



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1367
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: RAFAEL PEREZ DAVILA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2002-00480-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Rafael Pérez Dávila.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional
Expediente: 13-001-33-31-004-2002-00480-02

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2012 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

El señor Rafael Pérez Dávila, por medio de apoderado judicial, concurrió 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.

Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional de los perjuicios ocasionados al demandante con motivo de las lesiones que le fueron ocasionadas en accidente de tránsito ocurrido el 9 de octubre de 2000.

Que se condene a la entidad accionada a pagar al libelista los siguientes valores:

- A título de daño emergente, tres millones noventa y nueve mil setecientos noventa y ocho pesos (\$3'099.798,00), por concepto de gastos médicos y de reparación de su motocicleta.
- A título de lucro cesante, diez millones de pesos (\$10'000.000,00), por las ganancias que dejó de percibir a raíz del accidente.
- A título de daño fisiológico, la suma que resulte acreditada.

Que las condenas económicas sean actualizadas según la variación porcentual del índice de precios al consumidor.

3. HECHOS.

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

El 9 de octubre del año 2000, el señor Rafael Pérez Dávila se desplazaba en una motocicleta en compañía de su nieto Jorge Luís Pérez Arrieta por la Avenida Lequerica Vélez, en el Municipio de Magangué (Bolívar), cuando fueron impactados y arrollados por una camioneta Mazda de placas OYQ 46,

en momentos en que ésta salía en reversa de un parqueadero hacia la avenida mencionada.

La camioneta es un vehículo oficial y era conducida por el infante de marina profesional Rodrigo Humberto Callejas Correa, quien se encontraba desempeñando funciones relacionadas con el servicio al momento de los hechos.

Las heridas causadas al actor en el accidente constituyen una falla presunta del servicio, pues se produjeron con un vehículo oficial conducido en forma negligente, imprudente e irresponsable por un agente estatal.

Con motivo del accidente se le han ocasionado al libelista enormes perjuicios materiales y morales.

4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional (fls. 111-113) se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que no se había acreditado la estructuración de su responsabilidad extracontractual, como quiera que no existía prueba que permita establecer si la camioneta arrolló a la moto, o ésta se golpeó contra aquella. Agregó que tanto el demandante como el conductor del vehículo oficial involucrado en los hechos se encontraban desarrollando una actividad peligrosa, por lo que no puede hablarse de responsabilidad presunta.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 30 de marzo de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto

Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 178-192), se denegaron las pretensiones de la demanda, tras considerarse que si bien fue acreditado que el accionante sufrió un accidente de tránsito en el cual se produjo la colisión de la motocicleta conducida por el actor y un vehículo oficial conducido por un infante de marina, así como las lesiones causadas al señor Pérez con el choque y los gastos médicos que tuvo que asumir a raíz del mismo; no se aportaron o practicaron pruebas que demuestren las circunstancias exactas como sucedieron los hechos, lo cual impide establecer cuál de las actividades peligrosas de conducción de vehículos fue la que concretó el riesgo creado.

En ese sentido adujo que las declaraciones rendidas dentro del proceso penal adelantado contra el agente estatal involucrado en los hechos obrantes en las copias de dicho expediente aportadas con la demanda, no pueden ser valoradas por cuanto no cumplen con los requisitos de ratificación establecidos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

Con sustento en lo anterior, la falladora de primer grado concluyó que el demandante omitió acreditar que el daño alegado sea imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 194-197), manifestando básicamente que contrario a lo manifestado por la *a quo*, en el curso del proceso se recaudaron pruebas que demuestran la invocada responsabilidad extracontractual de la entidad accionada en la producción del daño alegado.

Al respecto, adujo el recurrente que la inspección judicial y el croquis levantado por el CTI -pruebas que hacen parte del expediente del proceso

penal adelantado contra el infante de marina involucrado en el accidente y que fueron aportadas con la demanda-, demuestran plenamente los sustentos fácticos enarbolados en el libelo introductorio.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes se abstuvieron de alegar de conclusión.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Está llamada la Nación – Ministerio de Defensa– Armada Nacional a responder administrativa y patrimonialmente –y en caso afirmativo, bajo qué título- de los daños que se le imputan con ocasión del accidente de tránsito acaecido el 9 de octubre de 2000, en el que estuvo involucrado un vehículo oficial conducido por un infante de marina y la motocicleta conducida por el actor?

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACCIDENTES DE TRÁNSITO CON VEHÍCULOS OFICIALES.

Cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de los daños antijurídicos causados con motivo de accidentes de tránsito en los que se

involucren vehículos oficiales conducidos por agentes estatales -situación en la que, de acuerdo con el sustento fáctico de la demanda, se enmarca la presente controversia-, por regla general se aplica el título de imputación objetivo de riesgo excepcional, a la luz del cual la Administración está llamada a responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas, dentro de las cuales se enlista, a no dudarlo, la conducción de automotores, en razón a que el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la realización de tales actividades peligrosas.

Ahora bien, cuando se depreca el resarcimiento del daño producido con ocasión de la colisión de dos (2) vehículos automotores, es decir, con motivo del ejercicio simultáneo de dos (2) actividades peligrosas, se hace necesario establecer la causación del daño mediante la imputación fáctica, por la vía de la determinación de factores subjetivos que permitan determinar el grado de participación de cada agente en la producción del daño, tales como el desconocimiento o inobservancia de las normas de tránsito y seguridad vial, la inobservancia del deber objetivo de cuidado, etc.

Así lo decantó el Consejo de Estado en providencia de 14 de abril de 2010, que seguidamente se extracta:

“cuando el daño se produce como consecuencia de la colisión de dos vehículos en movimiento, se está en frente a la concurrencia en el ejercicio de actividades peligrosas, porque tanto el conductor del vehículo oficial como el del vehículo particular están creando recíprocamente riesgos y, por lo tanto, no habrá lugar a resolver la controversia, en principio, con fundamento en el régimen objetivo de riesgo excepcional, sino que la responsabilidad se determinará con fundamento en el estudio de la causalidad, esto es, en cuál fue la causa que dio lugar a la ocurrencia del accidente, si lo fue la actividad ejercida por la administración o aquella ejercida por el particular involucrado en el accidente.”¹

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, radicado 50001-23-31-000-1991-04064-01(19147), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

3. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación formulado por la parte accionante contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda tras estimarse que no se demostraron las circunstancias exactas como sucedieron los hechos y que en tal medida no se verificó que el daño alegado sea imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

Según se indicó previamente, el libelista adujo como fundamento principal de su alzada que contrario a lo manifestado por la *a quo*, en el curso del proceso sí se acreditaron los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual de la entidad accionada en la producción del daño alegado y señaló, puntualmente, que la inspección judicial y el plano levantado por el CTI -pruebas que hacen parte del expediente del proceso penal adelantado contra el infante de marina involucrado en el accidente y que fueron aportadas con la demanda-, demuestran plenamente los sustentos fácticos enarbolados en el libelo introductorio.

Ahora bien, como quedó dicho, en tratándose de controversias relativas a los perjuicios ocasionados con motivo de accidentes de tránsito en los que se presenta la colisión de dos (2) vehículos, debe establecerse la causación del daño en sede de imputación fáctica, para lo cual resulta indispensable analizar factores subjetivos tales como la inobservancia de las normas y reglamentos de tránsito, el incumplimiento del deber objetivo de cuidado etc., para efectos de establecer el grado de participación de cada agente en la producción del daño y, por esa vía, dilucidar si es posible imputarlo objetivamente a uno de los intervinientes.

En ese orden de ideas, para declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad accionada resulta imprescindible verificar la demostración de los elementos de imputación fáctica que conduzcan a concluir que fue la actividad peligrosa de conducción de automotores ejercida con un vehículo oficial por un agente estatal, la que concretó el daño cuyo resarcimiento deprecia el señor Rafael Pérez Dávila.

Para tal fin, se analizará el mérito y alcance probatorio de los elementos de juicio aportados y recaudados durante la litis.

3.1. Lo Probado

Al plenario fueron allegados los siguientes medios probatorios relevantes con miras a la resolución de la alzada:

- a) Copia simple de oficio de 9 de octubre de 2000 suscrito por el Coordinador de Tránsito y Transporte de Magangué y dirigido al Comandante de la Estación de Policía de ese municipio, mediante el cual se dejó a su disposición la camioneta Mazda B2200, modelo 99, placas LOK323, de propiedad del Ministerio de Defensa, conducida por Rodrigo Humberto Callejas Correa y la motocicleta Yamaha, placas OYQ46A, conducida por Rafael Pérez Dávila. En dicho documento se indicó que los vehículos referidos colisionaron en la Avenida Lequerica Vélez, calle 16, frente a la salida del parqueadero Larautos, y se indicaron cuáles eran las versiones de los conductores involucrados. Así mismo se precisó que los vehículos colisionados fueron movidos del lugar de los hechos y que la información sobre el accidente fue recabada en el “centro hospitalario” (fl. 22).

- b) Copia simple de la resolución de 11 de octubre de 2000 proferida por la Fiscalía Local Cuarenta y Cinco de Magangué, por virtud de la cual se abrió instrucción penal con motivo del accidente objeto de la presente controversia (fl. 11).
- c) Copia simple de la licencia de tránsito 004347 de la camioneta de placas LOK 323, donde consta que dicho vehículo es de propiedad del Ministerio de Defensa – Armada Nacional (fl. 57).
- d) Planos levantados por técnico del CTI con base en las versiones de cada uno de los conductores de los vehículos colisionados (fls. 81 y 82).
- e) Copia simple de examen médico practicado el 11 de octubre de 2000 al demandante por un médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Local Magangué, donde se indicó que presentaba escoriaciones y equimosis en el brazo y la pierna izquierda, fractura de meseta tibial, de clavícula y de tobillo izquierdo, y que dichas lesiones generaban una incapacidad de sesenta (60) días.
- f) Copia simple de la resolución de 25 de octubre de 2000 proferida por la Fiscalía Local Cuarenta y Cinco de Magangué, por virtud de la cual las diligencias penales adelantadas con motivo del accidente en cuestión se enviaron por falta de competencia a la Jurisdicción Penal Militar, concretamente, al Juzgado Ciento Tres de Instrucción Penal Militar del Batallón de Policía Naval Militar Veintiuno con sede en Cartagena (fl. 60).
- g) Copia simple de evaluación médica practicado el 12 de febrero de 2001 al demandante por un médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Local Magangué, mediante la cual se determinó que a raíz de las lesiones sufridas en el accidente, presentaba las

siguientes secuelas permanentes: (i) deformidad física; (ii) perturbación funcional del órgano de la locomoción; (iii) perturbación funcional del miembro inferior izquierdo (fl. 83).

- h) Facturas que evidencian los gastos médicos y de reparación de su vehículo en que incurrió el libelista luego del accidente (fls. 87-104).

Los documentos aportados en copia simple previamente aludidos, incluso los emanados de terceros, serán apreciadas por haber obrado a lo largo del proceso sin que hubieran sido controvertidos o tachados por los extremos en contienda, ello, acogiendo las directrices trazadas en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que constituye precedente vertical obligatorio y cuyos principales apartes se transcriben seguidamente:

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los decretos-leyes 1400 y 2019 de 1970.

“Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios —como los procesos ejecutivos— en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v. gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción

en virtud de la tacha de falsedad (v. gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas...

“De modo que, si la ley establece un requisito - bien sea formal o sustancial— para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo: cosa distinta es si el respectivo documento (v. gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso.

“La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.”² (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, en lo que respecta a las declaraciones rendidas bajo juramento por Hugo José Manjarrez Oliver, Diana Milena Cuña Molina, Alonso Guillermo Rodríguez Velilla, Carlos Nadin Obregón Díaz, Carlos Magno León Unda, Manuel María Insignares y Diana Milena Acuña Molina dentro de la investigación penal 4981 adelantada por causa del accidente (fls. 28, 41-47, 74-75), es menester señalar que no pueden ser apreciadas por cuanto no fueron practicadas en el proceso punitivo a petición o con audiencia de la Nación Ministerio de Defensa – Armada Nacional, su traslado fue solicitado sólo por la parte demandante y, además, no fueron ratificados dentro de la presente litis, lo que significa que incumplen los requisitos exigidos en los artículos 185 y 229 del Código de Procedimiento Civil³, en aras de garantizar el principio de contradicción de la prueba testimonial trasladada.

Tampoco podrá valorarse la indagatoria de Rodrigo Humberto Callejas Correa que reposa en el proceso penal adelantado en su contra a raíz del accidente en

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, radicación 05001233100019960065901 (25.022), C.P. Enrique Gil Botero.

³ Aplicables en virtud de remisión contenida en el artículo

cuestión (fls. 32-35), pues carece del requisito de juramento para ser valorada como testimonio de terceros.

A idéntica conclusión se arriba respecto de las inspecciones judiciales practicadas por la fiscalía en el proceso primitivo (fls. 49-54 y 77-79), pues no fueron solicitadas ni practicadas a petición de la parte contra quien se aducen ni con su audiencia, y su traslado a esta litis fue solicitado unilateralmente por el extremo accionante. En torno de la valoración de inspecciones judiciales en un litigio diferente a aquél en que fue practicada, ha precisado el Consejo de Estado que *“las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquellos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso”*⁴.

Ya en lo concerniente a los planos levantados por el CTI, debe señalarse que carecen de peso argumentativo probatorio para definir la controversia pues constituyen simplemente la representación gráfica de las versiones de los dos (2) conductores involucrados en el accidente, pero no permiten determinar cuál de las actividades peligrosas de conducción de vehículos fue la que concretó el riesgo creado o si fueron ambas.

Precisado lo anterior, es menester señalar que con sustento en los medios probatorios documentales enlistados *ut supra*, que constituyen los únicos

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 2013. radicación 500012331000199706512 01(25.124). Mauricio Fajardo Gómez.

medios probatorios pasibles de ser valorados, se acreditó: (i) la ocurrencia del accidente automovilístico mencionado en la demanda; (ii) que uno de los automotores involucrados era un vehículo oficial de propiedad de la entidad demandada y que al momento de los hechos lo conducía un infante de marina profesional; (iii) las lesiones físicas sufridas por el actor a raíz de esa colisión y, (iv) los gastos médicos y de reparación de su vehículo en que incurrió el demandante con motivo del accidente.

En ilación con lo anterior, se advierte que fue acreditado el hecho dañoso (accidente de tránsito) y el daño antijurídico invocado, consistente en las lesiones fisiológicas del actor y los daños mecánicos de su motocicleta causados con ocasión del accidente; empero, tal y como bien lo concluyó la *a quo*, no se demostraron las circunstancias como ocurrió el accidente ni los elementos que permitan imputar fácticamente a la entidad accionada el daño consistente en las lesiones sufridas por el actor a raíz de ese insuceso, como quiera que, se insiste, las declaraciones rendidas ante la fiscalía por quienes manifestaron haber atestiguado el momento de los hechos, que constituían los únicos elementos de juicio relacionados con las circunstancias precisas en que aconteció la colisión, no pueden ser apreciadas en el *sub judice*.

Desde esta perspectiva, se impone concluir que la parte demandante, en frontal incumplimiento de la carga que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁵, no acreditó que el daño invocado fuera imputable a la entidad demandada, en la medida en que no se arrió prueba que demostrara que el accidente haya sido ocasionado por inobservancia de las normas o reglamentos de tránsito, vulneración del principio de confianza legítima o incumplimiento del deber de cuidado por parte del militar que conducía el vehículo oficial involucrado en la colisión.

⁵ Aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo.

Memórese que cuando se depreca el resarcimiento del daño producido con ocasión de la colisión de dos (2) vehículos automotores, es decir, con motivo del ejercicio simultáneo de dos (2) actividades peligrosas, el demandante tiene la carga de acreditar la causación del daño mediante la imputación fáctica, por la vía de la determinación de factores subjetivos que permitan establecer la participación de la entidad demandada en la producción del daño.

