lo dispone el numeral 3º del Art.132 del C.C.A, en concordancia con el art. 134 E³ ibídem, como quiera que la pretensión de la sociedad demandante excede los 300 smmlv.

En ese sentido, señala la norma citada que en los casos donde se controvertan multas o sanciones, la cuantía se determinará por el valor de la misma. De tal suerte, que en este caso la sanción impuesta a la actora asciende a la suma de \$ 603.808.508, excediendo así el límite impuesto por la norma citada.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Expresa el apoderado del Distrito de Cartagena de Indias, que en el presente caso ha operado de pleno derecho la caducidad de la acción, por el solo paso del tiempo, puesto que el acto administrativo sometido a control de legalidad quedó ejecutoriado en el año 2010 y, la presente acción solo se presentó en el año 2012.

La Sala considera pertinente en este caso, abstenerse de resolver este medio exceptivo en este momento, ya que el mismo se encuentra estrechamente relacionado con el tema de fondo en este asunto, como quiera que se

³ **ARTÍCULO 134 E.** Adicionado por el art. 43 Ley 446 de 1998 Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda. Sin embargo, en asuntos de carácter tributario la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. Para los efectos aquí contemplados, se aplicarán las reglas de los numerales 1º y 2º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. En las acciones de nulidad y restablecimiento no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, a pretexto de renunciar al restablecimiento. Para efectos accorales la cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados, excepto cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, en cuyo caso se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.

controvierte la forma como el Distrito de Cartagena de Indias notificó el acto acusado a la Sociedad demandante, condición *sine quanon*, para establecer la fecha desde la cual se debe contabilizar la caducidad en el *sub lite*.

En ese sentido es necesario realizar el estudio del caso, para que así la Corporación pueda obtener soluciones concretas y definitivas que pongan fin a esta controversia.

PROBLEMA JURÍDICO

Afirma la sociedad demandante que la Resolución No. 76902 de agosto 21 de 2008, por medio de la cual se liquidó una obligación a su cargo por concepto de impuesto predial unificado, no le fue notificada en debida forma como quiera que la respectiva comunicación no le fue remitida a su dirección comercial, sino a la dirección del inmueble gravado, que es un lote no edificado y en el que no funcionan sus oficinas, lo que resulta violatorio del art. 563 del Estatuto Tributario Nacional al que se llega por remisión ordenada en el art. 420 del Estatuto Tributario Distrital.

Conforme con lo anterior el problema jurídico en este caso se contrae a determinar, Si tuvo lugar una indebida notificación de la Resolución N° 76902 de fecha 21 de agosto de 2010, por parte del Distrito de Cartagena de Indias a la Sociedad INVERSIONES PUCHE LTDA., a través de la cual se le impuso la obligación de cancelar la suma de \$ 603.8080.508, por concepto de impuesto predial correspondiente a las vigencias fiscales del 2003 al 2007. del inmueble con referencia catastral N°. 01-05-0405—0012-000, propiedad de la mencionada sociedad.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda, por cuanto la actora solicita la nulidad de la Resolución No. 76902 del 21 de agosto 2008, aduciendo la violación del derecho de defensa y del debido proceso, por la indebida notificación de la citada resolución. La Sala considera, que en este caso el Distrito de Cartagena de Indias sí observó lo dispuesto por el Art. 563 del E.T, respecto al trámite para la notificación de los actos que impongan

sanción, puesto que, al no haber informado la sociedad demandante dirección para tal propósito, era deber de la entidad demanda de utilizar la dirección que repose en su base de datos oficial.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Reclama la Sociedad demandante la declaración de nulidad de la RESOLUCIÓN N°. 76902 DE 21 DE AGOSTO DE 2008, emanada de la SECRETARÍA DE HACIENDA DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS *"Por medio de la cual se impone una obligación a cargo del predio con referencia catastral No. 01-05-0405-0012-00 en la siguiente dirección c 14 30 247, de propiedad de **INVERSIONES-VARGAS-PUCHE-LTDA.**"*.

Conforme con lo previsto en el art. 135 del C.C.A., la demanda que declare la nulidad de un acto particular, debe agotar previamente la vía gubernativa; sin embargo, la misma norma en su inciso final dispone que, cuando las autoridades administrativas no brinden la oportunidad al administrado de interponer procedentes, se entiende agotada la vía gubernativa.

Al respecto debe anotar la Sala, que en este caso se demanda la nulidad del acto acusado por su indebida notificación, lo que le impidió que aquella presentará el recurso de reconsideración que procedía en su momento; por esa razón, en este caso es imposible que el administrado demuestre que agotó la vía gubernativa, puesto que ello hace parte de la controversia central en *sub lite*.

En conclusión, en aras de no vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia, se tendrá por cumplido este requisito

MARCO NORMATIVO

1. IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO

El impuesto predial es un gravamen real que recae sobre los bienes raíces ubicados en la jurisdicción del municipio correspondiente, cuyo hecho generador, de conformidad con los artículos 13 y 14 de la Ley 44 de 1990, está constituido por la propiedad o posesión que se ejerza sobre un bien

inmueble, en cabeza de su propietario o poseedor, quien, a su vez, tiene la obligación, según corresponda, de declarar y pagar el impuesto al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 *ibídem*.

El artículo 4º *ibídem* reguló la tarifa del gravamen, señalando que sería fijada por los respectivos concejos municipales, e indicando que la misma debe oscilar entre el uno por mil y el dieciséis por mil de la base gravable, a excepción de los terrenos urbanizables no urbanizados y los urbanizados no edificados, que pueden estar sujetos a tarifas superiores.

El Concejo Distrital de Cartagena, en ejercicio de las facultades legales otorgadas por la Ley 44 de 1990, expidió el Acuerdo 30 de 31 de diciembre de 2003, cuyo artículo 1º definió el impuesto predial como un gravamen real que recae sobre todos los predios o inmuebles urbanos o rurales ubicados en la jurisdicción territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y se genera por la existencia del predio, el cual debe pagarse sobre el avalúo catastral fijado por las autoridades catastrales.

Los artículos 8, 9 y 10 de ese acuerdo, precisaban quiénes son los sujetos activo y pasivo del gravamen y la responsabilidad entre comuneros, bajo el siguiente tenor:

"ARTICULO.8. SUJETO ACTIVO. El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, es el sujeto activo del Impuesto Predial Unificado que se cause en su Jurisdicción, y en él radican todas las potestades Tributarias."

"ARTICULO 9. SUJETO PASIVO. Es sujeto Pasivo del impuesto predial, las personas naturales, jurídicas, las sucesiones ilíquidas, las personas de derecho público del orden nacional o departamental y en general todas las personas y entidades propietarias o poseedoras de predios ubicados en la Jurisdicción del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias."

El inmueble sobre el cual recae el Impuesto predial será garantía del pago del mismo, independientemente de quien sea el propietario o poseedor del mismo y podrá ser perseguido para satisfacer la obligación tributaria.

*Todos los propietarios o poseedores de predios **están obligados a***

registrar los mismos ante las oficinas de catastro, al igual que sus modificaciones, cambio de uso mejoras, transformaciones, de conformidad con la legislación catastral." (Negillas fuera de texto)

"ARTICULO 10. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Responderán solidariamente por el pago del Impuesto, el propietario y el poseedor del predio. Cuando se trate de predios sometidos al régimen de comunidad serán sujetos pasivos del gravamen los respectivos propietarios, cada cual en proporción a su cuota, acción o derecho en el bien indiviso. En este caso, para facilitar la facturación del impuesto, esta se hará a quien aparezca registrado en la autoridad catastral correspondiente, entendiéndose que no por ello los demás dejan de ser solidarios y responsables frente al impuesto."

Posteriormente, fue proferido el Acuerdo 041 de 21 de diciembre de 2006, que igualmente reguló los sujetos activo y pasivo del impuesto predial en el distrito y la responsabilidad de los comuneros, como pasa a verse:

"ARTÍCULO 63: SUJETO ACTIVO. – Cartagena D. T y C. es el sujeto activo de todos los impuestos que se causen en su jurisdicción, y en él radican las potestades tributarias de administración, gestión, control, fiscalización, investigación, liquidación, discusión, recaudo, devolución, compensación, cobro e imposición de sanciones de los mismos y en general de administración de las rentas que por disposición legal le pertenecen."

"ARTÍCULO 64: SUJETO PASIVO. – Es sujeto pasivo del Impuesto Predial Unificado, la persona natural o jurídica o sociedad de hecho, propietaria o poseedora de predios ubicados en la jurisdicción de Cartagena D.T y C. Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.
Son solidariamente responsables por el pago del impuesto, el propietario y el poseedor del predio.

Si los predios están sometidos al régimen de comunidad, serán sujetos pasivos del gravamen los respectivos propietarios, cada uno en proporción a su cuota, acción o derecho del bien indiviso.

Si el dominio del predio estuviere desmembrado, como en el caso del usufructo, la carga tributaria será satisfecha por el usufructuario."

2. Determinación y cobro del impuesto predial.

A partir de la vigencia de la Ley 383 de 1997, los municipios y distritos deben aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario en el trámite de cobro coactivo de los impuestos administrados por ellos. Así se dispuso en el artículo 66 de esa normalidad, que reza: "*Los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional*".

La apertura de un proceso ejecutivo de cobro coactivo en materia tributaria implica necesariamente la preexistencia de un título ejecutivo debidamente ejecutoriado, donde conste a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, una obligación expresa, clara y exigible, esto es, un deber de prestación que aparezca de manera nítida en el cuerpo del título, cuyos elementos, además, se encuentren determinados en él, sin lugar a confusión alguna en cuanto a los sujetos, o al objeto mismo de la obligación y, claro está, cuyo cumplimiento pueda ser reclamado bien porque la obligación es pura y simple, ora porque el plazo expiró o la condición a la cual estaba sometida se verificó.

El artículo 828 del Decreto Ley 624 de 1989 "*Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*", establece que prestan mérito ejecutivo, entre otros, los actos administrativos debidamente ejecutoriados en los cuales se fijan sumas líquidas de dinero a favor del Fisco y las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas, los cuales se consideran ejecutoriados cuando vencido el término para interponer los recursos, no se hayan interpuesto o no se presenten en debida forma y puntualiza, además, que las cuestiones que debieron ser objeto de

discusión en sede administrativa no podrán debatirse en el procedimiento administrativo de cobro.

Ese estatuto contempla en sus artículos 563, 564 y 565 las reglas para la determinación de la dirección de notificación de las actuaciones tributarias y la forma de surtirla, con el siguiente tenor literal vigente para la época de los hechos:

"ARTÍCULO 563. La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso, o mediante formato oficial de cambio de dirección; la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiere informado una dirección a la Administración de impuestos, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la Administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la Administración le serán notificados por medio de publicación en un diario de amplia circulación.

Artículo 564. DIRECCIÓN PROCESAL. Si durante el proceso de determinación y discusión del tributo, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, señala expresamente una dirección para que se le notifiquen los actos correspondientes, la Administración deberá hacerlo a dicha dirección.

Artículo 565. FORMAS DE NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS. <Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 1111 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería

especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.

PARÁGRAFO 1o. La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario - RUT. En estos eventos también procederá la notificación electrónica."

..."

Así mismo, el Acuerdo Distrital 041 de 2006 reguló lo atinente a la dirección de notificación de las actuaciones tributarias en el artículo 338, que reproduce en forma idéntica el texto del artículo 329 del Acuerdo 030 de 2001, así:

Artículo 338.- Dirección para notificaciones. – La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria Distrital, deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto, o mediante formato oficial de cambio de dirección presentado ante la oficina competente.

Cuando se presente cambio de dirección, la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección.

Cuando no exista declaración del respectivo impuesto o formato oficial de cambio de dirección, o cuando el contribuyente no estuviere obligado a declarar, o cuando el acto a notificar no se refiera a un impuesto determinado, la notificación se efectuará a la dirección que establezca la administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Parágrafo Primero. – En caso de actos administrativos que se refieran a varios impuestos, la dirección para notificaciones será

cualquiera de las direcciones informadas en la última declaración de cualquiera de los impuestos objeto del acto.

Parágrafo Segundo. – La dirección informada en formato oficial de cambio de dirección presentada ante la oficina competente con posterioridad a las declaraciones tributarias, reemplazará la dirección informada en dichas declaraciones, y se tomará para efectos de notificaciones de los actos referidos a cualquiera de los impuestos Distritales.

Si se presentare declaración con posterioridad al diligenciamiento del formato de cambio de dirección, la dirección informada en la declaración será la legalmente válida, únicamente para efectos de la notificación de los actos relacionados con el impuesto respectivo.

Lo dispuesto en este parágrafo se entiende sin perjuicio de lo consagrado en el inciso segundo del presente artículo.

Parágrafo Tercero. – En el caso del impuesto predial unificado, la dirección para notificación será la que aparezca en los archivos magnéticos de la Tesorería General Distrital o la que establezca la oficina de catastro del Distrito."

En ese sentido resulta claro, que en el presente caso la administración tiene la obligación de notificar los actos que impongan sanciones a la dirección que repose en su base de datos en aras de darle a conocer la decisión adoptada por la administración.

Caso concreto

La parte actora soporta su censura hacia el acto acusado, afirmando que la entidad territorial demandada no la enteró del mismo en la forma como lo ordena el Art. 563 del Estatuto Tributario Nacional, al cual llega en virtud del principio de remisión previsto en el Estatuto Tributario Distrital en su Art. 420 (Acuerdo No. 041 de 2006); y, concretamente, uno de los cargos de violación a la norma que se exponen en la demanda, predica que el Acto Administrativo No. 76902 es violatorio del Estatuto Tributario Distrital, de manera que la violar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, causa un agravio injustificado a la sociedad demandante.

A su turno, la entidad demandada en su contestación de la demanda afirmó, que aquella surtió la notificación de la Resolución 76902 del 21 de agosto de 2008, a través de la forma que para tal efecto consagra el

Acuerdo 041 de 2006, que a su vez se remite al Art. 563 del E.T. Señala que en primera medida se le envió la respectiva notificación por correo, a la **dirección del inmueble que generó la obligación**, puesto que era la única dirección con la que disponía ese ente territorial. En ese sentido expresa, que al haber sido devuelta la notificación por correo, lo procedente era surtir la notificación a través de diario de amplia circulación; tal y como en este caso lo efectuó su poderdante.

Ahora bien, la Sala se adentra en la Solución del problema jurídico planteado para afirmar, que la notificación de la Resolución 76902 del 21 de agosto de 2008 que liquidó el impuesto predial del inmueble de propiedad de la sociedad actora, se efectuó en debida forma, pues según consta en la respectiva constancia de envío por correo certificado (fl.22), dicha resolución fue enviada a la dirección del inmueble gravado, conforme a la consulta realizada por el Distrito de Cartagena de Indias, en la información oficial que reposa en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi; siguiendo los lineamientos trazados en los artículos 563 a 565 del Estatuto Tributario, 329 del Acuerdo 030 de 2001 y 338 del Acuerdo 041 de 2006, que disponen que la notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse personalmente o por correo remitido a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto, salvo que el sujeto pasivo del gravamen informe una nueva dirección, o en su defecto emplear la información que se obtenga en guías de teléfono, información comercial, bancaria u oficial.

En torno de la dirección de notificación de los actos administrativos de liquidación de tributos, el Consejo de Estado⁴ precisó lo siguiente:

NOTIFICACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS – Los enunciados en el artículo 565 del Estatuto Tributario deben notificarse por correo o personalmente / DIRECCION PARA NOTIFICACIONES – Es la informada por el contribuyente en la última declaración de renta o mediante formato oficial de cambio de dirección

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá D.C. veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010) Radicación numero. 25000-23-27-000-2005-01690-01(16824) Actor: Urbanizacion Las Sierras del Chico Ltda Demandado: Direccion Distrital de Impuestos

El Estatuto Tributario en el artículo 565 vigente para la época, prescribía que tratándose de "los requerimientos, autos que ordenen inspecciones tributarias, emplazamientos, citaciones, traslados de cargos, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas", debían notificarse por correo o personalmente. Respecto de la dirección para notificaciones el artículo 7° del Decreto 807 de 1993 preceptúa que "deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto, o mediante formato oficial de cambio de dirección", y prescribe que "la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección". Además, preceptúa que si no se ha informado una dirección, puede la Administración notificar la actuación a la dirección que establezca mediante verificación directa, o a través de las guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria. Y, que cuando no es posible ubicar la dirección por tales medios, los actos serán notificados por publicación en un diario de amplia circulación.

**NOTIFICACION POR CORREO – Eventos en los que procede /
NOTIFICACION POR AVISO – Procede cuando no ha sido posible efectuar
la notificación por correo**

Respecto a la notificación por correo, preveía el Estatuto Tributario en el artículo 566 que "se practicará mediante envío de una copia del acto correspondiente a la dirección informada por el contribuyente y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo. El mismo estatuto en el artículo 568 preceptuaba que las notificaciones devueltas por el correo por cualquier razón "serán notificadas mediante aviso en un periódico de amplia circulación nacional", y precisaba que "la notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la Administración, en la primera fecha de introducción al correo, pero para el contribuyente, el término para responder o impugnar se contará desde la publicación del aviso o de la corrección de la notificación". En cuanto hace a la notificación por aviso, la Sala, ha reiterado que ésta procede cuando no ha sido posible efectuar la notificación por correo como lo ordena el artículo 566 ib, porque no se ha podido establecer la dirección del contribuyente y se ha tratado de obtener por los medios señalados en el inciso segundo del artículo 563 ib., es decir que el aviso se publica después de realizar todas las diligencias posibles para ubicar al contribuyente."

"Observa la Sala que si no existe prueba dentro del expediente de que el contribuyente hubiese informado una dirección procesal diferente de la indicada en las declaraciones del impuesto predial presentadas, la Administración debió notificar el mandamiento de pago cuestionado a la

dirección informada en la última declaración del impuesto predial o a la indicada como nueva en el formato oficial establecido para el efecto.”⁵

En ese sentido, la sala no comparte los argumentos expuestos por la Sociedad actora, referentes a que la notificación de la resolución acusada no se surtió en debida forma, por cuanto si se tiene en cuenta la normatividad y la sentencia aludida anteriormente, el Distrito de Cartagena tenía la obligación de enviarle la respectiva notificación, a la dirección que hubiera reportado el contribuyente para tal propósito, o en su defecto, a la dirección que informó la Sociedad en su última declaración; y en todo caso, de no lograrse establecer aquella por los medios anteriores, acoger la información de guías de teléfono, información oficial, comercial o bancaria del contribuyente.