En ese sentido se pronunció el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en un asunto de similares características al *sub examine* mediante fallo de 30 de enero de 2013, como pasa a verse:

“[D]e los elementos probatorios relacionados anteriormente puede aducirse que si bien se encuentra acreditado el daño causado a la parte actora y los perjuicios que aquel le generó, lo cierto es que a partir de los mismos no se puede dar por acreditado que el conductor del vehículo oficial al momento de la ocurrencia del hecho dañoso hubiere infringido las normas de tránsito vigentes al momento de la ocurrencia del hecho dañoso.

En conclusión, no obra prueba alguna en el expediente que permita establecer que el daño sufrido por el actor se hubiere producido por la imprudencia y/o negligencia del conductor del vehículo perteneciente al ente público demandado; por tal razón, tampoco existe criterio de causalidad que permita vincular la conducta o comportamiento del demandado con los actos o hechos desencadenantes del daño, pues no obran elementos de convicción que permitan dar cuenta de las circunstancias en las cuales se produjo el hecho dañoso.

Finalmente, si se examina desde la perspectiva del régimen jurídico de responsabilidad objetiva, toda vez que al tratarse de una colisión entre una motocicleta y un vehículo automotor, se presentó una concurrencia de actividades peligrosas, lo cual obliga a dilucidar la causalidad para efectos de imputar responsabilidad a la administración por el hecho dañoso demandado, la cual no se acreditó en este caso. Al respecto la Sala ha manifestado:

“... cuando el daño se produce como consecuencia de la colisión de dos vehículos en movimiento, se está en frente a la concurrencia en el ejercicio de actividades peligrosas, porque tanto el conductor del vehículo oficial como el del vehículo particular están creando recíprocamente riesgos y, por lo tanto, no habrá lugar a resolver la controversia, en principio, con

fundamento en el régimen objetivo de riesgo excepcional, sino que la responsabilidad se determinará con fundamento en el estudio de la causalidad, esto es, en cuál fue la causa que dio lugar a la ocurrencia del accidente, si lo fue la actividad ejercida por la administración o aquella ejercida por el particular involucrado en el accidente”⁶.

En virtud de las anteriores consideraciones, en el caso concreto que ahora se examina, se torna, en consecuencia, estéril cualquier examen de los fundamentos o sistemas de responsabilidad, objetivos o tradicionales, porque se está en presencia de una falta absoluta de causalidad del hecho dañoso que pudiere ser imputable al Estado y aquellos tienen su basamento y razón de ser solo cuando el daño antijurídico le es imputable a la administración como fundamento de justicia aplicable al caso, lo cual no se configuró en el evento sub examine y, por ello, se releva al juzgador de ese tipo de consideraciones.

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que — se reitera—, no allegó al proceso prueba alguna que permita atribuir el aludido hecho al ente público demandado.”⁷

Así las cosas, ante la ausencia de pruebas de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual estatal, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 *ibidem* -según el cual corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen-, se confirmará en su totalidad la sentencia denegatoria apelada.

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas a la parte demandante en esta sede, pues no encuentra la Sala en su conducta fundamento para hacerlo, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, radicación 50001-23-31-000-1991-04064-01(19.147), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 2013, radicación 500012331000199706512 01 (25.124), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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 30 de marzo de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto 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 ELIÉCER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1368
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR :	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: LUIS ENRIQUE RIOS BOHORQUEZ
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO D E LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2012-00027-01
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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Luis Enrique Ríos Bohórquez**
Demandado : **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**
Expediente : **13-001-33-31-003-2012-00027-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Procede la Sala a pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta que se surte contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2013, por medio de la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió las pretensiones formuladas en la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 -21)

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

“1) Declarar nulo el acto contenido en el Oficio 28872 del 15 de junio de 2011 que negó al actor el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC y modificar el acto administrativo contenido en la Resolución 2687 de 21 de mayo de 2002 que le reconoció la asignación de retiro al actor en el sentido que disponga que a partir de la vigencia fiscal de 2002 los incrementos pensionales anuales se le liquiden con base en las peticiones hechas.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

2) se condene a la demandada a reconocer, reajustar y reliquidar la asignación de retiro o pensión del actor así como pagar los excedentes porcentuales resultantes de establecer matemáticamente la diferencia entre el monto de los incrementos anuales en la asignación de retiro y el porcentaje IPC establecido por el DANE el año inmediatamente anterior con base el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995 conforme a la liquidación hecha, y estos porcentajes diferenciales se tengan en cuenta para el reajuste prestaciones en cada año reclamado y que le déficit de cada vigencia se acumule año tras año a fin de establecer el monto porcentual que debe incrementarse en la asignación de retiro para que su rubro pensional adquiriera el valor en que debería encontrarse solicitando tener en cuenta los artículos 1634 del C.C y la última parte del numeral 2 del artículo 136 del C.C.A (...)"

2. HECHOS

En síntesis:

Al señor Suboficial Jefe Técnico (r) Luis Enrique Ríos Bohórquez le fue reconocida asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución 2687 de fecha 21 de mayo de 2002.

Con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, han realizado los incrementos pensionales anuales al actor, sin tener en cuenta los porcentajes con base en el IPC.

El artículo 14 de la Ley 100 de 1993, dispone que los incrementos pensionales anuales se realizaran con base en los porcentajes del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluía al personal de la Fuerza Pública de la aplicación de esta normatividad.

La Ley 238 de 1995, adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, disponiendo que las excepciones consagradas en la citada norma no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, para los pensionados de los sectores allí contemplados.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

El día 24 de mayo de 2011 el señor Luis Enrique Ríos Bohórquez presentó derecho de petición a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC.

La Caja de retiro de las Fuerzas militares en Oficio CREMIL 41576 con consecutivo 28872 de fecha 15 de junio de 2011 respondió negativamente la petición explicando que se habían hecho los reajustes que por ley le corresponden.

3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte demandante como concepto de la violación trae a colación apartes normativos y precedentes jurisprudenciales con los que sustenta que están siendo violadas la constitución y la ley.

Alega que entre otros, frente a los preceptos constitucionales están siendo violadas las leyes promulgadas dentro del estado social de derecho para evitar que los administrados recurran ante la justicia para obtener su cumplimiento, las normas que tratan de prestaciones sociales derivadas de vínculos laborales, las normas que aplican la situación mas favorable al trabajador al igual que derechos adquiridos, igualmente las normas atinentes al poder adquisitivo de las pensiones

Frente a los preceptos legales, el apoderado alega que la demandada niega el cumplimiento de las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995 con los argumentos de que al actor se le aplica un régimen prestacional especial y que éste prevalece sobre las disposiciones de carácter general.

Considera que la demandada no tuvo en cuenta que la Ley 238 de 1995 incide directamente sobre el personal de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 modificando los regímenes prestacionales del mismo en cuanto a las bases o formas para incrementar sus pensiones, de la misma forma establece que la demandada argumenta que siendo el régimen especial globalmente mas ventajoso que el general no se puede

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

pretender una prestación individual establecida en un régimen general aplicando mal lo dispuestos en las normas que corresponden al asunto.

4. TRÁMITE PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 10 de enero de 2012 (fl.34-35). Se notificó en debida forma al Representante del Ministerio Público (fl. 35 reverso) y a la entidad accionada (fl.39). De igual forma, el proceso se fijó en lista el día 2 de mayo de 2012 (fl.35 reverso) término dentro del cual, la entidad demandada no contestó la demanda.

Mediante auto de fecha 22 de mayo de 2012 (fl.46-47) el juzgado abrió a pruebas el proceso. Tuvo como prueba las aportadas por las partes en la demanda, ofició a la entidad demandada para que aportara con destino al expediente los incrementos que se han realizado a la asignación de retiro del actor desde el año 1997 hasta la fecha.

La entidad demandada aportó la información solicitada, y posteriormente en auto de fecha 28 de enero de 2013 (fl.58) el juzgado corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, en esta oportunidad la parte demandada no se pronunció al respecto y la parte demandante presentó memorial de alegatos extemporáneamente.

5. EL FALLO CONSULTADO (fls.61-82)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena mediante providencia de fecha 27 de mayo de 2013 concedió las pretensiones de la demanda.

En el fallo se expone el régimen jurídico aplicable al caso concreto, la aplicabilidad de reajustes con base en el IPC a las asignaciones de retiro, de igual forma hace una breve diferenciación entre el reajuste por IPC y por el sistema de oscilación y el marco temporal de la aplicación de reajustes con base en el IPC a las asignaciones de retiro.

Para el caso en concreto, el fallador realizó un cuadro comparativo entre los incrementos

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

ordenados por el Gobierno Nacional y los aumentos que resultarían aplicando las variaciones que experimentó el IPC del años inmediatamente anterior, y pudo demostrar que el incremento de la asignación de retiro fue inferior en algunos años al que hubiere resultado en caso de aplicarse el aumento porcentual correspondiente a la variación anual del IPC y que por lo tanto resultaba mas favorable para el actor.

En virtud del principio de favorabilidad, el juez de primera instancia consideró que debía reajustarse la asignación de retiro del demandante correspondiente.

7. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena no fue objeto de recurso de apelación por las partes, y de la actuación surtida se tuvo que la demandada no ejerció defensa de sus intereses por cuanto no contestó la demanda ni presentó alegatos de conclusión por tal motivo, con fundamento en el inciso 3° del artículo 184 del C.C.A¹ se elevó a grado jurisdiccional de consulta el fallo.

Mediante auto de fecha 9 de octubre de 2013 (fl.3, 2 cdno) fue admitida la consulta, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de cinco (5) días para que presentaran sus alegatos y se ordenó notificar al Agente del Ministerio Público para que presentara concepto si a bien lo tenía. En esta oportunidad la entidad demandada presentó alegatos extemporáneamente.

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta Corporación, previas las siguientes,

¹ ARTÍCULO 184. CONSULTA. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas. Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

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

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

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el caso concreto se deben resolver tres problemas jurídicos relacionados con el tema del reajuste de la asignación de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública; el primero, consistente en establecer si resulta procedente reajustar la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y/o sus beneficiarios conforme al IPC; el segundo consiste en determinar cuál es el límite del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC, y el tercero, referido al tema de la prescripción del reajuste, en aras de determinar si el fenómeno de la prescripción afecta el derecho a la reliquidación de la asignación de retiro o solamente las mesadas pensionales; y a partir de qué momento se debe comenzar a contar la prescripción.

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL²

2.1. Primer problema jurídico

¿Resulta procedente reajustar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y/o de sus beneficiarios conforme al IPC?

La Sala tendrá en cuenta que en reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del H. Consejo de Estado se ha venido afirmando que el sistema de oscilación para el reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública, en algunos casos, fue inferior al IPC lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993³, pues a pesar

² Tomando como fuente la sentencia de Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, proferida el día 26 de abril de 2012, Epx No. 002-2008-00199-00.

³ Artículo 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno”.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bobórzuez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

de que en su artículo 279 *ibídem* excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995 que adiciona el 279 de la misma disposición normativa elimina dicha exclusión.

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de Junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ precisó que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en el reajuste de las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no el principio de oscilación del régimen especial. Apoyó su decisión en sentencia de esa misma Corporación con ponencia del Consejero JAIME MORENO GARCÍA de fecha 17 de mayo de 2007, en la que se resaltó en lo relevante:

"...Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es mas favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior...

(...) el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.

En conclusión sí es procedente reajustar la asignación de retiro del actor conforme al IPC, con fundamento en el principio de favorabilidad.

2.2. Segundo problema jurídico

¿Cuál es el límite del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC?

Al respecto, se tendrá en cuenta que no obstante que la aplicación del IPC está previsto legalmente hasta la anualidad de 2004, no obsta para que con fundamento en ello, el

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

Así lo precisó la Sección Segunda, Subsección A, de 27 de enero de 2011, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno N 1479 -09, actor Javier Medina Baena, en la que estableció:

“Entonces, dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades⁴ las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores”.

La Sala, también tendrá en cuenta el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección “B” de la Sección Segunda, en sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al artículo 14 de la Ley 100 /93,⁵ aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004. Sostuvo en lo relevante:

“El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995. A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del

⁴ Sentencia N 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucía Sánchez de Manrique, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

⁵ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp. 8464-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C. P. Jaime Moreno García.

Acción. Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

El ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año."

En decisión más reciente, contenida en sentencia de tutela de fecha 23 de febrero de 2012⁶, el H. Consejo de Estado fue enfático en el criterio jurisprudencial reiterado que deben respetar las autoridades judiciales sobre la aplicación de la Ley 238 de 1995 cuando resulte más favorable la aplicación del IPC que el principio de oscilación para incrementar las asignaciones de retiro; así como el límite de la aplicación del IPC y la prescripción de mesadas. Al respecto precisó:

"... a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 las personas pertenecientes a los regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, podrían acceder a estos específicos beneficios..."

(...) Al respecto, aunque dentro de los asuntos encontrados sobre el tópico relacionado con el derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC no se han discutido asuntos en los cuales, como el presente, en aplicación del fenómeno extintivo cuatrienal (por norma especial) no se dejen vigentes mesadas anteriores al 31 de diciembre de 2004 (fecha hasta la cual en reiterada jurisprudencia se (sic) considerado opera la viabilidad de actualizar las asignaciones de retiro con base en el IPC y no con el principio de oscilación), lo cierto es que en varias de ellas se ha considerado que la modificación que genera el reajuste en los años

⁶ Actor JUAN ALFONSO FIERRO MANRIQUE, contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N. 3 y el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, C P VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

anteriores al 2004 sobre la base de la asignación puede tener incidencia en las mesadas futuras...

(...) En este orden de ideas debe indicarse que al accionante le asistía el derecho al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC desde el año 1997, tal y como lo sostuvieron las Autoridades Judiciales accionadas, sin perjuicio de que se declarara la prescripción cuatrienal sobre los reajustes prestacionales no reclamados en tiempo, pues, como se indicó anteriormente, el fenómeno de la prescripción opera sobre las mesadas y no sobre el reajuste como tal, y en ese sentido, si bien no se puede cancelar la diferencia de las mesadas prestacionales, dichos conceptos si deben ser utilizados como base para la liquidación de las mesadas posteriores, en la medida en que podrían afectar la asignación de retiro a partir del 2005, tal y como lo manifestó esta Corporación en la jurisprudencia antes referida..

(...) Por observarse entonces que las Autoridades Judiciales accionadas no hicieron el análisis de dicha situación, se reitera, la incidencia que un reajuste del IPC hasta el año 2004 puede tener en la base de la asignación a partir del año 2005 de cara no solamente a lo sostenido por esta Corporación sino al caso concreto del accionante con miras a concluir si efectivamente en su situación ello no tenía relevancia a partir del año 2005, es viable acceder a las pretensiones. con el objeto de que el Tribunal, quien profirió la Sentencia que puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, analizando dichas circunstancias, clarifique las razones por las cuales hay o no lugar a acceder a las pretensiones del accionante.

Dado que el presente litigio supera los requisitos de procedibilidad enunciados con anterioridad y se observa la configuración de un defecto de fondo, como lo es el desconocimiento del precedente judicial y violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, la Sala concederá el amparo constitucional invocado, a fin de dejar sin efectos la Sentencia de 26 de agosto de 2011 (...) por cuanto no tuvo en cuenta los parámetros jurisprudenciales aquí referidos ni se analizó el caso concreto del accionante para concluir que en su caso el reajuste del IPC hasta el 2004, al que tenía derecho, no incidía en sus mesadas futuras.

En conclusión, resulta procedente incrementar la base de liquidación de la mesada pensional con fundamento en el IPC hasta el 31 de diciembre de 2004, resultando claro que por ese hecho el monto se va incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

2.3. Tercer problema jurídico.

¿El fenómeno de la prescripción afecta el derecho a la reliquidación de la asignación de retiro o solamente las mesadas pensionales; y a partir de qué momento se debe comenzar a contar la prescripción?

Ha sido criterio reiterado que las asignaciones de retiro son prestaciones imprescriptibles, por ello su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, pero no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no están amparadas por esta excepción y por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales.

Sobre el término a partir del cual se cuenta el fenómeno prescriptivo, el H. Consejo de Estado ha venido cambiando de criterio, pues en algunos casos plantea que opera la prescripción de mesadas aplicando la norma vigente para el momento en que se elevó la solicitud en vía gubernativa, de tal manera que en vigencia del Decreto 4433 de 2004 aplica el término de prescripción trienal y con antelación la norma cuatrienal del régimen especial, los cuales se cuentan a partir de haberse elevado la petición en vía gubernativa. En los últimos pronunciamientos, dentro de los cuales vale la pena citar el consignado en la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A", C.P Luis Rafael Vergara Quintero de fecha 4 de marzo de 2010, recalcó:

"...Frente al tema de la prescripción, esto es, si se debe ordenar la trienal prevista en el decreto 4433 de 2004 o a la cuatrienal establecida en el decreto ley 1211 de 1999. la Sala en sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente No. 628-2008, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, precisó: (...) Respecto del

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

poder reglamentario esta Corporación en anteriores oportunidades ha sostenido que: "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el presidente de la república pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al presidente de la república la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados: pues la atribución de dictar la Ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150..." Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional" (Subrayas y negrillas fuera del texto). Con el aparte transcrito se despeja cualquier duda relacionada con la normativa aplicable. Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del decreto 1211 de 1990 los derechos prestacionales consagrados a favor de los miembros de las Fuerzas Militares oficiales prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles.

Por otro lado, el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 15 de noviembre de 2012⁷, unificó el criterio jurisprudencial vigente en atención al reajuste de las asignaciones de retiro en relación a la variación porcentual del IPC, con fundamento en la aplicación del Decreto 4433 de 2004 en el tiempo, al precisar:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 15 de noviembre de 2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicado 250002325000201000511101 (0907-2011)

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

"...En efecto, sobre el término de prescripción aplicado sobre las diferencias resultantes sobre el reajuste de la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, conforme el índice de precios al consumidor, IPC, la sala no comparte la proposición del Tribunal en cuanto a que la prescripción declarada sea trienal y no cuatrienal. Lo anterior por las siguientes razones:

El actor reclama en la demanda el reajuste de su asignación de retiro, que ha venido percibiendo, por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003, y 2004. Para el inicio de dichas anualidades la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual estableció un período de 4 años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho.

A partir del 31 de diciembre de 2004, mediante el artículo 43 del decreto 4433 de 2004 el Gobierno Nacional modificó el término prescriptivo de 4 años, disminuyéndolo a un período de 3 años, de la siguiente forma:

"las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles (...)"

Para la sala es claro que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos. es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia.

Nótese que de la lectura de la norma transcrita, el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004."

Con fundamento en lo anterior, la Sala precisa que se aplicará el término de prescripción cuatrienal previsto en la norma especial. La prescripción se contará a partir de que el derecho se hizo exigible – esto es, con la expedición de la Ley 238 de

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

1995-, recalcando que el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción por un tiempo igual.

3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Al señor Luis Enrique Ríos Bohórquez le fue reconocida asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución 2687 de fecha 21 de mayo de 2002 (fl.25-27).

Mediante derecho de petición radicado en la entidad demandada el día 24 de mayo de 2011, el actor solicitó a la entidad accionada la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro dando aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Mediante Oficio CREMIL 41576 con consecutivo 28872 de fecha 15 de junio de 2011 (fl.24) la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó al demandante el reajuste e incremento de la asignación de retiro con base en lo solicitado.

La asignación de retiro del accionante desde el momento de su reconocimiento ha sido reajustada de acuerdo a los incrementos anuales dispuestos en los decretos expedidos por el gobierno nacional, es decir, con base en el principio de oscilación y no con el IPC.

4. EL CASO CONCRETO

De los hechos que resultaron probados en el expediente y de la lectura del acto acusado, se puede inferir que al demandante le fueron aplicados los Decretos 1211 de 1990 y 4433 de 2004, para reajustar su asignación de retiro y no el IPC, y en tal virtud su asignación de retiro se ha visto menguada al no haberse incrementado en el porcentaje que correspondía, deviene necesario declarar la nulidad del acto acusado. En efecto, la decisión de la entidad accionada desconoció que frente a la asignación de retiro, el demandante tenía derecho a que se le reajustara con base en el IPC en los años que le resultara más favorable frente al principio de oscilación que contempla el régimen especial.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

Tal como se explicó en el marco jurídico de esta sentencia, si bien los miembros de la Fuerza Pública se encuentran excluidos de la aplicación del sistema general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, tal exclusión no comprende el beneficio relacionado con el derecho al reajuste de las pensiones conforme al artículo 14 – IPC-, pues por disposición directa de la Ley 238 de 1995 – que comenzó a regir el 26 de Diciembre del mismo año-, tenían derecho a beneficiarse de la misma.

La anterior preceptiva modificó el Sistema de Seguridad Social creando a favor del grupo de pensionados de los sectores exceptuados -dentro de los cuales están los miembros de la Fuerza Pública-, el derecho a incrementar sus pensiones acorde con la variación del Índice de Precios al Consumidor.

Ahora, con respecto al segundo interrogante encaminado a establecer *¿cuál es el límite del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC?*, la Sala acoge el criterio jurisprudencial expuesto en esta sentencia en donde expresamente se consagra que va hasta el 31 de diciembre de 2004; aclarando que el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores; concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros.

Frente al tercer problema jurídico, consistente en establecer si en el caso concreto prescribieron los incrementos y a partir de qué momento se debe contar, la Sala concluye que se aplicará la prescripción cuatrienal prevista en el Decreto 1211 de 1990, que rige para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Ahora bien, como quiera que la petición de la solicitud del reajuste y pago de la asignación de retiro con base en el IPC fue radicada en la entidad el día 24 de mayo de 2011, solo procede el pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo al IPC a partir del 24 de mayo de 2007 hacia futuro. Por lo anterior, se tiene que si bien están

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

prescritas las diferencias anteriores al 24 de mayo de 2007 y, por tanto no se pagarán al actor, si deben tenerse en cuenta para reajustar su asignación de retiro.

Respecto al grado jurisdiccional de consulta el H. Consejo de Estado ha señalado:

“el objeto del grado jurisdiccional de consulta es permitir que el superior tenga conocimiento de las condenas que se establezcan en contra del Estado, cuando no fueron apeladas, como una protección al patrimonio estatal⁸, pues la Ley lo estableció como un instrumento de protección de los intereses de las entidades públicas en razón de la naturaleza del patrimonio comprometido⁹”

En razón a lo anteriormente mencionado, aunque el pago de las diferencias ordenado en el numeral 3º del fallo de primera instancia no se encuentre correctamente declarada, este asunto es beneficioso para la entidad demandada, y dado que la providencia está siendo sujeta al grado jurisdiccional de consulta tal situación no será objeto de modificación y, por tanto se confirmará el fallo de primera instancia.

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

III. FALLA

CONFIRMAR la sentencia de fecha 27 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se concedieron las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

Ejecutoriada ésta providencia, devuélvase al juzgado de origen.

⁸ Auto de enero 25 de 2007. Exp. 16419. M.P. Enrique Gil Botero

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. auto de 28 de abril de 2009 C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia. Exp 17323

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Enrique Ríos Bohórquez
Accionado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00027-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ELIECER PATIÑO GALLO


MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-003-2012-00027-01)




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1369
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: CARGA DIRECTA OTM S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2006-00033-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Carga Directa OTM S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-006-2006-00033-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2011, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Carga Directa OTM S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos denominados Requerimiento Especial Aduanero 000233 de 30 de junio de 2005, mediante el cual, el ente demandado propone imponerle una sanción

por incurrir en infracción administrativa de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero; Resolución 001696 de 29 de agosto de 2005, por medio del cual, la entidad accionada le impone la sanción propuesta; Resolución 002289 de 21 de noviembre de 2005, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión y, Resolución 002524 de 13 de diciembre de 2005, por la cual, se desata el recurso de reposición interpuesto contra el artículo 2º de la Resolución 002289 del 21 de noviembre de 2005; actos proferidos por el Grupo de Infracciones de la División de Fiscalización Aduanera, la División de Liquidación 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 cumplió con todas las obligaciones a su cargo conforme a la Continuación de Viaje 0004148 de 17 de junio de 2004 y que no hay lugar a que se ordene hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento 31863153, otorgada por la Compañía Seguros del Estado S.A.

Por último, pide que a la sentencia se le dé cumplimiento dentro del término indicado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

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

Mediante aceptación 2506 de 19 de junio de 2004, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena autorizó la operación de transporte multimodal contenida en la Continuación de Viaje 0004148 de 17 de junio de 2004, para el traslado del contenedor TTNU585088-0 desde la ciudad de Cartagena hasta Bogotá, en el vehículo identificado con placas SNC-495, con destino al Depósito Aduanero JAS Forwarding Zona Franca de Bogotá.

La sociedad actora recibió el contenedor debidamente cerrado y con precinto de seguridad 015168DIAN, homologado por la autoridad aduanera de la ciudad de Cartagena de Indias y, para cumplir con el transporte terrestre, subcontrató a la empresa Tráficos y Fletes S.A.

El reseñado contenedor fue entregado en el depósito aduanero de destino el día 20 de junio de 2004, en buen estado y con el precinto o sello de seguridad intacto.

La División de Fiscalización Aduanera formuló Requerimiento Especial Aduanero 000233 de 30 de junio de 2005 a la sociedad demandante, por considerar que incurrió en infracción aduanera por hacer entrega de la mercancía con menos cantidad de la recibida para transportar, proponiendo sancionarla con una multa de veinticinco millones sesenta mil pesos M/Cte (\$25.060.000,00) y la viabilidad de hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento 31863153 de la Compañía Seguros del Estado S.A.

Con Resolución 001696 de 29 de agosto de 2005, la División de Liquidación de Aduanas resolvió sancionar a la sociedad demandante en el sentido que fue propuesto por la dependencia de fiscalización. Dicha decisión fue objeto de recurso de reconsideración, el cual, fue desatado por la accionada a través de la Resolución 002289 de 21 de noviembre de 2005, confirmando en todas sus partes el acto recurrido.

Aduce, que en la anterior resolución la DIAN dispuso en su artículo segundo negar la aplicación del silencio administrativo positivo en su favor, por lo que procedió a interponer recurso de reconsideración contra dicho artículo, el cual, fue resuelto de manera desfavorable a sus intereses por medio de la Resolución 002524 de 13 de diciembre de 2005.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, afirma que el acto acusado infringe los artículos 6º y 29 de la Constitución

Política; 8° de la Ley 153 de 1887; 2°, 98, 497 (numeral 3.1.1.), 509 y 519 del Decreto 2685 de 1999; 331 de la Resolución 4240 de 2000; 7° del Decreto 1198 de 2000; 1088 del Código de Comercio; Circulares 188 de 2000 y 175 de 2001 y Concepto Aduanero 0180 de 2000 emitidos por la DIAN. Explicó el concepto de violación de la siguiente manera:

Expone, que según registro de finalización de tránsito con número de radicación 9322401, el contenedor se entregó en la aduana de destino con el Precinto 015168 homologado por la DIAN en forma intacta, sin mostrar signos de violencia, resultando inexplicable el faltante que alega la administración aduanera de Cartagena se presentó a la entrega del contenedor en la ciudad de Bogotá.

Arguye, que conforme a las normas aduaneras el contenedor es considerado como bulto y que la Circular 0188 de 26 de julio de 2000 establece que sólo los sobrantes o faltantes en el número de bultos operan respecto de carga suelta o de mercancía que llega embalada por unidades. Que en la casilla 16 de la Continuación de Viaje 2506 de 19 de junio de 2004, se dejó registrada la autorización del transporte de un contenedor de 40 pies.

Explica, que de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión 331 de 1993, incluyó en el texto impreso del Documento Andino de Transporte Multimodal 01409263/0, en su casilla 14 denominada "Descripción de los bienes", una indicación en contrario del siguiente contexto: "*De conformidad con la declaración del expedidor*". En dicho documento se relacionó en la casilla 5, la Continuación de Viaje autorizada 2506 del 19 de junio de 2004.

Discute el hecho de que le hayan impuesto una sanción con base en lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, toda vez, que la misma no se encuentra establecida de manera expresa para su aplicación por el presunto incumplimiento a la operación de transporte multimodal autorizada. Además, señala que no se indican las normas que

legalmente facultan a la administración para la imposición de una sanción por infracciones a las obligaciones derivadas de las operaciones de transporte multimodal, en razón a que por analogía o remisión no puede darse su aplicación a las continuaciones de viaje o transporte multimodal, puesto que sin texto legal, claro y preciso no puede existir sanción.

Que así mismo se ha inobservado el debido proceso, al no informarle las normas legales objetivas y de procedimiento sobre las que la División de Fiscalización se fundó para proponer la sanción y ordenar a la División de Liquidación realizar el estudio para hacer efectivo el seguro de cumplimiento.

Considera, que debe buscarse la equidad de la decisión de la administración de aduanas y un equilibrio en la sanción propuesta ante la falta de daño al Estado, teniendo en cuenta que no se estableció la cantidad de mercancía y por la ausencia de un pronunciamiento por la administración aduanera de partida respecto de la cantidad de mercancías, junto al hecho de que el contenedor fue entregado con el sello de seguridad intacto.

Anota, que la Póliza de Cumplimiento 031863153 de Seguros del Estado S.A., por su naturaleza corresponde a los seguros de daños, lo que implica la protección frente a un perjuicio patrimonial al ocurrir el riesgo asegurado, pero el sólo incumplimiento no constituye por sí mismo un siniestro, pues debe generarse también el perjuicio efectivo, el cual, debe probarse por parte de la administración, de lo contrario se quebranta su naturaleza que es eminentemente resarcitoria e indemnizatoria.

Concluye diciendo, que dejaron transcurrir los términos establecidos en las normas supralegales que regulan y reglamentan el transporte multimodal internacional para el ejercicio de la acción sancionatoria, estando prescrita la misma para la administración de aduanas, ya que a la fecha de expedición del requerimiento especial aduanero, habían transcurrido más de doce (12) meses de haberse establecido la presunta infracción.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda inicialmente fue repartida a la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual, mediante auto de 13 de julio de 2006 (fl.100), ordenó su remisión a los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.102).

Surtido lo anterior, la demanda fue admitida por el juzgado en mención con auto del 20 de noviembre de 2006 (fl.103), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del funcionario de mayor jerarquía en la seccional de la ciudad de Cartagena de Indias (fl.107) y al Agente del Ministerio Público.

Con posterioridad, a través de providencia fechada el 07 de octubre de 2008 (fl.108), el juzgado ordenó la notificación personal del auto admisorio de la demanda a la Compañía Seguros del Estado S.A., como tercero interesado en las resultas del proceso, lo cual se llevó a cabo, tal como consta en el folio 118 del plenario.

Dentro del término de fijación en lista la entidad accionada presentó contestación de la demanda (fls.129 – 144), esbozando que no ha desconocido las preceptivas contenidas en los artículos 5º y 29 de la Constitución Política, ya que en la investigación administrativa quedó probado que cuando la mercancía llegó a su destino final autorizado (el depósito JAS Forwarding S.A. en la ciudad de Bogotá), se detectó que la cantidad de mercancía es menor a la autorizada: *“llegaron 2169 cajas y se autorizaron 2170 cajas”*. Que atendiendo tal circunstancia al operador de transporte se le impuso una sanción por la infracción aduanera establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, es decir, por entregar la mercancía objeto del

régimen de tránsito aduanero con menos cantidad del consignado en la declaración de tránsito aduanero.

Refuta lo dicho por el demandante en cuanto a la operancia del silencio administrativo para la formulación del requerimiento especial aduanero, aduciendo que el término establecido por la norma para su expedición no es perentorio (artículo 512 *ibidem*) y su incumplimiento no da lugar al silencio administrativo positivo, como si lo es para los actos administrativos de fondo (artículo 519 *ejusdem*).