Conforme a lo anterior, la sociedad actora no demostró en el curso del proceso que haya informado dirección de notificación, ni tampoco afirma haberla aportado en su última declaración; de esa forma, en el expediente corre a folio 65 del expediente, información obtenida por la entidad demandada, correspondiente a los datos catastrales del inmueble gravado, a efectos de notificar la plurimencionada resolución, donde costa que el predio objeto de esta acción identificado con cédula catastral 01-05-0405-0012-000, se encuentra localizado en la dirección C 14 30 247 de la ciudad de Cartagena y cuya propiedad recae en la Sociedad Inversiones Vargas Puche. Por esa razón el Distrito de Cartagena de Indias remitió la notificación a esa dirección, con observancia de lo dispuesto por el Art. 563 del E.T, toda vez que aquella empleó la información oficial que tenía en su poder para tal propósito.

Por consiguiente, en este caso resulta irrelevante para la Sala, si la notificación enviada a la Dirección anotada fue devuelta por no encontrarse nadie en aquel lugar, puesto que tal como se explicó, la dirección sí correspondió al inmueble gravado, y de esa forma, lo procedente era la notificación de dicha providencia a través de aviso en diario de amplia circulación, tal como se demuestra a folio 66 a71 del expediente; máxime si se considera, que en este caso la entidad demandada, no desvirtuó por ningún medio probatorio, que el inmueble gravado no estaba localizado en el lugar al que se envió la notificación por correo.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente número 14.151, C.P. Ligia López de Díaz

En conclusión, se dirá por esta Corporación que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo acusado, como quiera que no se demostró que la entidad demandada haya inobservado el trámite dispuesto por el Art. 563 de E.T a efectos de notificar la Resolución 76902 del 21 a agosto de 2008.

COSTAS.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en los libros radiadores y el sistema judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

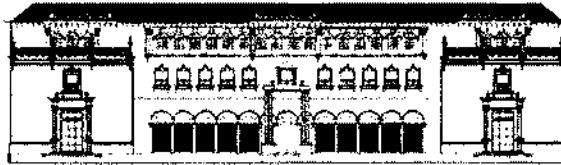
LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELECCER FANDINO GALLO

F48

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1409
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: GLORIA ESTHER GAVIRIA DE MARRIAGA
DEMANDADO	: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2012-00029-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Gloria Esther Gaviria de Marriaga**
Demandado: **Seguro Social.**
Expediente: **13-001-33-31-009-2012-00029-01**

Procede la Sala a pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta que se surte contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2013 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La señora Gloria Esther Gaviria de Marriaga, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el Seguro Social, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la Resolución 1562 del 24 de agosto de 2011, por medio de la cual se le concedió la pensión de jubilación.

Que se declare la nulidad del Oficio 15231.04-011599 del 22 de diciembre de 2011, que negó la reliquidación de la pensión.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reliquide su pensión de jubilación con base en los factores salariales establecidos en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977.

Que se ordene el pago del reajuste de las mesadas pensionales desde el día 30 de diciembre de 2004.

Que se reajusten o actualicen las sumas reconocidas.

Sr ordene el cumplimiento de la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 C.C.A.

3. HECHOS

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

Expresa que laboró desde el 1 de octubre de 1975 hasta el 26 de junio de 2003 al servicio del Seguro Social.

Señala que el 26 de junio de 2003, fue incorporada a la planta de personal de la ESE José Prudencio Padilla.

3. HECHOS

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

Señala que se vinculó al servicio de la ESE Hospital San Juan de Dios de Mompox, mediante acta de posesión 204 del 11 de octubre de 1976.

Establece que mediante Resolución 189 de 1996 fue inscrita en carrera administrativa.

Determina que desde entonces laboró en forma continua e ininterrumpida hasta el momento en que se estableció la liquidación de la ESE.

Afirma que como resultado de la supresión de su cargo, no le fueron canceladas la totalidad de las prestaciones sociales y emolumentos percibidos durante la relación laboral

Señala que la fiduciaria le negó el reconocimiento de tales emolumentos en razón de que no se encontraban consagrados en el Decreto 1919 de 2002.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 11 de octubre de 2010 (fl.87), el proceso fue fijado en lista, término dentro del cual las entidades demandadas esgrimieron:

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Se opuso a la totalidad de las declaraciones y condenas solicitadas, por carecer de fundamento legal y probatorio.

Como excepciones formuló la ineptitud de la demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva y la inexistencia de la obligación. (fls. 106-112)

FIDUPREVISORA S.A.

Estimó la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto no existe ningún vínculo contractual del cual se pueda derivar o inferir que tiene el deber o la responsabilidad de representar judicialmente a la ESE demandada; por tal razón solicitó que sean desestimadas las pretensiones incoadas. (fls 129-113)

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

Adujo como medio de defensa la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto no media vínculo o relación laboral que lo obligue al pago de las prestaciones solicitadas.

Por tanto al ser la ESE Hospital San Juan de Dios, la empleadora de la accionante, es quien detenta la obligación de reconocer y pagar los emolumentos deprecados.

De igual manera señaló que los actos administrativos cuya nulidad de solicita, se encuentran ajustados a las normas legales que sirvieron de base para su expedición,

Frente a la indemnización solicitada añadida que no le asiste el derecho a la demandante, por cuanto fue quien renunció al cargo que venía desempeñando en la ESE.

No obstante, si se llegare a reconocer los emolumentos y acreencias laborales, solicita que se declare la prescripción de los mismos. (fls. 176-186)

4. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia (fls. 165-169) él *a quo* declaró no probada la falta de legitimación propuesta por el ministerio y la fiduciaria, en consecuencia declaró la nulidad parcial de las resoluciones acusadas y en su defecto condenó al departamento al pago de las cesantías que fueron indebidamente descontadas.

Sobre este aspecto señaló que le asiste razón a la actora en que no existe ningún elemento probatorio que demuestre que la suma descontada sobre el total de sus cesantías definitivas fueron efectivamente giradas al Fondo Nacional del Ahorro.

Así mismo, ordenó el pago de los intereses de cesantías causados desde el 17 de junio de 2006 hasta el 5 de marzo de 2009, fecha en la que se acepta su renuncia al cargo de auxiliar de enfermería. (fls. 279-308)

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

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

Declaró su oposición a la decisión del juez de primera instancia, al considerar que en el caso concreto media la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto señala que los compromisos asumidos en la financiación del proceso de liquidación, no entraña subrogación alguna de las obligaciones, ni la solidaridad en las mismas.

Aduce que la calificación realizada por el juez de instancia realiza sobre el pasivo cierto no reclamado es errónea, por cuanto éste comprende son las peticiones presentadas por fuera del término señalado por el liquidador para presentar los créditos, situación que no ocurre en el presente caso.

Finalmente concluye que no existe prueba que demuestre que haya asumido las obligaciones de la extinta entidad; así como tampoco ha existido una subrogación, toda vez que se requiere la existencia de una norma que así lo prevea. (fls. 310-314)

6. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 21 de noviembre de 2012 (fl.341), se admitió el recurso de apelación interpuesto, siendo modificado por auto de fecha 16 de enero de 2013 (fls. 346-347), bajo el entendido la sentencia fue recurrida por el departamento.

A través de auto de fecha 7 de febrero de 2013 (fl. 349), 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 el ente demandado ratificó los argumentos de la apelación (fls. 367-370); por su parte el Ministerio Público solicitó en estricto sentido que se confirmé la sentencia recurrida (fls. 371-379).

La parte demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

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

II. CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA.

Precedente al estudio de los fundamentos jurídicos expuestos en el recurso de alzada, se estima pertinente determinar si la acción fue presentada en el término que el artículo 136 numeral segundo del Código Contencioso Administrativo, indica para ello.

Puesto que en caso de encontrarse que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, haría inocuo cualquier pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Sobra advertir que el cumplimiento de este presupuesto de la demanda, se analiza en esta instancia procesal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A., que preceptúa:

“ARTÍCULO 164. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus.”

Sobre esta facultad el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, expresó:

“Cabe precisar que aunque el fallo de primera instancia sólo fue apelado por la demandante, la Sala está obligada en esta instancia a verificar en forma previa a cualquier estudio acerca de la procedencia de las diversas pretensiones ventiladas bajo esta vía judicial, si la acción ejercida fue impetrada en tiempo oportuno, esto es, analizar si operó o no la caducidad que ha sido materia de debate dentro de este proceso, en consideración a que se trata de una excepción que de conformidad con la ley debe ser declarada de oficio por el juzgador y por tanto no requiere alegación de parte (arts. 85, 96, 97, 304, 305, 306 del C. de P. C. y 164 y 170 del C.C.A.)¹”

Declaración oficiosa de la excepción de caducidad de la acción

La caducidad es el fenómeno procesal en virtud del cual, por el sólo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía jurisdiccional. Así, la

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, Radicación número: 54001-23-31-000-1998-00416-01(18413), CP: Ruth Stella Correa Palacio.

caducidad, como presupuesto para interponer la acción, obedece a la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas y, en ese sentido, ésta juega un papel trascendente en la medida que tiene como finalidad cerrar toda posibilidad al respectivo debate jurisdiccional.

En tal sentido el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en sentencia de fecha 18 de marzo de 2010, C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099), manifestó lo siguiente:

“Se tiene por cierto que la caducidad se configura cuando el plazo fijado en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido. Es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido y finalidad de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por el juez competente. Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga para que, ante la materialización de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.”

Al respecto contempla el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo:

“ARTÍCULO 136.- Caducidad de las acciones.

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

De la anterior disposición, se desprende que el término de caducidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses,

salvo cuando se trate de prestaciones periódicas, las cuales podrán ser demandadas en cualquier tiempo.