Señala, que los términos perentorios para decidir de fondo se cuentan a partir de la notificación del requerimiento especial y no antes, es decir, que el término de los treinta (30) días para expedirlo, una vez se identifiquen las causales para ello, no es perentorio y su incumplimiento no da lugar al silencio administrativo positivo.

Manifiesta con fundamento en lo dispuesto en el artículo 478 del Estatuto Aduanero, que en el caso que nos ocupa no ha operado el fenómeno de la caducidad, teniendo en cuenta que en el mes de junio de 2004 se cometió el hecho sancionado (llegada de la mercancía con menos cantidad de la declarada), el requerimiento especial aduanero fue expedido el 30 de junio de 2005 y la sanción fue impuesta con Resolución 001696 del 29 de agosto de 2005, es decir, dentro de los tres (3) años a que hace referencia la disposición en cita.

En lo concerniente a las inconsistencias que se presentan en los documentos de viaje por faltantes, se atiende a las regulaciones de la Circular 188 de 2000 y el Oficio 041451 del 05 de julio de 2002, en las que se exige como condiciones para que el contenedor se tenga como bulto las siguientes: i) que venga para un mismo consignatario, ii) que la mercancía se ampare en un solo documento de transporte y, iii) cuando se trate de carga consolidada y el contenedor salga del puerto sin consolidar.

Dice que la mercancía autorizada en el régimen de tránsito multimodal bajo estudio, se encuentra amparada en un sólo documento de transporte VWA001612 a nombre de JAS Forwarding de Colombia - Zona Franca de Bogotá/Carga Directa O.T.M. S.A., según está probado en el B/L, lo que indica que si la carga viene consignada a nombre de dos consignatarios se incumple una de las condiciones anotadas. Que la legislación aduanera mantiene como parámetro para medir el cumplimiento de la obligación del transportador los datos consignados en el documento de viaje, éste es el que marcará la pauta para determinar si el transportador cumplió con la entrega completa de la mercancía ante la aduana de destino, de manera que independientemente del contrato privado que celebre el consignatario, por ley el transportador responde por la cantidad de mercancía que se anuncie en la declaración de tránsito aduanero y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es real.

Formuló excepción de falta de integración del litisconsorcio fundada en que los actos acusados tienen interés para la sociedad Carga Directa O.T.M. S.A. y para Seguros del Estado S.A., empresa que expidió la póliza que garantizaba a la DIAN la entrega de la mercancía transportada y el pago de los tributos aduaneros y demás obligaciones a cargo de la demandante en la ejecución del tránsito, por lo que debió ser vinculada al proceso a fin de que hiciera valer sus derechos.

Mediante auto de fecha 14 de julio de 20011 (fl.156), el juzgado prescindió del periodo probatorio y en el mismo proveído ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el libelo de la demanda (fls.157 – 167), la entidad demandada hizo lo propio mediante escrito visible a folios 168 a 181 del plenario. El Ministerio Público guardó silencio.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.195 - 215)

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:

Con la intención de despachar uno a uno los cargos de la demanda, la juez de primer grado avocó el estudio de la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario, señalando que contrario a lo dicho por la parte demandada la compañía aseguradora en auto del 07 de octubre de 2008 fue vinculada al proceso como tercero interesado en las resultas del mismo, notificada por aviso a través de correo certificado (fls.119 - 122), sin embargo, no ejerció sus derechos.

Al mismo tiempo, encontró probada de oficio la excepción de ineptitud de la demanda frente al requerimiento especial aduanero, debido a que no es un acto administrativo definitivo.

En lo tocante al silencio administrativo positivo que dice la actora operó frente al Requerimiento Especial Aduanero 000233 del 30 de junio de 2005, sostuvo que éste no puede ser considerado un acto definitivo de los señalados en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, sino por el contrario, es un mero acto de trámite con el que se inicia la actuación administrativa dirigida a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción aduanera.

Por lo anterior, consideró que el incumplimiento en el término de los treinta (30) días previstos en el artículo 509 del Estatuto Aduanero para la expedición del requerimiento especial, no tiene como consecuencia jurídica la configuración del silencio administrativo positivo de que trata el artículo 519 *ibidem*, pues es evidente que este último, solo se refiere al incumplimiento de los términos para tomar decisiones de fondo y, como quiera que el acto en mención es de trámite, la omisión en el cumplimiento de dicho término no da

lugar a la pérdida de competencia de la administración aduanera ni le impide imponer una sanción dentro del trámite que se inicia con el requerimiento.

Contempló además que si en caso de que la actora pretendiera alegar el silencio administrativo positivo por la no expedición de la decisión de fondo dentro de los treinta (30) días siguientes a la respuesta del requerimiento especial, también cabría lugar a su configuración, pues entre la fecha en que se dio respuesta (28 de julio de 2005) y la expedición de la decisión sancionatoria (29 de agosto de 2005) transcurrieron menos de treinta (30) días.

En cuanto a la legalidad de la sanción aduanera, su proporcionalidad y razonabilidad la juez *a quo* tuvo a bien considerar que los operadores de transporte multimodal pueden responder por las sanciones aplicables a los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, toda vez, que conforme a los artículos 372 a 374 del Estatuto Aduanero, el operador es responsable de la carga autorizada en la continuación de viaje respectiva y con la cual se autoriza el traslado de mercancías extranjeras por dos o más modos de transporte diferente en virtud de un único documento de transporte, debiendo cumplir dicho operador de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito dentro del término autorizado en la aduana de destino, sin que pueda eximirse de tal responsabilidad por la subcontratación que haga para realizar adecuadamente la operación.

En orden a determinar la legalidad de la imposición de la sanción realizó un análisis de los supuestos fácticos probados en autos, encontrando demostrado que la cantidad de mercancía a transportar y autorizada fue de 2.170 bultos, según consta en: i) el Documento de Transporte Multimodal 01409263/0 del 25 de mayo de 2004, ii) aviso de Envío de Continuación de Viaje del 21 de julio de 2004, iii) los Bill of Lading WA001612 del 23 de mayo de 2004 y 01409263/0 de 25 de mayo de 2004, iv) Registro de Finalización de Tránsito 9322401 del 25 de mayo de 2004 y, v) Formato de Consulta de Inventario por Documento de Transporte con Manifiesto 062004100000572.

A su vez, tuvo como probado que al efectuar la verificación e inventario de la mercancía recibida se constató que estaba conformada por un número total de 2.169 bultos, faltando un bulto respecto de la cantidad declarada al iniciar la operación.

Con fundamento en lo anterior, consideró que en el *sub examine* se configuró la conducta sancionable atribuida a la sociedad actora, como quiera que la cantidad de bultos recibidos al finalizar el tránsito aduanero fue menor a la autorizada en la Continuación de Viaje 0004148 del 17 de junio de 2004 y que también se evidenció una diferencia negativa de peso neto en la mercancía arribada a la aduana de destino de 14.110 kg a 14.000 kg, lo que da cuenta que efectivamente existió un faltante.

En cuanto a la desproporcionalidad que la demandante alega existe entre el daño supuestamente causado al Estado y el grado de la sanción impuesta, precisó que la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, establece como único supuesto para la tipificación de la conducta la existencia de un faltante, sin consideración alguna al valor o la cantidad de la mercancía, sanción que no se concibió como graduable. Dijo entonces que si en el presente caso, se encontró probado que el faltante de mercancía era de un bulto, la administración no estaba habilitada para valorar tal circunstancia a efectos de determinar la sanción a imponer, pues tal como se señaló la sanción no se puede graduar.

La juez de primera instancia estimó que la configuración de faltantes en la mercancía objeto de tránsito aduanero de suyo comporta un detrimento para la administración, toda vez, que implica la posibilidad de que entre a circular al territorio nacional mercancía de procedencia extranjera sin el pago de los tributos aduaneros, por lo que a su criterio es aplicable la conducta sancionable, debiendo hacerse exigible la Póliza Global 31863153 expedida por Seguros del Estado S.A., la cual, se constituyó para garantizar el pago de

los tributos aduaneros y las sanciones que se generen por el incumplimiento de la operación de transporte multimodal.

Finalmente, no fue de recibo para la juez *a quo* el cargo de desconocimiento de la Circular 188 de 2000, ya que en el caso bajo estudio no puede asimilarse el concepto de contenedor al de bulto, pues se trata de mercancía embalada en bultos tal como se describió en la Continuación de Viaje 004148 de 17 de junio de 2004, sin que se configure tal mercancía, por el hecho de estar contenida en un contenedor, en una 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.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.216 – 230)

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

Se opuso a las consideraciones vertidas por la juez *a quo*, manifestando que al no expedirse el requerimiento especial aduanero dentro de los treinta (30) días fijados por la ley para formularlo, se extinguió de manera irrevocable el derecho de la administración aduanera para iniciar el procedimiento aduanero, dando lugar a la aplicación del silencio administrativo positivo (artículo 23 del Decreto 1198 de 2000, modificadorio del artículo 519 del Decreto 2685 de 1999).

Insiste también en la configuración del silencio administrativo positivo porque la sanción fue impuesta transcurridos más de doce (12) meses contados desde cuando se dio apertura a la actuación administrativa hasta cuando se profirió la decisión sancionatoria.

De otro lado, sostiene que no es cierto que el operador de transporte multimodal no haya demostrado el cumplimiento de sus obligaciones, invirtiendo la carga de la prueba, toda vez, que esta se encontraba a cargo de la entidad aduanera, para cuyo efecto debía acreditar que la empresa sancionada sí había incurrido en una infracción por la existencia del supuesto faltante.

Dice que la administración y la juez de primera instancia no consideraron que el transporte de mercancías en el territorio nacional se hace al amparo de un documento de transporte multimodal y no al amparo del formato de la continuación de viaje.

Reitera, que los conocimientos de embarque o “Bill of Lading” que obran en el expediente administrativo, dan cuenta que el llenado del contenedor le corresponde al expedidor o remitente de las mismas y en dicha operación no participa el operador de transporte multimodal, quien se obliga a recibir un contenedor cerrado y sellado, puesto que se trata del encargo del transporte de una unidad de carga, en este caso un contenedor.

Descarta lo expresado por la juez *a quo* respecto a la pluralidad de consignatarios, ya que el contenedor entregado para su transporte se encontraba destinado a un único importador y a través de un solo depósito en Bogotá, habilitado por la administración de aduanas.

Sostiene que en el proceso está acreditado que la administración no efectuó en la aduana de partida un inventario de las mercancías que se decían contenidas en el contenedor. Que no hay en el expediente un acta que haga constar que hubo vaciado del contenedor y su posterior llenado, una vez realizado el inventario físico de las mercancías que se decían contenidas en el contenedor, consignación de la actuación del funcionario que practicó la diligencia de inspección indicando el resultado de su actuación en el sistema informático aduanero, fecha y hora de inicio y terminación de la inspección física.

Manifiesta además, que el documento dispuesto por la entidad enjuiciada, denominado Registro de Finalización de Tránsito 9322401, hace constar que el contenedor se entregó en la aduana de destino con el precinto intacto, sin daño alguno.

Trae a colación concepto de la DIAN, según el cual, en las investigaciones que se formulen por diferencia de peso o faltante de mercancía cuando no existan indicios de saqueo, estas obedecen a razones justificables, por tanto, no toda diferencia debe ser reportada como incumplimiento, para tal efecto, la aduana de destino debe efectuar inspección física de los precintos y de la carga y al no existir ninguna señal de saqueo el faltante no puede ser atribuible al transportador. Que en este caso está probado que el contenedor se recibió de conformidad con la declaración del expedidor (anotación realizada en el Documento de Transporte Multimodal 01409263/0), siendo claro que la empresa demandante no recibió las mercancías por su descripción o inventariadas, sino que recibió una unidad carga, cerrada y sellada.

Reitera, que la sanción descrita no se encuentra establecida expresamente para el incumplimiento de una operación de transporte multimodal, que debe darse aplicación a la normatividad andina, aspecto que omitió la juez de primera instancia al estudiar el presente caso.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 15 de noviembre de 2011 (fl.232).

Por medio de proveído de 24 de enero de 2012 (fl.235), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 27 de febrero de 2011 (fl.237), 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.238 – 249); la parte demandante a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.260 – 267). El Ministerio Público guardó silencio.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMAS JURÍDICOS.

¿Opera el fenómeno jurídico del silencio administrativo positivo, cuando la administración aduanera no formula el requerimiento especial aduanero en el término legalmente establecido para ello, teniendo en cuenta que no contiene una decisión sancionatoria definitiva?

¿Resulta inaplicable a los operadores de transporte multimodal el régimen sancionatorio previsto para los transportadores en las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero?

¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos, resolviendo uno a uno los problemas jurídicos planteados:

- **¿Opera el fenómeno jurídico del silencio administrativo positivo, cuando la administración aduanera no formula el requerimiento especial aduanero en el término legalmente establecido para ello, teniendo en cuenta que no contiene una decisión sancionatoria definitiva?**

Señala la parte actora, que le fue vulnerado su derecho al debido proceso debido a que la investigación administrativa adelantada por la DIAN en su contra, no se surtió dentro de los términos que consagra el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999 y, a su parecer, consecuentemente opera el silencio administrativo positivo contemplado en el artículo 519 *ibídem*. Anota, que si bien el requerimiento especial aduanero es un acto de trámite, debió la juez de primera instancia tener en cuenta que sin éste la administración no podía adoptar una decisión de fondo sobre el asunto, por lo que resulta factible la configuración del silencio administrativo positivo.

Para dilucidar este punto, conviene traer a cuento el contenido de la normativa en que basa la parte recurrente este argumento de la apelación, así:

“Artículo 519. Incumplimiento de términos. Los términos para decidir de fondo previstos en el presente capítulo, son perentorios y su incumplimiento dará lugar al silencio administrativo positivo. Cuando el procedimiento se haya adelantado para imponer una sanción, se entenderá fallado a favor del administrado. Cuando el procedimiento se haya adelantado para formular una liquidación oficial, dará lugar a la firmeza de la declaración. En los casos de mercancía aprehendida para definición de situación jurídica, dará lugar a la entrega de la misma al interesado, previa presentación y aceptación de la declaración de legalización, cancelando los tributos aduaneros o que hubiere lugar y sin el pago de sanción alguna por concepto de rescate...”

“...Habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo positivo cuando desde la iniciación del respectivo proceso, hayan transcurrido más de doce (12) meses sin haber desarrollado el proceso y proferido la decisión de fondo.” (Negrilla fuera de texto)

El texto de la disposición en cita es claro al señalar que el silencio administrativo positivo en el ámbito sancionatorio aduanero opera frente a decisiones de fondo, es decir, aquellas que pongan fin a las actuaciones de la administración, sea imponiendo la sanción o relevando al administrado de cualquier responsabilidad que se haya podido generar por el incumplimiento de un deber aduanero.

En el caso de marras, la parte actora reclama la configuración del silencio positivo administrativo respecto del requerimiento especial aduanero, el cual, no contiene la decisión definitiva que culmine con el trámite administrativo sancionatorio, sino que el mismo se profiere con dos finalidades: i) proponer la imposición de una sanción por la comisión de una infracción administrativa aduanera y, ii) para formular liquidación oficial de corrección o de revisión de valor.

Así las cosas, se tiene, que el requerimiento especial aduanero no es de aquellos actos que pueden dar origen al silencio positivo administrativo en el campo sancionatorio aduanero, puesto que su finalidad es la de permitir que se pueda llegar a tomar una decisión de fondo respecto del acaecimiento de una infracción aduanera, pero no contiene la manifestación de la voluntad de la administración que da por terminada dicha actuación.

Sobre esta temática el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha precisado¹:

“...De la norma en cita se advierte que el silencio administrativo positivo se configura en dos casos:

El primero, cuando se incumpla el término para resolver el recurso de reconsideración, esto es cuando el acto definitivo se profería después de los tres meses siguientes a la presentación del recurso (inciso 4º del artículo 519).

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de octubre de 2009, Exp 16482, C P Hugo Fernando Barchas Barceñas

El segundo, cuando desde la iniciación de la actuación administrativa transcurrieran 12 meses sin que se hubiera proferido decisión de fondo (inciso 5° del artículo 519)

Son esos los casos en que el legislador consagraba expresamente el silencio administrativo positivo...