Sin embargo el término de la caducidad se ve suspendido por la presentación de la conciliación prejudicial, de conformidad con lo señalado en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, así:

"ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable."

En el caso concreto, se advierte que el demandante pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones 209 del 26 de mayo de 2009, mediante la cual se determinó, calificó y se graduaron las reclamaciones presentadas contra la masa de la Liquidación de la ESE demandada y la 465 del 4 de septiembre de 2009, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella.

Teniendo en cuenta que la resolución que resolvió el recurso de reposición se notificó el día 26 de octubre de 2009 (fl. 85), se tiene entonces que el término de caducidad de cuatro (4) meses fenecía el 27 de febrero de 2010.

Sin embargo según se desprende de la constancia emitida por la Procuraduría 65 Judicial I Administrativa, (fl. 9), la parte demandante presentó solicitud de conciliación el 27 de enero de 2010, momento a partir del cual se suspendió el término de caducidad hasta la expedición de la respectiva constancia el día 17 de marzo de 2010, por lo que a partir de ese momento empezaba a correr nuevamente el tiempo restante para la presentación de la acción. Esto indica que la demanda debió presentarse a más tardar el día 17 de abril de 2010.

En esa medida, y como quiera que la demanda fue radicada el día 4 de mayo de 2010 (fl. 8), se colige que fue presentada por fuera del término establecido por la ley para el efecto, por lo que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

Ahora, en gracia de discusión y contrario a los considerandos esgrimidos la juez de instancia en el auto admisorio de la demanda (fl. 88), para la Sala los emolumentos deprecados en el sub iudice no ostentan el carácter de prestaciones periódicas, de tal suerte que es improcedente aseverar que la demanda se puede presentar en cualquier tiempo.

Al respecto el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección "A", en sentencia de fecha 8 de Mayo de 2008, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren, Rad08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07), manifestó lo siguiente en torno al carácter de "prestación periódica":

"El numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., prevé que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados.

La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de "prestación periódica", es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

En ese sentido los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprende no sólo decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino que también envuelve los actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente. (Subrayas y Negritillas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que la periodicidad de las prestaciones radica en la manera en que las mismas son sufragadas y devengadas en el tiempo, es decir, apunta a la vigencia en que las prestaciones sociales son causadas.

Así las cosas, considera la Sala que ninguno de los emolumentos reclamados encierran el carácter de prestación social periódica, toda vez que las mismas se causaron hasta el momento en que cesó la relación laboral, lo que indica que en la actualidad no se encuentra gozando de esos derechos. En resumen, si bien es cierto son prestaciones sociales², también lo es que NO son prestaciones periódicas.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, al no tenerse las reclamaciones laborales solicitadas en esta demanda como prestaciones periódicas, la accionante debió interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro (4) meses a los cuales hace referencia el artículo 136 numeral segundo del Código Contencioso Administrativo.

Consecuente con lo expuesto, debe la Sala revocar la sentencia apelada para disponer, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda, por cuanto se encontró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción.

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 razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley;

²El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Dr. William Giraldo Giraldo, de fecha 26 de octubre de 2009, Radicación No. 16761, manifestó el concepto de prestaciones sociales en el siguiente sentido:

“Las prestaciones sociales son el mecanismo de seguridad social establecido por el legislador para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador y como ha considerado la Corte Suprema de Justicia. “cualquier otro régimen, legal o convencional, orientado a amparar esta contingencias, constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad o invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las “prestaciones sociales”, porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales.”

FALLA

REVOCAR la sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda. En consecuencia se dispone:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

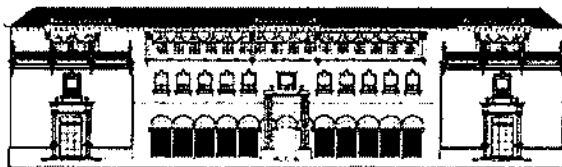
Los Magistrados,


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MÁRCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-013-2010-00124-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1410
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO
DEMANDADO	: CAJANAL E-I-C-E
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2008-00144-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE OTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FUE EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 003

- SALA DE DECISIÓN 002 -

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

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Magistrada Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13001-33-31-003-2008-00144-01
Demandante : BERTHA ISABEL CARMARGO CAMARGO
Demandado : CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL
Tema : Reliquidación de pensión de jubilación

La Sala de Decisión No. 002 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias dentro de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO contra LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. – CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, providencia a través de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

"PRIMERO: Que es nula la Resolución No. 12961 de marzo 26 de 2008, emanada de la Gerencia General, de CAJANAL E.I.C.E., acto administrativo que negó reliquidar en forma correcta la pensión de jubilación de la señora BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO, omitiendo tomar en consideración los factores salariales distintos a la asignación básica mensual más elevada que percibió la actora durante su último año de servicio, así como el incremento por antigüedad correspondiente, al estimar la citada entidad que a pesar de pertenecer la interesada a la RAMA JUDICIAL, le eran

de todas formas aplicables los principios restrictivos de algunas normas de carácter general, como las Leyes 33 y 62 de 1985.

"SEGUNDO: Que, a título del restablecimiento del derecho, y de acuerdo con los supuestos fácticos de la demanda, se condene a CAJANAL E.I.C.E., representada legalmente por su Gerente General, o quien haga sus veces, a efectuar una nueva reliquidación de la pensión reconocida a la señora BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO, tomando en consideración además de la asignación básica más elevada devengada durante el último año de servicio(\$136.950), el correspondiente incremento por antigüedad mensual (\$186.050), la prima de alimentación promedio del último año (\$4.657,50), la doceava parte de la prima de servicio (\$11.156.83), la doceava parte de la prima vacacional promedio del último año (\$12.647,50), y la doceava parte de la prima de navidad promedio del último año (\$25.775,93), todo lo cual da un ingreso base de liquidación de (\$377.237,76) que por el 751 da un valor pensional de (\$282.928,32), efectiva a partir del 1o. de abril de 1991, pero con efectos fiscales a partir del 16 de agosto de 2002, por prescripción, todo ello en aplicación de las disposiciones especiales contenidas en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978 y demás normas aplicables y concordantes.

"TERCERO: Que, de igual manera, se condene a CAJANAL E.I.C.E., a reconocer y pagar a favor de la actora los mayores valores o diferencias a que tiene derecho entre la pensión inicial y la pensión reliquidada "parcialmente" por CAJANAL E.I.C.E (Resolución N° 19603 de marzo 12 de 1993) correcta y debidamente reliquidada que se pretende, actualizando tales valores de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor, al tenor de lo preceptuado en el Art. 178 del C.C.A."

"CUARTO: Que, de manera expresa, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios, a partir del momento mismo de la ejecutoria de la sentencia, y hasta cuando se le haya dado cabal cumplimiento al respectivo proveído, según lo dispuesto por la CORTE CONSTITUCIONAL en su fallo C-188/99 de marzo 24 de 1999, mediante el cual fue declarado inexecutable parcialmente el Art. 177 del C.C.A."

"QUINTO; Que, por último, se condene a la entidad demandada, cual es del orden nacional, si hubiere lugar a ello, a reconocer y pagar las costas y las agencias en derecho que sean del caso, todo de conformidad con el contenido y alcances de la sentencia C-539 proferida también por la CORTE CONSTITUCIONAL, de fecha julio 28 de 1999, la cual declaró parcialmente inexecutable el Art, 392 del C.P.C., aplicable al caso sub-judice, por analogía."

1.2. HECHOS

Los relata de la siguiente manera:

"1o. La señora BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO prestó sus servicios a la RAMA JUDICIAL y el Ministerio Público durante más de 21 años y 5 meses, habiendo sido su último cargo el de OFICIAL MAYOR DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA.

"2o. En virtud de los anteriores servicios y otros por ella acreditados y que fueron prestados al Departamento de Bolívar, le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación, mediante la resolución 002402 de marzo 20 de 1990, efectiva a partir del 10 de enero de 1988, demostrando estar retirada en forma definitiva del servicio oficial.

"3o. En la mencionada providencia, le fue liquidada una pensión mensual en cuantía de \$89.400,75, tomando en cuenta (sic) la asignación más elevada por ella devengada en el año de 1987 (\$55.606,00) y una prima de antigüedad mensual de \$63.595. Los demás factores salariales no fueron tenidos en cuenta por CAJANAL E.I.C.E.

"4o. La pensión mensual vitalicia de jubilación de que se viene hablando fue años más tarde reliquidada, por medio de la resolución N° 19603 de marzo 12 de 1993, elevando la cuantía pensional a \$242.250,00, efectiva a partir del 1° de abril de 1991, fecha en que la actora se retiró de su atrás puntualizado cargo en el TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA.

"5o. A pesar de su condición de ex funcionaria de la Rama Jurisdiccional, CAJANAL E.I.C.E, se basó exclusivamente en la asignación, básica por ella devengada en el año de 1991 (\$136.950) y en el incremento por antigüedad a que ella tenía derecho para dicho año (\$186.050).

"6o Por tal motivo, la actora elevó ante CAJANA E.I.C.E., en agosto 16 de 2005, una primera solicitud de revisión de la liquidación de su referida pensión de jubilación, la cual fue denegada mediante la resolución N° 18535 de abril de 2006, aduciendo que a ella le eran aplicables las disposiciones de las leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones de carácter general, menos favorables que el régimen especial, consagrado en los Decretos 546/71 y 717 de 1978 que ampara a los Funcionarios de la RAMA JUDICIAL y el MINISTERIO PÚBLICO.

7o. Se intentó infructuosamente obtener, mediante acción de tutela que cursó ante el JUZGADO 4to. LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ que se le hiciera respetar su aludido "régimen especial", pero tal iniciativa no prosperó. Inclusive, tampoco se logró que el referido fallo fuese revocado merced a la impugnación que se interpuso ante la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Corporación que confirmó el fallo de tutela inicial, argumentando que la demandada no había utilizado los medios judiciales que tenía a su favor para obtener la reliquidación de su pensión.

8o. Así las cosas, se hizo necesario reabrir la vía gubernativa, mediante una nueva solicitud de revisión de la liquidación de la pensión de jubilación de Doña BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO, radicada ante CAJANAL el día 3 de agosto de 2007, bajo el N° 7151/2007, la cual dio origen a la resolución negativa N° 12961 de marzo 26 de 2008, materia de la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

9o. En el acto administrativo aquí impugnado, CAJANAL E.I.C.E reitera su criterio de que habiendo la actora adquirido su status jurídico el 8 de marzo de 1986, le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985; normas que establecieron que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:

Asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. Prosigue la entidad demandada afirmando 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 respectivos aportes.

Concluye. CAJANAL E.I.C.E, señalando que los factores enunciados en el escrito de revisión de la pensión de jubilación de la actora, no se incluyeron en la base de la liquidación, toda vez que no se encuentran consagrados en las mencionadas disposiciones y que tampoco obra en el expediente administrativo constancia alguna acerca de sobre qué factores, en forma discriminada, se efectuaron los descuentos de Ley, como aportes para pensión a favor de esa entidad de previsión.

Por todas estas consideraciones, estimó CAJANAL E.I.C.E, que no se habían aportado nuevos elementos de juicio que hicieran variar el derecho reconocido por dicha entidad,

razón por la cual se considera que la solicitud de la peticionaria no era pertinente, debiéndose proceder a denegarla.

"10o. Los argumentos esgrimidos por CAJANAL E.I.C.E, en la providencia impugnada, no son pertinentes. En efecto, bien es sabido que una norma de carácter general no puede ni revocar ni reformar al menos parcialmente una disposición de carácter especial. Por consiguiente, el suscrito apoderado considera que para efecto del reconocimiento de la pensión que le correspondió en un comienzo a Doña BERTHA ISABEL CAMARGO y la posterior reliquidación "parcial" de la misma, se encontraban plenamente vigentes los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, mediante los cuales se establecieron los parámetros rectores para el reconocimiento y pago de una pensión a quienes hubiesen prestado más de diez (10) años de servicios en la RAMA JURISDICCIONAL o el MINISTERIO PÚBLICO. En éste orden de ideas, ya se mencionó que la actora cumplía de sobra con el precitado requisito, dado que su tiempo de servicio en la Rama fue superior a los 21 años.

"11 En consecuencia, le corresponderá a ese Despacho declarar la nulidad total de la Resolución N° 12961 de marzo 26 de 2008 y acoger favorablemente las demás pretensiones de la presente demanda. Por consiguiente, se deberá ordenar a CAJANAL E.I.C.E, liquidar en forma correcta la pensión mensual vitalicia, de jubilación, de que se viene hablando, incluyendo en la respectiva base de liquidación los restantes factores salariales por ella, devengados en su último año de servicio y que no fueron tenidos en cuenta por la entidad de previsión, tales como la prima mensual de alimentación. (\$4.657,50 promedio), la prima de servicio (\$ 133,882), la prima de vacaciones (\$351.770.05 y la prima de navidad (\$309,311.27), En cuanto a éstos últimos tres (3) ítems, corresponderá tomar en consideración la doceava parte de cada una de las primas omitidas por CAJANAL E.I.C.E.

"(...)"

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

NORMAS VIOLADAS:

Artículo 6 del Decreto No. 546 de 1971;

Artículo 12 del Decreto 717 de 1978;

Artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Se puede resumir en el concepto de la violación expuesto por la parte demandante lo siguiente:

"(...) La CORTE CONSTITUCIONAL, siguiendo su doctrina conforme a la cual los derechos fundamentales no son exclusivamente aquellos consagrados de manera taxativa en el Título II, Capítulo I, de nuestra actual Constitución, ha reconocido en reiteradas oportunidades el carácter de fundamental del derecho a la Seguridad Social y, en especial, el derecho a la pensión de jubilación que de él se desprende.

En este mismo orden de ideas, coincidimos con lo expuesto por nuestra citada CORTE CONSTITUCIONAL, cuando afirma, que el derecho a la Seguridad Social fue establecido de manera genérica en el Art. 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (C.P. Art. 46, Inc. 20.) adquiere el carácter de derecho fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales, como el de la propia vida (C.P. Art. 11), la dignidad humana (C.P. Art. 1o), o el libre desarrollo de la personalidad (C.P. Art. 16), más aún tratándose de una persona de la tercera edad, como es la señora BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO.

En efecto, el accionante, quien ha consagrado más de 33 años de su vida al servicio de la RAMA JUDICIAL y el Ministerio Público, carece de bienes de fortuna u otras rentas propias para asegurar su congrua subsistencia y la de las demás personas que dependen económicamente de él, ahora que se encuentra definitivamente desvinculado del servicio oficial. Si antes de su mencionado retiro dependía exclusivamente de su trabajo, hoy depende de lo que por ley le corresponde, a título de pensión jubilatoria. No es admisible - desde ningún punto de vista - que tan merecida prestación social se la haya reconocido CAJANAL en forma disminuida o aminorada, por una errónea interpretación jurídica de las normas especiales que lo amparan (...)"

2. LA DEFENSA

La entidad accionada contestó la demanda como consta a folio 49 a 48, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Arguye que, de accederse a lo pretendido por la parte actora, se trasgrediría el principio de sostenibilidad presupuestal consagrado en el acto legislativo 01 de 2005.

De igual forma, presentó las excepciones de mérito de cosa juzgada objetiva, inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 26 de octubre de 2011¹ (folios 252 - 274), concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"(...)"

En el caso de marras, al analizar las pruebas que obran en el expediente, se encuentra Social la solicitud de reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación ya tenía la edad requerida, pues contaba con 57 años de edad y había laborado más de los veinte (20) años de tiempo de servicio exigidos por la ley para hacerse acreedora a dicha prestación, todos ellos desempeñados ininterrumpidamente en la Rama Judicial (fi. 113), siendo el último cargo desempeñado, el de Oficial Mayor, tal y como consta en la resolución emanada de la accionada, visible a folios 113 a 116 del expediente.

En este caso concreto y así lo determinó la entidad enjuiciada, el régimen a aplicar es el especial previsto en el Decreto-Ley 546 de 1.971.

Sin embargo, al momento de expedir la Resolución No 12961 de marzo 26 de 2008, la accionada niega la reliquidación deprecada por la demandante, arguyendo que, a la actora ya se le había realizado reliquidación de la pensión con aplicación del decreto en comento, no siendo ello cierto, pues, si bien la actora obtuvo reliquidación de su pensión mediante la Resolución No 19603 de marzo 12 de 1993, también lo es que, en la referida resolución solo se le computó los nuevos tiempos de servicios que la actora había cotizado, para lo cual, solo la demandada le tuvo en cuenta para la reliquidación de la pensión los factores de asignación básica y prima de antigüedad.

Por lo anterior, a la actora debía liquidársele la pensión de acuerdo a las previsiones del régimen especial para empleados y funcionarios de la Rama Judicial, es decir, computándosele todos los factores de salario devengados en su último año de servicio.

Y así lo ha determinado el Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades respecto a la forma en que debe llevarse a cabo la liquidación pensional de aquellos funcionarios que gozan de régimen especial, como es el caso de quienes laboran en la Rama Jurisdiccional, a quienes cobijan normas de carácter especial como en el artículo 6 del Decreto Ley 546 de 1.971 que dispone:

¹ Folio 107 a 121

"Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto de los cuales por lo menos 10 hayan sido exclusivamente a la Rama jurisdiccional o al ministerio público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75⁹6 de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio en las actividades citadas".

Así las cosas, la forma como se liquida la pensión de quienes laboraron para la Rama Jurisdiccional, que como se dejó claro anteriormente, están cobijados por un régimen especial, debe hacerse teniendo en cuenta los criterios consignados en el artículo 6 del Decreto Ley 546 de 1.971 o sea con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio y no como se ha venido haciendo caprichosamente por Cajanal.

La otra arista objeto de controversia, se refiere a los demás factores salariales dejados de incluir en la liquidación de la pensión.

"(...)"

En el caso en estudio, la Caja Nacional de Previsión Social, mediante el acto administrativo acusado, reconoció y ordenó a favor de la señora Bertha Camargo el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación. pero sin que se incluyeron en forma proporcional la prima de navidad, vacaciones y alimentación (fl. 143) por lo que resulta ostensible la violación del artículo 6 del Decreto 546 de 1.971, así como los artículos 12 del Decreto 717 de 1.978 y el Decreto 911 del mismo año."

DE LA PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, en vista de que la entidad accionada Cajanal propone la excepción de prescripción de mesadas, la normatividad determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres años atrás de la solicitud relevante.

Como en el presente caso la parte actora elevó su petición de reliquidación en fecha 03 de agosto de 2007 (folio 15) y dado que su retiro definitivo se produjo el 30 marzo de 1991, es claro que surge el fenómeno prescriptivo en relación con las mesadas pensionales causadas con antelación al 03 de agosto del 2004."