La Sala precisa que la consagración del silencio administrativo positivo se entiende cuando el legislador expresamente así lo instituye de forma que no debe quedar ninguna duda en el sentido de que la consecuencia del vencimiento del plazo sea la pérdida de la competencia de la administración y el nacimiento de un acto ficto o presunto a favor del administrado. Ahora bien, en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado..." (Negrilla fuera de texto)

Y en pronunciamiento más reciente ha reiterado²:

"...en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado. El vencimiento de los plazos meramente perentorios puede implicar la responsabilidad personal del agente que se ha demorado en tomar la decisión pero no afecta la validez de la decisión misma. Ese tipo de plazos son los más comunes en el derecho procesal, como por ejemplo, el plazo para dictar la sentencia que instituye tanto el C.C.A como el C.P.C. Así

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de abril de 2012, Exp. 17497, C.P. Hugo Fernando Bastidas Balcenas

esté vencido el plazo, la sentencia es válida y eficaz, sin perjuicio de que pueda existir en un momento dado responsabilidad personal del funcionario judicial si el vencimiento del plazo ocurrió injustificadamente.

En general, las normas de competencia temporal, esto es, por razón del tiempo, que es el tema que subyace en un plazo legal para producir una decisión, deben interpretarse a favor de la competencia misma. Así, sólo cuando está expresamente previsto otro efecto, el vencimiento del plazo no comporta siempre y necesariamente un caso de silencio administrativo positivo y mucho menos de nulidad de los actos administrativos.

En el caso concreto no se discute, porque es un hecho reconocido por ambas partes, que la DIAN expidió el requerimiento especial aduanero por fuera del término de los 30 días a que alude el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999. Pero también es un hecho cierto, y no desvirtuado por la parte actora, que la DIAN inició la actuación administrativa para formular la liquidación oficial de revisión de valor dentro del término de firmeza de las correspondientes declaraciones de importación. Estas circunstancias de hecho indican que la DIAN actuó con competencia, pues lo hizo dentro de los plazos legalmente establecidos y, por tanto, no violó el derecho al debido proceso. El desconocimiento del término perentorio de los 30 días, como se comentó, podría implicar la responsabilidad personal del agente que expidió el acto de trámite pero jamás implica la nulidad de las actuaciones surtidas con posterioridad a la expedición de ese requerimiento, con mayor razón si el requerimiento se expide en otra de las oportunidades procesales que prevé la ley para el efecto...”

Resulta menester entonces, traer a colación el texto del artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, para verificar si el mismo contempla de manera inequívoca, la configuración del silencio administrativo positivo al no ser proferido el requerimiento especial aduanero dentro del término de treinta (30) días allí previstos:

“Artículo 509. Término para la formulación del requerimiento especial aduanero y contenido del mismo. Establecida la presunta comisión de una infracción administrativa aduanera, o surtidos los trámites de aprehensión,

reconocimiento y avalúo de una mercancía, o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales; la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para formular Requerimiento Especial Aduanero, el cual deberá contener como mínimo: la identificación del destinatario del requerimiento; relación detallada de los hechos u omisiones constitutivos de la infracción aduanera o propuesta de Liquidación Oficial, causal de aprehensión y avalúo de la mercancía, las pruebas practicadas, las normas presuntamente infringidas, término para dar respuesta al Requerimiento y sanción que se propone, si procede.”

Tal como quedó demostrado, el silencio administrativo positivo no se predica del requerimiento especial aduanero, ya que no existe norma específica que lo consagre expresamente y tampoco se le puede enmarcar en la hipótesis contenida en el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, debido a que no es un acto que decida de fondo la actuación administrativa sancionatoria.

- **¿Resulta inaplicable a los operadores de transporte multimodal el régimen sancionatorio previsto para los transportadores en las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero?**

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la

responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso." (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibidem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

"Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía..." (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todos los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

"Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán

aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero... (Subrayado fuera de texto)

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, para la época de ocurrencia de los hechos, establecía:

“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...

...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:

3.1 Gravísimas...

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero... (Subrayado fuera de texto)

Conviene igualmente citar el contenido de la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, hoy Comunidad Andina de Naciones, en cuanto a la responsabilidad del operador de transporte multimodal, la cual, dispone:

*“Artículo 6.- **La responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal por las mercancías abarca el período comprendido desde el momento en que toma las mercancías bajo su custodia hasta el momento que las entrega.***

*Artículo 7.- **El Operador de Transporte Multimodal será responsable de las acciones y omisiones de sus empleados o agentes en el ejercicio de sus funciones, o de las de cualquier otra persona a cuyos servicios recurra para el cumplimiento del contrato, como si esas acciones u omisiones fuesen propias.***

*Artículo 9.- **Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 11 y 13 a 19 de la presente Decisión, el Operador de Transporte Multimodal será responsable de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en su entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia, en los términos del artículo 6, a menos que pruebe que no medió culpa o negligencia de su parte, ni de parte de sus empleados, agentes o cualquiera otra de las personas señaladas en el artículo 7, para ocasionar la pérdida, el daño o el retraso, o contribuir a ello.*** (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, es del caso atender las voces del artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000³, 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.

Aunado a ello, se tiene, que las disposiciones en cita, son suficientes para desvirtuar el argumento expuesto en la sentencia apelada, referente a que la autoridad aduanera está haciendo una aplicación extensiva a los operadores de

³ Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999

transporte multimodal de la sanción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

En primer lugar, porque el mismo artículo 372 de dicho compendio normativo, que describe las responsabilidades del operador de transporte multimodal, señala claramente que entre ellas se cuenta el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, situación que sin lugar a dudas permite inferir que el traslado de la mercancía de la aduana de partida a la aduana de destino corresponde realizarlo a dichos operadores.

En segundo lugar, porque el artículo 374 *ibidem*, dispone expresamente que el transporte de la mercancía en esta modalidad debe realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador, dejando abierta la posibilidad de subcontratar a una empresa transportadora para que le preste este servicio, sin que ello dé lugar a la exoneración de cualquier responsabilidad por la pérdida de la mercancía durante el recorrido entre la aduana de partida y la de destino.

Y en tercer lugar, porque es el mismo ordenamiento jurídico aduanero el que permite aplicar todas las disposiciones concernientes al régimen de tránsito aduanero a los operadores de transporte multimodal, entre las que figuran las sanciones que se pueden imponer a los transportadores en virtud del incumplimiento del referido régimen.

Advierte la Sala, que los preceptos nacionales y supranacionales transcritos, confluyen en establecer de forma clara que el operador de transporte multimodal tiene las mismas obligaciones correspondientes a quienes se encuentran bajo el régimen de tránsito aduanero, es decir, es responsable tanto de la entrega de las mercancías en la aduana de destino como de la entrega de los documentos que la respaldan dentro del término señalado por la DIAN.

Esto último es necesario, no para el lleno de un mero formalismo, sino porque le permite a la anotada entidad tener certeza respecto del cumplimiento de la responsabilidad que le compete a cada uno de los obligados aduaneros, incluidos los operadores de transporte multimodal, para así establecer la ocurrencia de la infracción aduanera y la sanción a imponer.

En este orden de ideas, se puede afirmar, que la normativa andina no contraría de manera alguna las disposiciones dadas por el Estatuto Aduanero en cuanto al procedimiento administrativo que debe cumplirse para imponer sanción por la comisión de una infracción administrativa aduanera.

Por las anteriores razones, se tiene, que este cargo de la apelación no tiene vocación alguna de prosperar.

- **¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?**

Como fue explicado precedentemente, el régimen aduanero bajo estudio culmina, entre otras situaciones, por la entrega de la mercancía con menos peso, tratándose de mercancía a granel, o cantidad de la descrita en la declaración de tránsito aduanero, es decir, con el incumplimiento del operador de transporte multimodal.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la conducta sancionable que se le endilga o, si por el

contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.6 expediente administrativo: Continuación de Viaje 0004148 de 17 de junio de 2004 con número de aceptación 2506 de 19 de junio de 2004, en la que consta que la mercancía sometida a dicha modalidad consta de dos mil ciento setenta (2.170) bultos, con un peso bruto de 14.342 kg.

-fl.7 expediente administrativo: Documento Andino de Transporte Multimodal 01409263/0 de 17 de junio de 2004, en el que se señala que la mercancía importada consta de dos mil ciento setenta (2.170) bultos, con un peso registrado de 14.342 kg, consignada a Top Plaza Corporation, JAS Forwarding de Colombia S.A., Zona Franca de Bogotá de Colombia y Carga Directa OTM S.A.

-fl.16 expediente administrativo: Aviso de Envío de Continuación de Viaje de 21 de julio de 2004, en el que se registra a la mercancía como un (1) sólo bulto y un peso de 14.110 kg.

-fl.18 expediente administrativo: Planilla de Recepción 4720041000048687 de 24 de junio de 2004, en la que se reseña que la mercancía objeto de discusión arribó a la aduana de destino con dos mil ciento sesenta y nueve (2.169) bultos y un peso de 14.000 kg, resaltando el faltante de un (1) bulto respecto de los consignados en la continuación de viaje y demás documentos de transporte.

-fl.20 expediente administrativo: Documento de Transporte "*Bill of Lading*" 01409263/0, en el que se registra que la mercancía objeto de controversia consta de dos mil ciento setenta (2.170) bultos, con un peso de 14.342 kg, consignada a Top Plaza Corporation, JAS Forwarding de Colombia S.A., Zona Franca de Bogotá de Colombia y Carga Directa OTM S.A.

-fi.35 expediente administrativo: Acta de Inventario e Inconsistencias 3460 de 22 de junio de 2004, suscrita por funcionarios de las Compañías Zona Franca de Bogotá S.A., Tráficos y Fletes S.A., y JAS Forwarding de Colombia S.A., en la que se reseña que la mercancía objeto de controversia llegó a la aduana de destino con dos mil ciento sesenta y nueve (2.169) bultos y un peso de 14.000 kg, poniendo de relieve el faltante de un (1) bulto.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia registrada en la Continuación de Viaje 0004148 de 17 de junio de 2004 con número de aceptación 2506 de 19 de junio de 2004, constaba de dos mil ciento setenta (2.170) bultos, con un peso bruto de 14.342 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Documento de Transporte "*Bill of Lading*" 01409263/0 y en el Documento Andino de Transporte Multimodal con igual serie, lo que permite inferir a esta Sala que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por dos mil ciento setenta (2.170) bultos.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Carga Directa OTM S.A., pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, lo que evidencia la existencia de inconsistencias entre los datos consignados en la continuación de viaje y demás documentos de transporte y la mercancía recibida, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2º del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibidem*.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por la parte recurrente, se debe precisar que el hecho de que los precintos con los cuales fue sellado el contenedor en el que se embaló la mercancía para ser transportada, hayan llegado en buen

estado, no indica que el operador de transporte multimodal se encuentre exonerado de la responsabilidad derivada del faltante de bultos que se registró y comprobó en la aduana de destino, puesto que lo primero constituye una obligación adicional a la de entregar la mercancía en las mismas condiciones a las recibidas, cuyo incumplimiento da origen a una sanción diferente a la analizada en el asunto de marras.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones⁴:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002⁵, 22 de abril de 2004⁶ y 2 de marzo de 2006⁷ y al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala:

«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al arribar la mercancía a la ciudad de Medellín, que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9.330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 1027 del C. de Co. establece que “Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como 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.

⁴ 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

⁵ Expediente 7165 M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero

⁶ Expediente 7791 M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade

⁷ Expediente 8471 M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo

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.⁸

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto.

Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el

⁸ Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002, Magistrada Ponente, doctora Olga Inés Navarrete Barrero

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 ostentu el mismo valor del manifiesto de carga. Si bien es cierto que en el caso de éste último es la empresa transportadora quien expide el documento y, por ende, es responsable de la veracidad del contenido del mismo, aunque en el caso en estudio no fue la actora quien elaboró y presentó ante las autoridades aduaneras la Declaración, no por ello puede eximirse de responsabilidad frente a la contravención aduanera que se le imputa.. »
(negrilla fuera de texto)*

Para la Sala, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en esta última.

La actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante habida cuenta de que realizó el tránsito aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, sin inventariar y con el peso que figuró en Cartagena

Para la Sala no es válido el argumento expuesto por la actora, pues fue precisamente esta la omisión que acarreó la sanción. Como quedó visto, para que la actora en su calidad de transportadora pudiera exonerarse de responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba con que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la Aduana de Partida (Cartagena). Era indispensable poner en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento, la diferencia advertida y que en la DTA se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.” (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora de entregar la mercancía completa conforme la recibió en la aduana de partida, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Por otro lado, debe precisarse que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que en los actos demandados se desconoció la doctrina de la DIAN referente a que la mercancía transportada en un solo contenedor es considerada como un bulto, sustentada en el contenido de la Circular 0188 de 2000, expedida por la DIAN.

Frente a ello se debe precisar, que si bien es cierto en ella se establece que “...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...”, no lo es menos que el alcance que se le dio a dicho concepto se limita precisamente a esa actuación, esto es, al informe de inconsistencias previsto en el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, pero no puede hacerse extensivo a la concepción de bulto prevista en el régimen sancionatorio aduanero, específicamente para las situaciones enlistadas en el artículo 497 *ibídem*, atendiendo el postulado del artículo 27^o del Código Civil.

⁹ Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que cuando la importación de una mercancía está soportada en documentos de transporte dirigidos a varios consignatarios dicha postura no es aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 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 comparado en un solo documento de transporte...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al revisar la documentación aportada al expediente de la referencia, se puede verificar, que en el Documento Andino de Transporte Multimodal 01409263/0 de 17 de junio de 2004 (fl.7 expediente administrativo), se señala claramente en la casilla 3 que la mercancía va consignada a orden de Top Plaza Corporation, JAS Forwarding de Colombia S.A., Zona Franca de Bogotá de Colombia y Carga Directa OTM S.A., lo que pone de relieve que está dirigida a más de un consignatario. De igual manera, en la casilla 3 del Documento de Viaje B/L 01409263/0 (fl.20 expediente administrativo), se encuentra registrado que la mercancía está a nombre de las sociedades previamente mencionadas, lo cual, ratifica lo antes dicho.

En ese orden de ideas, se colige, que el contenedor donde se transportaba la mercancía objeto de controversia no puede ser considerado como un bulto, puesto que no reúne los requisitos legales establecidos en la disposición en comento.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la omisión en que incurrió el operador de transporte multimodal en advertir desde un inicio el faltante de

bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de dos mil ciento setenta (2.170) bultos y no de dos mil ciento sesenta y nueve (2.169) tal como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, especificada la infracción aduanera en la que incurrió la parte actora y atendiendo que una de las inconformidades que edifican la apelación la hace consistir en la falta de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la infracción, analizará la Sala si hay razones que desdibujen la decisión de la administración aduanera al tasar la referida multa.

Para la infracción aduanera en que incurrió la sociedad actora, que es la contemplada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, la norma faculta a la administración para imponer una sanción equivalente a setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes al propietario, tenedor, poseedor o a quien se haya beneficiado en la operación o, a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías o, a quien de alguna manera intervino en dicha operación.

Así las cosas, no es dable imponer la sanción a prorrata de los copartícipes en atención a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, dado que estos son atributos de valor y no pueden ser objeto de análisis por la autoridad, salvo que la misma norma que tipifique la infracción establezca una gradualidad en su aplicación, lo que no sucede frente al artículo 497 *ibidem*.

Finalmente, se considera, que las condiciones contractuales privadas que tienen que ver con la modalidad bajo la cual se celebra el contrato de transporte con el importador, no son oponibles a la autoridad aduanera en el ejercicio de su potestad de control sobre las operaciones aduaneras en el país, ya que se trata de una actividad legalmente regulada en el ordenamiento

jurídico colombiano, como quedó explicado suficientemente en párrafos anteriores.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 27 de septiembre de 2011 emitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Carga Directa OTM, contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-006-2006-00033-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1370
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: JUDITH ESTELA JIRADOP BALLESTAS
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2004-01032-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**
Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Judith Estela Jirado Ballestas**
Demandado: **ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación**
Expediente: **13-001-23-31-001-2004-01032-00**

Agotado como se encuentra el trámite de la presente acción, procede la Sala a emitir decisión de fondo.

1. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La señora Judith Estela Jirado Ballestas, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad las Resoluciones 053 de 16 de diciembre de 2003, por medio de la cual se pronunció sobre las reclamaciones laborales dentro del proceso de liquidación de la misma, desconociendo los derechos laborales y, la 036 del 30 de marzo 2004, por medio de la cual se desató el recurso de reposición.

A título de restablecimiento, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de lo siguiente: a) Reliquidación de los salarios correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1999; agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2001; abril, mayo y junio de 2000; febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2003, en los que se incluya los recargos de horas extras diurnas, nocturnas, días domingos y festivos, b) reliquidación del retroactivo de 2000, 2001, 2002 y 2003, c) Reconocimiento y pago del 50% del salario correspondiente al mes de enero de 2003, d) reliquidación primas de servicios de los años 2001,2002 y 2003, e) reliquidación prima de navidad de los años 1999 y 2001, f) reliquidación de la prima de alimentación del año 2003, h) reliquidación, reconocimiento y pago de la bonificación por antigüedad de los años 1999,2002 y 2003, i) reconocimiento y pago del subsidio familiar del año 1998 a 2003, j) reconocimiento y pago de la prima de vacaciones de 2001 y 2003, k) reconocimiento y pago de la prima de alimentación de los años 1999 a 2003, l) reconocimiento y pago de la bonificación por recreación de los años 1999 a 2003, m) reconocimiento y pago del subsidio de transporte de los años 1999 a 2003, n) bonificación por servicios prestados correspondiente a los años 1999,2001,2002 y 2003, o) Reliquidación de las cesantías causadas desde 1978 hasta el año en que se trasladó al sistema de la Ley 50 de 1990, p) indemnización moratoria, q) reconocimiento y pago de los intereses anuales de la cesantías desde 1997, r) reliquidación y pago de las demás prestaciones y acreencias laborales, s) reconocimiento y pago de una indemnización igual a la que se le reconoce a un funcionario de carrera .

Que se le reconozcan intereses moratorios a sobre lo siguiente: a) acreencias laborales pagadas extemporáneamente desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta cuando efectivamente se cancelaron, b) acreencias reconocidas en las liquidaciones derivadas de las resoluciones demandadas, desde que se hicieron exigibles, pero aún no pagadas, hasta que se paguen efectivamente, c) las demás acreencias laborales distintas a las ya reconocidas.

Indexación de todas las acreencias con fundamento en el artículo 178 del C.C.A.

Se condene en costas a la parte demandada.

3. HECHOS.

Los hechos planteados por la actora pueden resumirse de la siguiente manera:

La señora Judith Estela Jirado Ballestas, ingresó a laborar en la ESE Hospital Universitario de Cartagena, en el cargo de enfermera, desde el 1 de mayo de 1978 hasta el 27 de agosto de 2003, fecha en que el agente liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, le comunicó que quedaba retirada del servicio, por supresión del cargo, de acuerdo a la Resolución 002 de 22 de agosto de 2003.

Mediante Resolución 1021 de 25 de julio de 2003, la Superintendencia Nacional de Salud, previa intervención administrativa, ordenó el inicio de la toma de posesión para liquidar la ESE demandada. Por auto 001 de 6 de agosto de 2003, el agente liquidador de la demandada, ordenó el emplazamiento sobre el inicio del proceso liquidatorio, invitando a quienes tuvieran reclamaciones para que las presentaran dentro del término de ley, por lo que la actora presentó sus acreencias y reclamaciones laborales.

El agente liquidador de la ESE, mediante Resolución 053 del 16 de diciembre de 2003, aceptó parcialmente las reclamaciones presentadas por la actora, razón por la cual interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante Resolución 036 de 30 de marzo de 2004, acto que a pesar de despachar favorablemente algunos de los aspectos objetos del recurso respectivo, no hace un pronunciamiento respecto de los puntos negados o sobre de los actos demandados.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala que con la expedición de los actos acusados se han vulnerado normas de carácter constitucional, como el preámbulo de la Constitución Política de Colombia; el artículo 1º que prescribe que al país como un Estado Social de Derecho; el artículo 4 que pregona la supremacía de las normas constitucionales sobre otras normas; el artículo 13 que establece el derecho a la igualdad, el que considera violado por el agente liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, por no reconocer derechos plenos y absolutos, con claros y expresos fundamentos legales, como las acreencias laborales de la actora.

Considera violado además, el artículo 25 superior que consagra el derecho al trabajo, en el entendido de que el mismo no sólo implica la oportunidad de acceder a un puesto de trabajo, sino también a gozar de los beneficios que conlleva el trabajo, como es la retribución y el derecho a las prestaciones sociales que de él se desprenden.

Violación de normas legales

Al respecto, afirma que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, la demandante era empleada pública, y como tal, su régimen de prestaciones sociales está reglamentado por la Ley 335 de 1968, Decreto 1045 de 1978 y otras disposiciones.

Manifiesta además que, el salario que es la piedra angular de la relación laboral, fue desconocido en más de una ocasión por la demandada, tanto en la asignación básica, como en los factores diferentes que constituyen salario. En cuanto a la prima de navidad, señala que, la demandada no pagó ni ha pagado esta acreencia dentro de la fecha correspondiente, aunque está reconocida parcialmente, en clara violación del Decreto 1042 de 1978, ya que no tomó para efectos de la liquidación de esa prestación, todos los factores correspondientes y, además, los que tomó los hizo con valores desactualizados, produciéndose un deterioro patrimonial injustificado para la demandante. El mismo argumento, lo sostuvo respecto de la prima de servicios, la prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados, prestaciones éstas que no fueron reconocidas o fueron reconocidas parcialmente en las resoluciones demandadas.

En cuanto al incremento salarial por antigüedad, manifiesta que en virtud del Decreto 540 de 1977, la actora tenía derecho al reconocimiento del mismo, pero la demandada le adeuda el pago correspondiente desde el año de 1999. De igual manera se refiere respecto de la bonificación de recreación, pues afirma que ese factor no salarial fue desconocido por la demandada, desde el año 1999, hasta el momento de su desvinculación. Lo mismo se desprende de otras prestaciones, tales como el auxilio de transporte y la prima de alimentación.

Sobre las cesantías e intereses de cesantías, aduce que, los mismos no fueron reconocidos teniendo en cuenta todos los factores salariales para tal fin. Adicionalmente, sostiene que, desde el año 1997, a la accionante le era aplicable el sistema de cesantías de los fondos privados, regulados por la Ley 50 de 1990, en concordancia con los artículos 2, 3 y correspondientes del Decreto 1582 de 1998, el primero regula lo atinente a las cesantías, incluida la sanción por la no consignación oportuna, y el segundo hizo viable la aplicación del sistema de fondos privados a los servidores públicos.

Por último sostiene que al tener la calidad de empleada pública y por estar su cargo dentro de los clasificados como de carrera administrativa, tenía derecho a solicitar su inscripción, por lo tanto se le debe reconocer una indemnización de acuerdo a lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1223 de 1993, modificado por el Decreto 2311 de 1997, en el cual se contempla el pago de 45 días de salarios por el primer año laborado y 40 días adicionales por cada año subsiguiente.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 2 de agosto de 2004 (fl. 10), y admitida por este Despacho, mediante providencia del 11 de mayo de 2005 (fl. 80), término dentro de la cual se dispuso la notificación personal del Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, así como la del Agente del Ministerio Público, se fijó en lista para dar oportunidad que fuera contestada, entidad que a través de apoderado judicial contestó la demanda (fls. 86-101), así:

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda por estimarlas carente de soporte fáctico y frente a los hechos se pronuncia diciendo que algunos no le constan y que otros no son ciertos, puesto que a su juicio constituyen apreciaciones subjetivas de la parte demandante, y resalta que los actos administrativos demandados fueron expedidos con observancia del ordenamiento jurídico y por funcionario legalmente competente.

Así mismo, propuso las siguientes excepciones:

a) **Pago:** Expresa que la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación reconoció a la demandante una acreencia valor de \$83.811.152.00 según lo dispuesto en Resoluciones 053 de diciembre 16 de 2003, 057 de diciembre 30 de 2003 y 036 de marzo 30 de 2004; razón por la cual no debe suma alguna a la accionante.

b) **Compensación:** En el hipotético caso que se declare vencida la entidad demandada, solicita sean compensadas las sumas que se dispongan en la condena con los pagos efectuados por la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación por concepto de liquidación.

c) **Legalidad de los actos que se solicitan declarar nulos:** Esboza que los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho, porque el Gobierno Nacional a través de la Superintendencia de Salud, dispuso mediante Resolución No. 1021 de 2003 dar por terminada la intervención administrativa que existía sobre la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena y ordenó dar inicio a la toma de posesión para su liquidación definitiva.

En consecuencia estima que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico, en razón de que no se violó ni vulnero derecho alguno.

d) **Caducidad:** Señalando que transcurrieron más de cuatro (04) meses desde la firmeza de las Resoluciones 053 de diciembre 16 de 2003 y 036 de marzo 30 de 2004 y la interposición de la demanda.

e) **Prescripción:** Aduce que los conceptos laborales que solicita la demandante se encuentran prescritos por haber transcurrido más de los tres (03) años de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

f) **Buena Fe:** Manifiesta el accionado que a la parte demandante le corresponde y no lo ha hecho, desvirtuar que las gestiones del agente liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena - hoy en liquidación, no fueron o han sido de buena fe, logrando resquebrajar de esta manera la presunción que le asiste constitucionalmente. Por el contrario, aquí se ha demostrado prolijamente que la demandada dictó los actos acusados sin violar el régimen legal.

g) **Cobro de lo no debido:** Esgrime que en atención a que la parte demandante carece de fundamentos fácticos y legales para acceder a sus pretensiones, estaría pretendiendo el pago de sumas de dinero que no adeuda la demandada, el cual configura con meridiana claridad, y que podría generar un enriquecimiento sin causa en detrimento del patrimonio estatal.

h) **Enriquecimiento sin causa:** Esta excepción la propone respecto de las posibles condenas que puedan generarse contra la parte accionada, como consecuencia directa de la prosperidad de la anterior excepción, pues al carecer el demandante de fundamentos fácticos y legales para acceder a los conceptos reclamados, estaría recibiendo sumas de dinero no debidas, que podría generar un enriquecimiento sin causa en detrimento del patrimonio de la demandada, que es una entidad de derecho público y debe ser salvaguardada por todos los ciudadanos, y en especial por los jueces de la República.

i) **Improcedencia del pago de indexación, intereses y costas:** Manifiesta que en cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 que supone el ingrediente de "mala fe" por parte del patrono conforme a lo establecido por vía jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es pertinente advertir que dicha disposición no es aplicable al caso que nos ocupa, por cuanto que la normatividad que rige el proceso liquidatorio contenida en el Decreto Ley 663 de 1993, en la Ley 510 de 1999 y en el Decreto 2211 de 2004 se aplica en forma preferente, por ser un régimen especial que ordena el cumplimiento de una serie de etapas, tales como: emplazamiento a acreedores, presentación de acreencias, calificación y graduación de acreencias, resolución de recursos de reposición, y disponibilidad presupuestal para proceder al pago conforme a las reglas de prelación de créditos establecida en el Código Civil.

Expone igualmente que sería improcedente el reconocimiento de la figura de la indexación e intereses moratorios dentro del proceso de liquidación

obligatoria de una Empresa Social del Estado, en atención a los principios que rigen dicho proceso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 95 de 1980 y el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil.

En síntesis estima que la indemnización moratoria, la indexación y el reconocimiento de intereses, no es posible aplicarla al proceso liquidatorio, ya que existen normas especiales que regulan la oportunidad del reconocimiento y pago de acreencias dentro de este proceso.

Por auto del 23 de julio de 2007, el Despacho abrió a pruebas el proceso de la referencia (fls. 137-138), mediante providencia de 9 de mayo de 2013 (fl. 239), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de diez (10) días, vencidos los cuales el procesó a la Agencia del Ministerio Público para que el Procurador delegado ante esta Corporación emitiera su concepto si a bien lo tenía.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte demandada, confirma los fundamentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

Hecho el anterior recuento, procede la Sala a decidir el presente asunto, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

Inicialmente procede la Sala a resolver las excepciones propuestas por la entidad accionada antes de hacer el análisis de fondo del presente asunto, toda vez que de prosperar enervarían las pretensiones de la demanda.

1. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES

El apoderado judicial de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación propuso las siguientes excepciones:

- a) Pago
- b) Compensación
- c) Legalidad de los actos acusados
- d) Buena fe
- e) Caducidad
- f) Prescripción
- g) Cobro de lo no debido
- h) Enriquecimiento sin causa
- i) Improcedencia del pago de indexación, Intereses y Costas.

De las anteriores excepciones propuestas por la entidad demandada, la Sala estudiará en primer lugar, antes de entrar a resolver el fondo del asunto, la de caducidad de la acción, toda vez que ésta constituye un presupuesto procesal, que de prosperar hace inocuo un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la excepción propuesta, el apoderado de la parte demandada afirma que, revisada la actuación, se puede observar que la acción está caducada por haber pasado más de cuatro (04) meses, desde la firmeza de las Resoluciones 053 de 16 de diciembre de 2003 y 036 de 30 de marzo de 2004.

Al respecto, debe la Sala precisar que, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo que se refiere a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dispone:

"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”.

En el presente caso, se demandan actos administrativos mediante los cuales se reconocieron ciertas prestaciones sociales, que a juicio de esta Sala no tienen el carácter de periódicas. De acuerdo con lo anterior, la demanda de la referencia fue presentada en tiempo, toda vez que, de los actos administrativos demandados, el que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante, fue expedido el 30 de marzo de 2004 y notificado el 5 de abril del mismo año (fl. 76), siendo la demanda presentada el 5 de agosto de 2004 (fl. 10), es decir, dentro del término de cuatro (04) meses que para la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contempla el artículo 136 ibídem.

Por tanto, no hay lugar a declarar la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada.

Por encontrarse las demás excepciones formuladas, directamente relacionadas con el fondo del asunto, la Sala se pronunciará sobre ellas en el contenido del fallo que ponga fin al proceso.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se debe establecer si la señora Judith Estela Jirado Ballestas, en calidad de ex trabajadora de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales reclamadas, que afirma dejó de pagar la entidad demandada, y si en consecuencia, es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

3. RÉGIMEN NORMATIVO

Para resolver el problema jurídico planteado, como primera medida, resulta pertinente destacar que la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, en su artículo 194 señaló que, la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en dicha ley.

Del texto de las Leyes 100 de 1993 y 10 de 1990, se colige que, en la estructura administrativa de las entidades que prestan los servicios de salud, tanto nacionales como territoriales o de sus entidades descentralizadas, por regla general, los empleos de la planta de personal son de carrera, exceptuándose los cargos de dirección y representación.

La liquidación de las Empresas Sociales del Estado, proveniente de la intervención hecha por la Superintendencia de Salud, está contemplada en la Ley 715 de 2001, según la cual, por disposición legal de dicha entidad en uso de su facultad de inspección y vigilancia, puede intervenir forzosamente a las entidades prestadoras del servicio de salud respecto de las cuales ejerza vigilancia; intervención que puede ser para administrar o liquidar de acuerdo con las condiciones específicas de cada entidad, debiendo primero cumplir una primera etapa tendiente a restablecer el normal funcionamiento de la entidad. Lo que indica que, es la Superintendencia Nacional de Salud quien en calidad de interventor debe vigilar y establecer los procedimientos para la intervención y liquidación de las instituciones del sector salud.