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación² contra la sentencia de 26 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, manifestando entre otros, los siguientes motivos de inconformidad:

Aduce la parte recurrente que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, por tanto, no es viable la solicitud de la parte demandante, toda vez que no cotizó por los factores que ahora reclama

Asegura que de acceder a conceder tales factores prestacionales, claramente se tipificaría una transgresión al principio de la sostenibilidad presupuestal, y que también se configuraría un total desconocimiento 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.

Que de acuerdo al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la parte actora se encuentra en el régimen de transición del estatuto general, y en consecuencia, se debe dar aplicación al régimen anterior en cuanto a 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.

Expone que por tal razón, a la parte demandante se le aplicó el régimen especial, más no respecto de los factores salariales, a los cuales les corresponde necesariamente, lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Por ello, solo pudo tener en cuenta los factores salariales señalados de manera taxativa en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Para finalizar, hace referencia a que a la accionante no se le podía conceder el 100% de la bonificación por servicios prestados, ya que el Decreto 546 de 1971 contempla que dicha bonificación se devenga por año de servicios prestados y por lo tanto, se debe fraccionar en doceavas.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Demandante:

² Folio 276 a 280

No alegó.

5.2. Demandado:

La entidad demandada alegó de conclusión como consta a folio 305 a 306 del expediente.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor agente del Ministerio Público solicita confirmar la sentencia de primera instancia al señalar que al liquidar la pensión de la demandante deberán tenerse en cuenta como factores contemplados en el régimen especial para los servidores público de la Rama Judicial, los que no se tuvieron en cuenta (folio 308 a 311)

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 26 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación (folio 302).

El 25 de enero de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 304).

Finalmente, el proceso entró al despacho para fallo el 25 de septiembre de 2013 (folio 316).

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 Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. ACTOS ACUSADOS

En el presente caso, se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 12961 de 26 de marzo de 2008, por el cual se negó la reliquidación de una pensión de vejez por nuevos factores salariales.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las pensiones reconocidas bajo el régimen especial de los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público del Decreto 546 de 1971, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; se deben liquidar teniendo en cuenta los factores de liquidación señalados en el Decreto 1158 de 1994, o si por el contrario, debe efectuarse de conformidad con lo dispuesto en las normas que consagran el régimen especial anterior al cual se encuentren afiliados.

4. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

El Decreto 546 del 16 de junio de 1971³, por medio del cual se estableció el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público, dispuso en el artículo 6º, lo siguiente:

"Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas."

Así mismo, El artículo 12 del Decreto 717 de 1978, modificado por el artículo 4º del Decreto 911 de 1978, dispuso:

"De otros factores de salario: Además de la asignación básica mensual fijada por la Ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios. Son factores de salario:

- a. Los gastos de representación,*
- b. La prima de antigüedad,*
- c. El auxilio de transportes,*
- d. La prima de capacitación,*
- e. La prima ascensional,*
- f. La prima de servicio,*
- g. Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio."*

Visto lo anterior, es necesario establecer si el demandante reúne las condiciones para ser destinataria de las disposiciones contenidas en el Decreto 546 de 1971, y si hay lugar a la reliquidación deprecada.

³ Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares.

1. La demandante, solicitó el reconocimiento de su pensión mensual vitalicia de jubilación, siéndole reconocida mediante Resolución 002402 del 20 de marzo de 1990 (folios 180 a 182).

2. La entidad tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión los siguientes tiempos:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	DIAS LABORADOS
Caja de previsión Departamental de Bolívar	24/03/1965	01/10/1968	1268 DÍAS
RAMA JUDICIAL	16/09/1969	30/12/1987	6585 DÍAS
RAMA JUDICIAL	01/01/1988	30/03/1991	1170 DÍAS
TOTAL			

3. El último cargo desempeñado por la demandante fue oficial mayor en la Rama Judicial.⁴

4. Para efectos de la liquidación la entidad estimó el monto de la pensión en el 75% sobre el salario promedio de 1 mes y se tomó en cuenta la asignación básica y la prima de antigüedad.

5. Adquirió el estatus de jurídico el 8 de marzo de 1986.

Del material probatorio obrante el proceso tenemos que la demandante acumuló más de veinte (20) años de servicio en la Rama Judicial, y así mismo cumplió más de 50 años de edad el 8 de marzo de 1986; circunstancias que ameritaban la aplicación de la normatividad especial antes descrita por cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicio mínimos requeridos.

Igualmente, se pudo establecer que Cajanal no liquidó correctamente la pensión de jubilación de la actora, la cual debió ser liquidada en cuantía equivalente al 75% de la asignación más alta devengada en el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores que constituyen salario de acuerdo con la prueba documental obrante a folio 74 del expediente, tal como pasa a explicarse:

El último año de servicio del demandante, transcurrió desde el 30 de marzo de 1990 al 30 de marzo de 1991, donde devengó los siguientes conceptos:

*Sueldo

*Alimentación

⁴ Ver acto acusado folio 134

- *Antigüedad
- *Prima de navidad
- *Prima de vacaciones

De los enunciados, todos comprenden factores de salario vinculados o relacionados a la prestación del servicio personal del empleado.

Es pertinente considerar, que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁵ relacionada con el ingreso base de liquidación de las pensiones, tiene como sustento teleológico, vincular el derecho pensional de los servidores públicos con todos los factores de salario devengados, pues no se concibe una pensión obviando aquellos emolumentos percibidos por el trabajador como retribución directa a su trabajo personal. En este criterio, cobra especial fuerza el concepto de factor salarial como elemento fundante del ingreso base de liquidación pensional al margen de si el derecho pensional surge del régimen ordinario o especial.

Por tal razón, la pensión de la demandante debió liquidarse sobre la base salarial constituida por los factores devengados en cuantía de la asignación mensual más alta devengada en el último año de servicio, es decir, computando en el IBL la asignación básica, alimentación, antigüedad, prima de navidad y primera de vacaciones⁶, éstas dos últimas que deberán proporcionarse en doceavas partes (1/12) por tratarse de emolumentos que se devengan una sola vez en el año⁷. Así mismo, la entidad demandada realizará los descuentos por aportes correspondientes a los nuevos factores que no hayan sido objeto de deducción legal durante el año anterior al retiro del servicio.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la decisión adoptada por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena se encuentra ajustada a derecho al ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo para tales efectos, además de la asignación básica, alimentación, antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad.

Para finalizar, en lo que concierne al cargo de violación al principio de sostenibilidad presupuestal, basado en que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01

⁶ De acuerdo con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estos factores deben ser tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION 'B' Consejero Ponente TARCISIO CÁCERES TORO, Expediente No 25000-23 25-000-2001 04953 01 (2052-04) Sentencia del 4 de mayo de 2006

cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, el tribunal pone de manifiesto que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Así lo enseña el Consejo de Estado⁸:

“Cosa distinta es que pueda la Caja descontarle los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación indicando que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.”

En virtud de lo anterior, como en el fallo apelado no se ordenó el descuento por concepto de los aportes correspondientes a los factores a que se ha hecho mención, se procederá igualmente a adicionar la parte resolutive agregando dicha orden, igualmente en lo que respecta a que la prima de navidad y de vacaciones, éstas dos últimas que deberán proporcionarse en doceavas partes (1/12) por tratarse de emolumentos que se devengan una sola vez en el año⁹.

Valga aclarar que a la actora no le es aplicable la Ley 100 de 1993 como quiera que el estatus de pensionada lo adquirió con anterioridad a la vigencia de dicha norma.

Por lo demás, se confirmará la sentencia de fecha 26 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

De otra parte, considerando que la parte vencida no demostró una aptitud temeraria, desleal ni dilatoria no procede la condena en costas en esta instancia. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 14 de agosto de 2009 Exp. 1508-08 CP Víctor Hernando Alvarado Ardila

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero Ponente TARCISIO CÁCERES TORO, Expediente No 25000-23-25-000-2001-04953-01 (2052-04) Sentencia del 4 de mayo de 2006

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia fecha 26 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, excepto el numeral tercero de la parte resolutive de la misma, el cual quedará de la siguiente manera:

"**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a Cajanal a reliquidar la pensión de BERTHA ISABEL CAMARGO CAMARGO identificada con la cédula de ciudadanía 22.319.846 de Cartagena, aplicando el 75% de la asignación más alta devengada en el último año de servicios, computando en el IBL la asignación básica, alimentación, antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad, éstas dos últimas que deberán proporcionarse en doceavas partes (1/12) por tratarse de emolumentos que se devengan una sola vez en el año. Así mismo, la entidad demandada realizará los descuentos por aportes correspondientes a los nuevos factores que no hayan sido objeto de deducción legal durante el año anterior al retiro del servicio."

SEGUNDO: Sin costas.

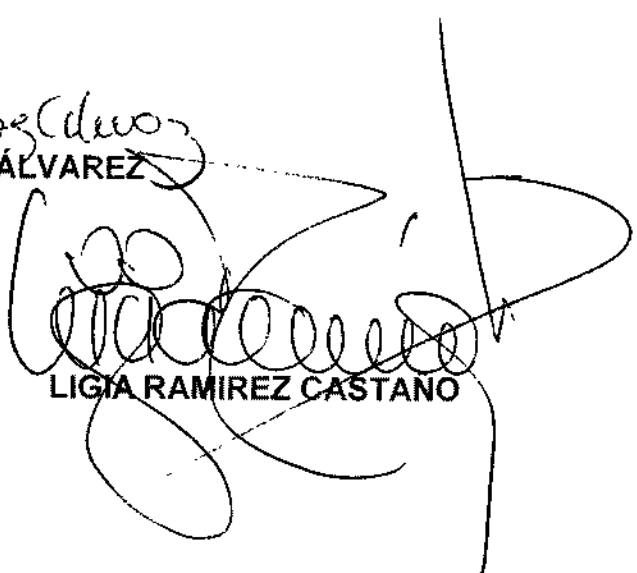
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1411
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: RAFAELA VICTORIA CORTINA MARTINEZ
DEMANDADO	: CAJANAL E-I-C-E
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2012-00083-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE NOVIEMBRE D E 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, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Rafaela Victoria Cortina Martínez**
Demandado: **Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL**
Expediente: **13-001-33-31-006-2012-00083-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el doce (12) de abril de dos mil trece (2013) por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

La señora Rafaela Victoria Cortina Martínez, 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 Caja Nacional de Previsión Social, en adelante Cajanal, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la Resolución 0480586 de 15 de abril de 2011, proferida por Cajanal, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición contra el acto ficto que surgió con ocasión del silencio administrativo por la no contestación de la petición de reliquidación pensional de 10 de septiembre de 2009.

A título de restablecimiento del derecho, solicita la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el promedio del 75% de todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios.

Así mismo solicita se ordene liquidar y pagar las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido y lo que se determine pagar en sentencia.

3. HECHOS

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

La señora Rafaela Victoria Cortina Martínez fue pensionado por Cajanal, mediante Resolución 20021093 de 6 de noviembre de 2003, en cuantía de \$716.991.29, a partir del 1 de agosto de 2002, sin tener en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Señala encontrarse dentro del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que señala tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior.

Indica que mediante petición de 10 de septiembre de 2009, solicitó a Cajanal la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales

devengados en el último año de servicio, la cual no fue contestada surgiendo un acto ficto con ocasión del silencio administrativo, frente al cual fue presentado recurso de reposición el cual fue negado mediante Resolución PAP 0048086 de 15 de abril de 2011.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 1° de junio de 2012 (fl. 30), y se dispuso su fijación en lista, término dentro del cual se pronunció Cajanal, (fls. 42-51), se opuso a cada una de las pretensiones expuestas en el libelo de la demanda, y señala que la liquidación de la pensión de vejez de la actora fue realizada en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en los últimos 6 años y 4 meses conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sentencia 168 de 20 de abril de 1995 Corte Constitucional.

Manifestó que los factores aducidos por la demandante no se tuvieron en cuenta para reliquidar su pensión de vejez, por no encontrarse señalados en el Decreto 1158 de 1994, que indican el salario base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos; y propuso como excepciones las siguientes:

- a) Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido
- b) Prescripción

Por medio de auto de 21 de enero de 2013 se prescindió del periodo probatorio, y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 128), término dentro del cual la entidad demandada ratificó los argumentos expuesto en la contestación (fls. 129-132); por su parte el demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. EL FALLO RECURRIDO

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

Consideró que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho, por cuanto definió que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que debía aplicársele la normativa antes vigentes, es decir la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo y porcentaje de liquidación de la pensión, sin embargo en cuanto a la forma y factores salariales debía sujetarse la liquidación a la Ley 100 de 1993.

Señala que acorde con lo anterior, la demandada aplico el Decreto 1158 de 1994, que al regular la base de cotización, indica que los factores que constituyen salario y tomó como base de la liquidación pensional el periodo y los factores prescritos en la Ley 100 de 1993.

Concluyó que en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la actora era beneficiaria del régimen transicional, pues a 1° de abril de 1994 era empleada pública y contaba con más de 52 años de edad, por lo que en materia de edad, tiempo y monto su pensión quedaba sujeta al régimen contemplado en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, para las personas que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho se les aplicará lo dispuesto en el inciso 3° de la Ley 100 de 1993, por lo que en ese sentido consideró acertada la decisión contenida en el acto acusado. (fls. 133-139)

6. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuesto por el apelante en calidad de demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

Señaló que la Ley 4ª de 1966 estableció que a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación o invalidez de los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio y posteriormente, el Decreto 1743 de 1966, dispuso que a partir de su vigencia, las aludidas pensiones se liquidarían teniendo como base el 75 del promedio mensual obtenido en el último año de servicio, previa demostración del retiro definitivo del servicio público, así mismo el Decreto 3135 de diciembre de 1968 dispuso, que para efectos del pago de pensión de jubilación de empleados públicos o trabajadores oficiales, se tendría en cuenta el 75% del promedio de los salarios que hubiera devengado el beneficiario durante el último año de servicio.

Así mismo, señaló que en virtud del régimen de transición, hay lugar a dar aplicación a una regulación especial en materia pensional, por lo que lo procedente es tener en cuenta las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto de la prestación allí prevista, no solo en atención al principio de favorabilidad, sino también el consideración al principio de inescindibilidad normativa, según el cual, no es dable al operador jurídico desintegrar una disposición, de tal manera que se aplique tan solo parcialmente.

Concluyó que al demandante le asiste el derecho, en virtud del régimen de transición que la cobija y de la naturaleza pública de todos sus tiempos de servicio, a que su pensión sea liquidada con el 75% de todos los factores salariales del último año de servicios aplicando como normas reguladoras de la prestación antes referenciada. (fls. 141-143)

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de 15 de julio de 2013 (fl.146) y

admitido por esta corporación por medio de proveído de 16 de septiembre del mismo año (fl.150).

A través de auto de 9 de octubre de 2013 (fl.1525), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual la demandante solicitó fuera revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda; por su parte la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Establecer si hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Rafaela Victoria Cortina Martínez, en cuantía del 75% de la asignación mensual devengada en el último año de servicio, teniendo en cuenta para su cálculo todos los factores salariales percibidos dentro del último año a su retiro definitivo al estar amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Desarrollo del problema jurídico planteado

Para efectos de solucionar el problema jurídico planteado, resulta esencial revisar los hechos demostrados en el expediente. Del material que obra como prueba se extrae la situación fáctica que rodeó el reconocimiento de la pensión de vejez de la parte actora así:

- La actora nació el 24 de octubre de 1941 y, que adquirió el status de pensionada el 15 de julio de 2002. (fl. 8)
- Mediante Resolución 0021093 de 6 de noviembre de 2003 (fls.8-11), se reconoció a la demandante pensión de jubilación teniendo en cuenta el salario básico, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, para lo cual tuvo en cuenta el tiempo de servicio comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 30 de julio de 2002.
- Mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 2009 (fls.3-5), ante la demandada, solicito se reliquidará su pensión teniendo en cuenta el último año de servicio y todos los factores que constituyen salario percibidos en ese periodo.
- A través de Resolución PAP 00048086 de 15 de abril de 2011, la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, resolvió un recurso de reposición interpuesto por la demandante contra el acto ficto generado por la no contestación de la solicitud de 10 de septiembre de 2009, a través del cual negó la reliquidación a la pensión de la señora Rafaela Victoria Cortina Martínez, por la inclusión de todos los factores salariales. (fls. 107-111 cuad. 2).
- La señora Rafaela Victoria Cortina Martínez, laboró al servicio de le Ese Hospital San Juan de Dios de Mompox desde el 16 de julio de 1982 hasta el 31 de marzo de 2004, según se desprende de certificado de servicios suscrito por el Jefe de Talento Humano de dicha entidad. (fl. 60)
- Que mediante certificado de salarios expedido por el Tesorero Pagador de la ESE Hospital San Juan de Dios de Mompox (fl.61 y reverso), se deja constancia de cada uno de los factores salariales que devengó la parte demandante en el último año de servicios, esto es, entre el 31 de marzo de 2003 y el 31 de marzo de 2004. En el que se puede observar

que la actora devengó, adicional al salario básico, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, los siguientes factores:

Auxilio de alimentación

Auxilio de transporte

Prima de servicios y prima de navidad

Prima de vacaciones

Los motivos de inconformidad manifestados por el recurrente, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

Régimen de jubilación aplicable al demandante. Factores salariales aplicables.

En primer lugar es del caso aclarar las diferentes normas que rigen la pensión de jubilación, para funcionarios públicos.

Acorde con el nuevo sistema de seguridad social integral, contenido en la Ley 100 de 1993, se amparó a la población trabajadora a través de una serie de contingencias (vejez, invalidez y muerte, entre otras), mediante el reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, incluyendo tanto a los afiliados como a sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a contrarrestar las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 trajo consigo un régimen de transición, que, debe entenderse como un beneficio de rango legal establecido a favor de las personas que bajo el cumplimiento de determinados requisitos (edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y monto de la pensión), a la entrada en vigencia de la nueva ley, se seguirán rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...).”

El régimen general de pensiones que gobernó con antelación a la Ley 100 de 1993 era el establecido en la Ley 33 de 1985, para los empleados públicos, salvo, quienes estuvieran bajo los regímenes especiales expresamente consagrados en otras leyes, según lo señala el inciso segundo del artículo 1º de la misma Ley 33 de 1985.¹

Por su parte la Ley 33 de 1985, con la cual se modificó al régimen establecido por Ley 4ª de 1966 y el Decreto 3135 de 1968, aumentó la edad de jubilación de las mujeres a la edad de cincuenta y cinco (55) años, manteniendo la cuantía de las mesadas pensionales en el 75% del salario promedio, pero limitando dicho reconocimiento a los factores sobre los cuales se hizo aportes

¹ ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

durante ese último año de servicios, al agregar el aparte: *“Que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”*, lo cual implica que condicionó el reconocimiento del 75% a la base sobre los cuales el futuro pensionado realizó aportes, así:

“ARTICULO 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

“ARTICULO 3.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

El artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, dispuso por su parte los factores sobre los cuales se debían realizar los aportes, así:

“ARTÍCULO 1.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las

normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (...)