Adicionalmente, el procedimiento a observar cuando se dispone la liquidación de una empresa prestadora de servicio de salud es el contemplado en el

Decreto 663 de 1993, el cual respecto al régimen aplicable al liquidador, dispone que el mismo será el encargado de *dar por terminados los contratos de trabajo*, haciendo referencia a la finalización de todos los vínculos laborales de los trabajadores, de la correspondiente entidad.

Por tanto, el liquidador se encuentra facultado para suprimir la planta de personal de la entidad a liquidar, respecto de aquellos cargos que no sean necesarios para el proceso liquidatorio. Una consecuencia que trae consigo la supresión de la planta personal, es el pago de las acreencias laborales y la liquidación de las prestaciones definitivas a todos los trabajadores desvinculados, teniendo en cuenta para ello, solamente aquellos factores salariales que cada trabajador efectivamente hubiera devengado, lo que indica que en caso de que no se encontraran debidamente acreditados ciertos factores salariales, los mismos no serán tenidos en cuenta para la liquidación definitiva de prestaciones sociales.

4. CASO CONCRETO

Los documentos que fueron allegados al proceso, para su valoración probatoria, permiten a la Sala concluir lo siguiente:

La señora Judith Jirado Ballestas, laboró en la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena, desde el primero (1º) de mayo de 1978 hasta el 27 de agosto de 2003, desempeñando el cargo de enfermera. (fl. 169).

Mediante Resolución 1021 de 25 de julio de 2003, la Superintendencia Nacional de Salud, resolvió dar por terminada la intervención administrativa sobre el Hospital Universitario de Cartagena Empresa Social del Estado, y ordenó el inicio de la toma de posesión para su liquidación. (fls. 115-135)

Por Resolución 002 de 22 de agosto de 2003 (fls.201-202), el Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación,

suprimió de la planta de personal de dicha entidad, varios cargos, debido a que no se requerían para adelantar la liquidación. Entre esos cargos, se encontraba el de enfermero, desempeñado por la actora.

El Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, el 27 de agosto de 2003, mediante oficio 102 (fl. 11), informó a la demandante que quedaba retirada del servicio, por haberse suprimido el cargo que ella desempeñaba. Así mismo, se le indicó que para el pago de los salarios y prestaciones sociales que legalmente le adeudara el hospital, debía presentar la respectiva reclamación con los soportes pertinentes, durante el término de veinte días, contados a partir del 25 de agosto de 2003, hasta el 22 de septiembre del mismo año.

El 10 de septiembre de 2003, la demandante, presentó la solicitud de pago de acreencias laborales, ante el agente liquidador de la entidad demandada (fls. 12-14).

Por Resolución 053 de 16 de diciembre de 2003 (fls. 37-49), el Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, resolvió sobre las solicitudes de acreencias laborales presentadas por los empleados de dicha entidad, aceptando algunas y rechazando otras.

En cuanto a la accionante, del Anexo No. 1, correspondiente a la Resolución 053 de 16 de diciembre de 2003 (fl. 36), se desprende que, la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, le reconoció las sumas que a continuación se indican:

RECLAMANTE	CUANTIA SOLICITADA	DEUDA SALARIO S	CESANTIAS	DESCUENTOS	NETO A PAGAR	DEUDA PRESCRITA	NETO SALARIO S	TOTAL A PAGAR
MAOOLA MARRLAGA TEHERÁN		41.927,136	35.581.940		77.509,076	0	41.927136	77.509,076

Los conceptos tenidos en cuenta para el pago de dicho reconocimiento, fueron los siguientes (folios 173-174):

DESCRIPCIÓN CONCEPTOS	VALOR \$
SUELDO JULIO 1999	1.211.458
SUELDO AGOSTO 1999	1.200.031
SUELDO SEPTIEMBRE 1999	1.255.646
SUELDO OCTUBRE 1999	999.407
SUELDO NOVIEMBRE 1999	999.407
RETROACTIVO 2000	1.701.192
PRIMA DE SERVICIO 2001	1.139.085
SUELDO AGOSTO 2001	1.189.529
SUELDO SEPTIEMBRE 2001	1.189.529
SUELDO OCTUBRE 2001	1.189.529
SUELDO NOVIEMBRE 2001	1.189.529
SUELDO DICIEMBRE 2001	1.189.529
RETROACTIVO 2001	475.078
PRIMA DE NAVIDAD 2001	2.018.447
DEJADO DE PAGAR ENERO 2002	0
DEJADO DE PAGAR FEBRERO 2002	0
DEJADO DE PAGAR MARZO DE 2002	0
SUELDO ABRIL 2002	1.406.780
SUELDO MAYO 2002	3.753.371
SUELDO JUNIO DE 2002	1.469.232
PRIMA DE SERVICIO 2002	1.155.888
RETROACTIVO 2002	635.179
DEJADO DE PAGAR SEPTIEMBRE 2002	180.300
DEJADO DE PAGAR OCTUBRE 2002	0
DEJADO DE PAGAR NOVIEMBRE DE 2002	479.764
DEJADO DE PAGAR DICIEMBRE DE 2002	310.690
DEVOLUCIÓN RET. P. NAVIDAD	218.500
DEJADO DE PAGAR ENERO 2003	1.402.062
DEJADO DE PAGAR FEBRERO 2003	423.317
SUELDO MARZO 2003	1.402.062
SUELDO ABRIL 2003	1.637.441
SUELDO MAYO 2003	1.920.903
SUELDO JUNIO 2003	1.471.372
SUELDO JULIO 2003	2.985.680
SUELDO AGOSTO 2003	1.133.785
PRIMA DE SERVICIOS 2003	1.280.958
AUXILIOS EDUCATIVOS	1.948.492
PRIMA DE ALIMENTACIÓN	0

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante: Judith Jirado Ballestas
 Demandado: ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liq.
 Expediente: 13-001-23-31-001-2004-01032-00

AUXILIO FUNERARIO Y/O M.M.	0
DEVOLUCIÓN DE EMBARGOS	0
	41.927.136

POR CONCEPTO DE CESANTÍAS Y PRESTACIONES SOCIALES: 36.195.194(fl.169)

Contra la mencionada resolución, varios de los empleados de la demandada presentaron recursos de reposición¹, los cuales fueron resueltos mediante la Resolución 036 de 30 de marzo de 2004 (fls.126-162), en la que se explican los factores que se tuvieron en cuenta para la liquidación definitiva de prestaciones sociales, y la forma en que aplicaron los mismos. En dicha resolución, se le reconoció a la señora Judith Jirado Ballestas, la suma de \$6.302.076 por concepto de reliquidación. (fl. 19).

En el cuadro descriptivo de los conceptos reconocidos en la mencionada resolución, se encuentra:

SUELDO JULIO 1999	0
SUELDO AGOSTO 1999	0
SUELDO SEPTIEMBRE 1999	0
SUELDO OCTUBRE 1999	0
SUELDO NOVIEMBRE 1999	0
RETROACTIVO AÑO 2003	834.945
AUXILIOS EDUCATIVOS 2002 y 2003 SOPORTADOS	0
DIFERENCIA PRIMA DE ALIMENTACIÓN 2003	61.040
AUXILIO FUNERARIO Y/O M.M.	0
DEVOLUCIÓN DE EMBARGO	
BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD	2.238.812
DOTACIÓN DE UNIFORMES 1997 A 2003	0
DIFERENCIA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA ANTERJOR	3.228.319
INDEMNIZACIÓN POR CARRERA ADM.	0
VALOR RECONOCIDO RES. 036/30-03-04	6.302.076
VALOR RECONOCIDO RES.053/03 y 057/03	77.509.076
TOTAL DEFINITIVO	83.811.152

¹ Folio 18.

A folio 169-170 del expediente, aparece la liquidación definitiva de prestaciones sociales de la demandante, desde el 1º de mayo de 1978, hasta el 27 de agosto de 2003. Los factores que se tuvieron en cuenta para dicha liquidación fueron:

Salario básico: \$1.456.909

Auxilio de Transporte \$ 0

Prima de alimentación \$0

Bonificación por servicios \$509.918

Prima de servicios \$1.384.249

Prima de vacaciones \$1.499.604

Prima de navidad \$2.539.403

Lo anterior permite suponer que, los factores salariales que se tuvieron en cuenta para la liquidación definitiva de prestaciones sociales, son efectivamente los que devengaba la demandante, por cuanto no media prueba en el plenario que permita inferir la causación de tales emolumentos, siendo que la carga probatoria recae sobre la parte demandante conforme lo expuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, no puede reclamar la actora la reliquidación de las prestaciones, toda vez que, no acreditó en el proceso que no le hubiesen sido liquidadas la totalidad de los factores salariales realmente devengados.

De igual manera, se demostró que las cesantías reconocidas y pagadas a la accionante se liquidaron teniendo en cuenta los factores salariales por ella devengados, por lo que lo pretendido en cuanto a este aspecto, tampoco tiene asidero jurídico.

En relación con la indemnización por supresión del cargo de carrera que ocupaba la demandante, no cabe duda que era un empleo de carrera, conforme a lo dispuesto en la Ley 10 de 1990 y la naturaleza misma de las funciones

constitutivas de dicho empleo; con todo, el sólo desempeño de un cargo de carrera, no implica necesariamente que se sea titular de los derechos derivados de pertenecer al sistema de méritos, derechos que surgen del cumplimiento de una serie de requisitos legalmente establecidos, entre ellos, los requeridos para ser registrados extraordinariamente, cuando no se ha tenido acceso a los mismos, en virtud de concurso.

Desde luego, la indemnización que procura la demandante en razón de la omisión en que incurrieron los funcionarios de la ESE Hospital Local Universitario de Cartagena y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al no inscribirla en carrera administrativa, es improcedente reconocerla, por cuanto la desatención que se imputa no tiene asidero en los actos administrativos demandados, sino en actuaciones que deberán ser analizadas y acreditadas a través del medio procesal adecuado.

En síntesis, se estima que la entidad demandada liquidó las prestaciones sociales adeudadas a la demandante, tomando como base para ella los factores salariales efectivamente devengados, circunstancia que indica que los actos administrativos demandados, fueron expedidos de conformidad con el ordenamiento legal, ya que no se encuentra acreditado, que su salario promedio estuviera integrado por factores adicionales.

En consecuencia, puede aseverar esta Sala de Decisión que, el Agente Liquidador del Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, cumplió con las obligaciones legalmente conferidas dentro del proceso liquidatorio de la entidad demandada, pues a él le correspondía dar por terminada las relaciones laborales que tuviera la entidad con el personal cuyos servicios no fueran necesarios para el proceso liquidatorio, y como consecuencia de ello reconocer y pagar las prestaciones sociales adeudadas a la actora, como trabajadora de la entidad liquidada, en los términos y con los valores correspondientes, es decir, los que efectivamente devengó.

Por todo lo hasta aquí considerado, concluye la Sala que, los actos administrativos demandados fueron expedidos de conformidad con las normas aplicables, que no logró la actora desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos, y que en consecuencia no se han violado las normas constitucionales y legales invocadas. Por tanto, no hay lugar a declarar la nulidad de los actos demandados.

Por último, no habrá condena en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandante.

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

III. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Judith Jirado Ballestas, contra la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los remanentes a los que hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Judith Jirado Ballestas
Demandado: ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liq.
Expediente: 13-001-23-31-001-2004-01032-00

LOS MAGISTRADOS



JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-23-31-001-2004-001032-00



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1371
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR :	JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: OSWALDO VICENTE PICO NEGRETE
DEMANDADO	: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2012-00156-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Oswaldo Vicente Pico Negrette
**Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-
CASUR**
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00156-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de mayo de 2013 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

El señor Oswaldo Vicente Pico Negrette, 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 de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES.

Que se declare la nulidad del Oficio 5294/GAG-SDP de 18 de agosto de 2011, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual negó al actor el reajuste de su asignación de retiro por concepto de la variación del porcentaje para el cómputo de la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento le sea reajustada y pagada la prima de actividad de acuerdo a lo dispuesto en los Decretos 2863 del 2007 y 4433 del 2004.

Así mismo solicita se ordene pagar las diferencias que resulten entre lo que se ha venido pagando y lo que se determine pagar en sentencia por no haber reajustado la prima de actividad.

3. HECHOS.

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

El señor Oswaldo Pico Negrette, prestó sus servicios a la Policía Nacional, y le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución 3293 de 6 de septiembre de 1977.

Manifiesta que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no incrementó el porcentaje de su prima de actividad, como lo indican los Decretos 2863 del 2007 y 4433 de 2004. Señala que con la anterior situación, ha visto disminuida su asignación de retiro configurándose de esa manera una clara violación y desconocimiento del principio de oscilación e igualdad por parte de la entidad demandada.

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Sostiene la apoderada de la parte demandante que, el acto demandado es contrario a los fines esenciales del Estado establecidos para proteger a todas las personas residentes en Colombia, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales y que además vulnera el derecho a la seguridad social, servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado, el cual debe prestarse con sujeción a los principios de eficacia y universalidad en los términos que establece la ley.

Manifiesta también que con el acto acusado la entidad demandada violó la Constitución Política en su preámbulo y artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53, la Ley 2 de 1945 en su artículo 34, la Ley 923 de 2004 en sus artículos 3 y 13, el Decreto 1211 de 1990 en su artículo 169, el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 2863 de 2007.

5. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 16 de julio de 2012 (Fls. 26-27), dentro del término de fijación en lista, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, presentó contestación a la demanda en la que se opuso a las pretensiones y en su defensa manifestó que el porcentaje en que se liquidó la prima de actividad del demandante, era el que legalmente correspondía, y formuló las excepciones de pago, inexistencia del derecho y falta de fundamento jurídico de las pretensiones (Fls. 33-40).

Mediante proveído de 21 de enero de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (Fls. 41-42), término dentro del cual la parte demandante ratificó los argumentos de la demanda, y la parte demandada no se pronunció.

El Agente del Ministerio Público guardó silencio.

6. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Expuso que en el caso concreto, se demostró la aplicación de los incrementos contemplados en el Decreto 1212 de 1990, en lo referente a la prima de actividad, por lo que encontró que el acto acusado se encontraba revestido de legalidad.

Con relación a lo anterior manifestó, que del material probatorio que obra en el proceso se aprecia que el actor devenga a fecha 1 de enero de 2011 como partida computable un 37.5% de prima de actividad, lo que permite concluir que le fue realizado el incremento deprecado, toda vez que la norma establece que dicha prima de actividad se incrementará en un 50%, de tal manera que, si el señor Oswaldo Vicente Pico Negrette venía percibiendo por concepto de prima de actividad un 25%, quiere decir que el 50% de ese 25% equivale a un 12.5%, de tal suerte que el incremento de la prima de actividad del actor es equivalente a un 37.5%, suma ésta que le es reconocida y pagada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía de Nacional (Fls. 54-68).

7. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte demandante inconforme con el fallo de primera instancia, interpuso recurso de apelación (Fls. 70-77), sustentándolo con los siguientes argumentos:

Aduce que, el *a quo* interpretó de manera equivocada el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, al no haber accedido a las pretensiones de la demanda y no haber ordenado el reajuste de la prima en el mismo porcentaje que le fue ajustado a los activos y permitiéndose la aplicación de lo previsto en el acápite segundo del artículo 2° del citado decreto, norma que hizo suficiente claridad y que excluye precisamente a las prestaciones sociales asignación de retiro y pensión, para las cuales no se debe tener en cuenta el tiempo de servicio y precisamente fue lo que tuvo en cuenta el juez, incurriendo en la violación de dicha norma.

Argumenta además que el legislador siempre ha querido que las asignaciones de retiro y pensiones se incrementan en los mismos porcentajes en que se aumentan las asignaciones a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, con la aplicación del principio de oscilación establecido dentro del régimen especial, lo que traduce que dichas prestaciones se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con las bases de liquidación señaladas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y por eso fue que ordenó la aplicación de este principio, como lo dispuso en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007.

Por lo anterior, solicita sea revocado el fallo apelado y en consecuencia, se concedan las pretensiones de la demanda.

8. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 17 de septiembre de 2013 se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante (Fl.86).

Se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión en auto de fecha 9 de octubre de 2013 (Fl.88). En ésta oportunidad intervino la parte actora para reafirmar los fundamentos de su demanda (Fls. 89-96).