Sin embargo, los factores enlistados en el artículo 3° de la ley 33 de 1985, modificados por el artículo 1° de la ley 62 de 1985 no son taxativos, sino meramente enunciativos, por ende la correcta interpretación de la norma implica la inclusión de todos factores que fueron devengados por el trabajador de manera periódica y ordinaria. Sobre el particular se ha pronunciado el Consejo de Estado², mediante sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, en la que señaló:

“De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista 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.

(...)

² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010; Radicado interno No. 0112-2009.

(...)es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios³.

(...)

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda⁴.

(...)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse."

Ahora, respecto de la aplicación integral del régimen de transición, la H. Corte Constitucional en sentencia T-948 de 2009, hizo un recuento de la situación transicional contenida en el artículo 36 de la Ley de 1993, y al respecto señaló:

"(...) la Corte estudió a profundidad si el derecho al régimen de transición y a un régimen especial como el de la Rama Judicial, en sí mismo considerado, incluía en cuanto a su contenido, la correcta

³ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

liquidación de la mesada pensional. Igualmente revisó si podía llegar a ser procedente una tutela en materia de reliquidación pensional por desconocimiento de ese régimen especial, cuando el aspirante a jubilado aún no se había retirado de su trabajo y recibía aún su salario, al momento de la presentación de la tutela⁵. En cuanto al primer aspecto, esta Corporación llegó a las siguientes conclusiones generales, que son relevantes en la medida en que señalan la línea que ha sostenido la Corte Constitucional en estas materias, como sigue a continuación:

(a) La persona que adquiere el status de jubilado, tiene un *derecho adquirido* conforme al artículo 58 de la Carta al reconocimiento pleno y oportuno de su pensión dentro del marco normativo correspondiente, preferenciándose el derecho sustancial. En materia de seguridad social en pensiones, el derecho se adquiere no sólo con base en la normatividad de la Ley 100 de 1993 y demás leyes, sino tomando en consideración también otros regímenes pensionales anteriores, -como ocurre para quienes están bajo el régimen de transición-, siempre que se den las circunstancias que establece la ley para el efecto.

(b) La seguridad social en pensiones adquiere el *carácter de derecho fundamental* conforme a los artículos 11, 13, 16, 46 y 48 de la Carta en el caso de las personas de la *tercera edad*, teniendo en cuenta que se trata de sujetos de especial protección constitucional que ante la ausencia de un adecuado reconocimiento de sus garantías pensionales pueden verse afectadas o amenazados en sus derechos a la vida, igualdad, petición, debido proceso, dignidad humana, integridad o mínimo vital, entre otros. El reconocimiento correcto de una pensión tiene según esta providencia, el carácter de fundamental para las personas de la tercera edad, de acuerdo con los artículos 23, 29 y 48 de la Constitución.

(c) La sentencia que se cita también recordó que varios principios constitucionales son útiles en el análisis de la normatividad sobre reconocimiento pensional y reliquidación. Por ello precisó esa

⁵ En esa oportunidad esta Corte estudió el caso de un funcionario de la Rama Judicial a quien Cajanal, al reconocerle la pensión de jubilación, tomo en cuenta en lo concerniente al monto de la misma, el 75% del salario promedio devengado durante varios meses entre 1994 y el año 2000, haciendo caso omiso del régimen especial de la Rama Judicial. El afectado agotó la vía gubernativa y Cajanal confirmó su decisión, sosteniendo que solamente la *edad*, el *tiempo* de servicios y el *monto* pensional estaban cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. El *ingreso base para liquidar*, que era el último aspecto a tener en cuenta en el reconocimiento pensional, se determinó conforme a la ley 100 de 1993. El demandante pidió entonces por vía de tutela que se le diera aplicación al régimen especial del artículo 6° del Decreto 546 de 1971, que favorece al funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público que haya cumplido 20 años de servicio y tenga cincuenta y cinco años de edad si es varón o cincuenta si es mujer – régimen de transición, en cuyo caso la pensión debe liquidarse por un valor del 75% del mayor sueldo mensual devengado *en el último año de servicio*, con la sola condición de haber laborado por lo menos diez años en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambos. En este caso se consideró que un reconocimiento pensional del 45% del salario recibido por el actor como reconocimiento pensional, claramente lesionaba el mínimo vital del actor y se concedió la tutela. Cfr. las sentencias T-189 de 2001 y T-169 de 2003.

providencia que: (i) la *eficiencia* en tales casos, significa no obstaculizar el derecho del jubilado a acceder efectivamente a su pensión de jubilación conforme al reconocimiento y los términos fijados en la ley. (ii) La *irrenunciabilidad*, por su parte, incluye la irrenunciabilidad a los elementos integrantes del derecho, lo que denota la potestad del pensionado a reclamar lo que es debido en cada caso. Y en lo que respecta a *la favorabilidad*, (iii) se recalcó que ésta no opera sólo ante conflictos normativos, sino que al escogerse una norma entre las de posible aplicación, ésta debe ser empleada en su integridad, ya que no le es permitido al administrador que debe reconocer o reliquidar una pensión, elegir de cada norma lo más ventajoso o lo menos, desechando los otros aspectos regulados en ella, pues actuando de esa forma desconoce el deber de aplicación normativa y se convierte en legislador. Por ende, aseveró la providencia a la que se hace referencia, que en el caso pensional no es posible excluir los beneficios propios de los regímenes pensionales especiales y incluir otros a la hora de su aplicación.

(d) La sentencia a la que se hace referencia, entonces, concluyó que *desconocer injustificadamente un régimen especial* en materia pensional significa *violar el derecho a la seguridad social* en conexidad con el derecho fundamental al *debido proceso* y los *derechos adquiridos* de los ciudadanos afectados.⁶

Visto lo anterior, la Sala es del criterio que el régimen de transición al remitir a la aplicación de la norma anterior, lo hace de manera íntegra, por lo que no le es dable a la administración aplicar de manera parcial el régimen especial del que es beneficiario el interesado al escindir la regulación aplicable en lo desfavorable.

En el proceso se encontró demostrado que la señora Rafaela Victoria Cortina Martínez, nació el 24 de octubre de 1941, y que adquirió su status pensional el 15 de julio de 2002 fecha en la que cumplió 20 años de servicio. De igual forma está demostrado que, en el aludido acto administrativo, para liquidar la pensión tomó en cuenta el promedio de lo devengado por concepto de asignación básica mensual entre el año 1994 y 2002.

⁶ Sentencia T-948 de 16 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Teniendo en cuenta que a fecha 1 de abril de 1994⁷ la parte demandante contaba con más de 35 años de edad, el régimen establecido para el reconocimiento y liquidación del su pensión de jubilación era el consagrado en la Ley 33 de 1985 y sus modificaciones.

Determinado entonces que le es aplicable la Ley 33 de 1985, y las demás normas que la modificaron y complementaron, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia en la que se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte actora, toda vez que del material probatorio recaudado, se encuentra que la parte demandante percibió en el último año de servicios, adicional al salario básico, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, los siguientes factores: Auxilio de alimentación, Auxilio de transporte, Prima de servicios y prima de navidad, y Prima de vacaciones, por lo que visto el recuento normativo realizado, le asiste derecho a la señora Rafaela Victoria Cortina Martínez a que su pensión sea reliquidada en un 75% de lo percibido en el último año de servicios, teniendo en cuenta la inclusión de la doceava parte de los factores devengados, previos descuentos a la demandante por concepto de aportes sobre los valores que se han de reliquidar, si no se hubieren realizado durante el último año.

En todo caso, y pese a que se accederá a las pretensiones de la demanda, en razón de la prescripción trienal, por haber sido presentada la petición en vía administrativa ante la entidad el día 10 de septiembre de 2009 (fls. 41-42), tenemos que se encuentran prescritos los valores causados con anterioridad al 10 de septiembre de 2006, por lo que de oficio se declarará probada la excepción de prescripción sobre dicho período.

De conformidad con lo expuesto, es claro para la Sala de Decisión, que se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto enjuiciado, por lo que hay

⁷ Fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993

lugar a revocar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar se accederá a 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;

III. FALLA:

REVOCAR la sentencia de doce (12) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, y en su lugar dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución PAP 048086 de 15 de abril de 2011 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto ficto el 10 de septiembre de 2009 por la señora Rafaela Victoria Cortina Martínez ante Cajanal, por medio de los cuales se negó a la actora la reliquidación de su pensión de vejez.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a Cajanal, a reconocer y pagar, respectivamente, la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de la señora Rafaela Victoria Cortina Martínez, en un 75% de lo devengado además del salario básico, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, por los siguientes conceptos: Auxilio de alimentación, Auxilio de transporte, Prima de servicios y prima de navidad, y Prima de, entre el 31 de marzo de 2003 y el 31 de marzo de 2004, a partir del 10 de septiembre de 2006, por efecto de la prescripción trienal, la cual se declara probada oficiosamente.

Lo anterior, previo descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal sobre el salario del último año.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la pensión de jubilación cuando esta se reconoció, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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

TERCERO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELICIER FARIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-006-2012-00083-01)