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta Corporación, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es procedente aplicar al señor Oswaldo Vicente Pico Negrette un reajuste a la prima de actividad que viene percibiendo y se le reliquide su asignación de retiro, de conformidad con lo normado en los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 y 2863 de 2007, en aplicación del principio de oscilación, cuando la asignación de retiro le fue reconocida en el año 1977?

2. RÉGIMEN NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo¹.

El principio de oscilación se encuentra contemplado en el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, de la siguiente manera:

“Artículo 151. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a la norma que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

Parágrafo. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de oficiales generales y coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 de este decreto.” (Subraya fuera de texto).

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 26 de marzo de 2009, Radicación: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07), MP: Bertha Lucía Ramírez De Páez.

De la disposición anterior se colige, que en aplicación del principio de oscilación se permite, que el personal en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, devenguen sus asignaciones de retiro sobre los factores que perciba el personal en “actividad”, por consiguiente, si a estos últimos les son elevados sus factores salariales, lo anterior repercutirá en el personal retirado.

Es pertinente indicar que el principio de oscilación no se reconoce únicamente al sueldo básico de actividad y a los incrementos realizados por el Gobierno Nacional, puesto que abarca también todas aquellas variaciones que recibe el personal en servicio activo en sus partidas, las cuales serán tenidas en cuenta para los efectos de liquidación de la asignación de retiro.

De lo anterior se tiene, que el principio de oscilación es aplicable para el personal activo y el retirado, y cuando hay inclusiones o exclusiones de partidas computables para el personal que adquirirá la asignación de retiro o pensión bajo la vigencia de una determinada norma. Quiere decir, que no se extiende la aplicabilidad de este principio para los futuros retirados que adquieren el derecho bajo una legislación específica, por cuanto el objeto del mismo, es mantener la igualdad y correspondencia en lo que percibe un miembro de la fuerza pública en servicio con lo que devengue uno que está en retiro, en consideración, claro está, al grado que ocupa el miembro de la Fuerza Pública.

Así mismo, el Decreto 1212 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, dispuso en sus artículos 140 y 141, lo referente a la liquidación de prestaciones y la prima de actividad, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 140. BASES DE LIQUIDACIÓN. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas, así:

- 1. Sueldo básico.*
- 2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.*
- 3. Prima de antigüedad.*

4. *Prima de Oficial Diplomado en Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Estatuto.*
5. *Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.*
6. *Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
7. *Gastos de representación para Oficiales Generales.*
8. *Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.*
9. *La bonificación de los Agentes del Cuerpo Especial, cuando sean ascendidos al grado de Cabo Segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como Agentes, sin contar los tiempos dobles.*

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales."

"ARTÍCULO 141. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- a. *Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.*
- b. *Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.*
- c. *Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.*
- d. *Para Oficiales y Suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%) del sueldo básico.*
- e. *Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico."*

Tal y como se evidencia del contenido de la regulación citada expedida en torno a la prima de actividad y los porcentajes de su reconocimiento, la inclusión de dicha prima como factor computable para liquidar las asignaciones de retiro, se estableció consagrando un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su retiro del servicio.

Posteriormente, el artículo 23 del Decreto 2070 de 2003, señaló:

"ARTÍCULO 23. PARTIDAS COMPUTABLES. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.." (Subraya fuera de texto)

De lo anterior se desprende, que si bien la prima de actividad fue concebida como partida computable para las asignaciones de retiro, no existió como sucedió en la norma que le antecede, una regulación que estableciera el porcentaje que correspondería a esta prestación para efecto de ser computada en la asignación de retiro.

En esta instancia resulta importante precisar que el Decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, al considerar que desconocía lo normado por el artículo 150 numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, toda vez que el régimen prestacional allí establecido, debía ser regulado por el Congreso de la República mediante normas de carácter general, y no por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

De manera que, al haber sido declarada dicha norma inexecutable, recobró entonces su vigencia la legislación anterior que regulaba las asignaciones de retiro, siendo para el caso de personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional el Decreto 1212 de 1990, situación que fue señalada expresamente en el texto del estudio de inexecutable de la norma, así:

"(...) Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia.

(Subraya fuera de texto)

Así las cosas, el Congreso de la República por medio de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios a seguir por el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la

Constitución Política, por lo que con base en ésta ley, el Gobierno expidió el Decreto 4433 de 2004.

En éste orden de ideas, encontramos entonces que el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, consagró:

“ARTÍCULO 23. PARTIDAS COMPUTABLES. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.” (Subraya fuera de texto)

Hasta este punto, al igual que lo normado en el Decreto 2070 de 2003 - inexecutable-, con la nueva regulación no se estableció un porcentaje sobre el cual se liquidaría la prima de actividad, no obstante haberse concebido igualmente como partida para computar la asignación de retiro.

Bajo esta perspectiva los preceptos anteriores no traen consigo la violación al principio de oscilación, pues lo que se presentó fue una modificación en cuanto a las condiciones que deberán cumplir los miembros de la fuerza pública para acceder a la asignación de retiro y las partidas que deben tenerse en cuenta para su liquidación.

El Decreto 2863 de julio 27 de 2007, indicó en su artículo 4, que el incremento en la prima de actividad debía aplicarse también al personal en retiro, en aplicación al principio de oscilación.

“ARTÍCULO 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el Artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignaciones de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el Artículo 2° del presente decreto que modifica el Artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.” (Subraya fuera de texto).

En consecuencia, a partir de la expedición del Decreto 2863 de 2007, se implementó un nuevo mecanismo para el incremento del porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenidas antes del 1° de julio de 2007, y con base en el principio de oscilación previsto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

Revisado el Decreto 2863 de 2007, encontramos que este fue derogado por el artículo 31 del Decreto 673 de 2008, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4, y el cual a su vez le fue confirmada su vigencia con los Decretos 737 de 2009 y 1530 de 2010.

“ARTÍCULO 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68 del decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) para el computo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del decreto ley 1211 de 1990 y 141 del decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).”

De conformidad con lo anterior, el principio de oscilación tiene por objeto mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, el cual se materializa cuando al realizar modificaciones a la asignación mensual de personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional se le apliquen de manera obligatoria a las asignaciones de retiro de las pensiones reconocidas al personal retirado o a sus beneficiarios.

Cabe indicar que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, continúa vigente, por consiguiente todas aquellas personas que hubiesen adquirido asignación de retiro o pensión antes del 1 de julio de 2007, se les debió realizar dicho reconocimiento, teniendo derecho al mismo reajuste que se le realice al personal activo del mismo grado.

En consecuencia, con todo lo anterior no cabe duda que para todos los retirados, con anterioridad a esa fecha, se les debe practicar el consecuente reajuste de sus asignaciones de retiro en el aumento de la prima de actividad en el cincuenta por ciento (50%) del porcentaje que por este concepto se devengaba, en aplicación al principio de oscilación.

3. CASO CONCRETO

En el asunto de marras el juez de primera instancia denegó las pretensiones de la parte actora, aduciendo que la fecha de retiro del señor Oswaldo Pico Negrette fue el 4 de julio de 1977, por lo que no es procedente que al accionante se le apliquen porcentajes establecidos en normas posteriores, como son la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, ya que su derecho pensional no fue adquirido en vigencia de tales normas, sino, que el régimen vigente para la época de su retiro era el Decreto 613 de 1977 y con

fundamento en el se reconoció su asignación de retiro, lo anterior con fundamento en el principio de irretroactividad de la ley.

Sin embargo, el *a quo* manifestó que, admitiéndose la aplicabilidad del Decreto 2863 de 2007, el actor al haber obtenido el reconocimiento de la asignación de retiro con antelación al 1 de julio de 2007, se torna acreedor del reajuste de la misma con aplicación de los porcentajes señalados en el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, restando solo determinar si recibe su asignación de retiro con el incremento correspondiente por prima de actividad.

En el caso concreto, el anterior hecho logra demostrarse al analizar el desprendible de pago emanado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional obrante a folio 23 del expediente, según el cual el señor Oswaldo Vicente Pico Negrette devengaba a fecha 1 de enero de 2011 como partida computable un 37.5% de prima de actividad, lo que permite concluir que le fue realizado el incremento deprecado, toda vez que el Decreto 2863 de 2007 establece que dicha prima de actividad se incrementará en un 50%, de tal manera que, si el actor venía percibiendo por concepto de prima de actividad un 25%, quiere decir que el 50% de ese 25% equivale a un 12.5%, de tal suerte que el incremento de la prima de actividad del actor es equivalente a un 37.5%, suma ésta que le está siendo reconocida y pagada al demandante por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía de Nacional.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, al evidenciarse que al actor le fue realizado el incremento en su asignación de retiro con relación a la partida computable a la prima de actividad de acuerdo a lo prescrito en el Decreto 2863 de 2007, no le asiste razón a la parte recurrente en las peticiones que eleva, por lo que en el presente asunto se confirmará la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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;

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Oswaldo Vicente Pico Negrette
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR
Expediente: 13-001-33-31-003-2012-00156-01

FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013), mediante la cual, se denegaron las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,



JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO



MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-003-2012-00156-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1372
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: FABIO SAUL SEVERICHE MERCADO
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2005-01665-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Fabio Saúl Severiche Mercado**
Demandado: **Fiscalía General de la Nación**
Expediente: **13-001-23-31-003-2005-01665-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El señor Fabio Severiche Mercado, 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 Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable las siguientes:

2. PRETENSIONES

Se declare la nulidad de la Resolución 0-2107 de 27 de mayo de 2005 proferida por el señor Fiscal General de Nación, por la cual se declara insubsistente al demandante del cargo de Fiscal Local 14 Delegado ante a Unidad de Fiscalías de Turbaco-Bolívar.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se le ordene a la accionada a reintegrarlo al cargo ocupado al momento del retiro del servicio u otro de igual o superior categoría, sin que exista solución de continuidad; y que se condene al pago de salarios, prestaciones sociales y demás haberes laborales dejados de percibir desde la desvinculación hasta el efectivo reintegro.

Finalmente, deprecó que el cumplimiento de la sentencia se haga en los términos establecidos en los artículos 176 a 178 del C.C.A., y la condena en costas de la demandada.

3. HECHOS

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

El señor Fabio Severiche Mercado, fue nombrado Fiscal Local Delegado mediante Resolución 0-0784 de 14 de abril de 2003.

Manifiesta que la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena le advirtió que no gestionara comisión para desempeñar servicios en la rama judicial por tiempo indefinido o hasta cuando se produjera concurso para llenar vacante, ya

que conocía la proximidad del vencimiento de la comisión que tenía por dos (2) años.

Aduce que por estar desempeñando su cargo con rectitud solicitó se le concediera comisión de servicios para laboral en la Rama Judicial, la cual le fue concedida mediante Resolución 009 de 23 de mayo de 2005.

Que posteriormente el señor Fiscal General de la Nación lo declaró insubsistente mediante Resolución 0-2107 de 27 de mayo de 2005, del cargo de Fiscal Local 14 Delegado ante la Unidad de Fiscalías de Turbaco, acto que carece de motivación.

4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53, 122, 125 y 209 de la Constitución Política; artículos 3, 7, 125, 126, 130, 132, 149, 152, 164, 173, 194 y siguientes de la Ley 270 de 1996; artículos 4, 100, 106, 111, 112, 113, 117, 120 y 129 del Decreto 261 de 2000 y Ley 938 de 2004.

Adujó como cargos frente al acto acusado la desviación de poder del nominador y la expedición sin motivación del acto.

En ese sentido manifestó que, la decisión del nominador que no se sujeta a derecho porque se profiere con violación plena de las normas que lo regulan y que para la función pública entrañan irregularidades que hacen desviar el poder del servidor que actúa irregularmente. Señaló que la Constitución Política y demás leyes que de ella emanan conforman un conjunto de disposiciones que obligan al nominador.

Aduce que no es razón del buen servicio aprovechar el vencimiento de una comisión para remover a un servidor que cumplió el requisito de obtener comisión mientras dure la vacante y se produzca lista de elegibles y en la

medida en que no haga parte de esa lista de elegibles. Tampoco es un actuar garantista el dejar intencionalmente la causa del retiro en la subjetividad administrativa porque el estar en un cargo de carrera obliga, según la doctrina constitucional vigente, a registrar el motivo de la insubsistencia.

5. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por este Tribunal mediante auto de fecha 5 de diciembre de 2005 (fl. 183), y fue fijada en lista, término dentro del cual la demandada presentó contestación a la demanda, en los siguientes términos.

Sostuvo que el demandante al momento de ser declarado insubsistente no tenía el estatus de empleado de carrera, ni ostentaba fuero alguno que le diera inamovilidad relativa en el cargo ocupado. Así mismo manifiesta que el retiro del servicio se dio en virtud de la facultad discrecional contemplada en el artículo 20 del Decreto 2699 de 1991, así mismo en su defensa trajo a colación antecedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado.

A través de auto de 8 de octubre de 2009 (fl. 244-245) el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena dio apertura al periodo probatorio y finalmente el 26 de mayo de 2011, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 293), término dentro del cual las partes ratificaron los argumentos expuestos en la demanda y la defensa.

El Ministerio Público guardó silencio.

6. EL FALLO RECURRIDO

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

Consideró que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad, por haberse expedido sin motivación alguna el acto de retiro, manifestó que de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de constitucionalidad C-279 de 18 de abril de 2007, los actos de insubsistencia expedidos en vigencia del nuevo régimen de carrera administrativa de la Fiscalía (Ley 938 de 2004), exigen motivación, en la medida que la providencia aludida, declaró exequible el inciso 2º del artículo 70 y el inciso 2º del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, por lo que concluyó que el alcance dado a dichas normas era aplicable al caso concreto, dado que la vinculación del actor se produjo en vigencia del nuevo régimen. (fls. 304-316)

7. RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito de 26 de enero de 2012 (fl. 318-324), la parte demandada interpuso y sustentó el recurso de apelación pidiendo revocar la sentencia proferida por el a quo, y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

Alega, que de las pruebas obrantes en el expediente se advierte que el demandante se encontraba vinculado en provisionalidad, situación que no le otorgaba fuero de estabilidad alguno, por lo que era posible su desvinculación mediante acto no motivado y en ese sentido, la demandada hace un recuento jurisprudencial.

8. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, concedió el recurso de apelación en audiencia de fecha 20 de

marzo de 2012 (fl.344) y fue admitido por esta corporación por medio de proveído de 15 de junio de 2012 (fl. 368).

A través de auto de 28 de agosto de 2012 (fl. 370), 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 demandada ratificó los argumentos de apelación, por su parte la demandante guardó silencio y el Ministerio Público rindió concepto negativo a las pretensiones de la demanda (fls. 390-400)

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar, si el acto administrativo por el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del demandante en un cargo de carrera, requería motivación.

Establecido lo anterior, los motivos de inconformidad manifestados por la parte recurrente, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

El legislador primario, estableció en el artículo 125 de la Constitución Política lo siguiente:

“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”. (negrilla fuera de texto).

El régimen de carrera para los empleados de la Fiscalía General de la Nación, se encontraba previsto en el Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991 “Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, el cual en su artículo 6° dispuso:

“La Carrera de la Fiscalía tiene por objeto garantizar la Igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

Los funcionarios y empleados que conforman los Juzgados de Instrucción Criminal, de la Justicia Ordinaria, Penal Aduanera, Fiscalías de los Juzgados Superiores, Penales del Circuito, Superiores de Aduanas y de Orden Público, de las direcciones seccionales y generales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que pasen a la Fiscalía General de la Nación, serán incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargas mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de Carrera de la Fiscalía.

Los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1o. de Mayo de 1992”¹.

Por su parte, el artículo 66 del citado decreto estableció:

“Los empleados de la Fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción, las personas que desempeñan los empleos de:

- 1. Vice-Fiscal General de la Nación.*
- 2. Secretario General.*
- 3. Jefes de Oficina de la Fiscalía General.*

¹ Incisos 2° y 3° declarados EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-714-02 de 3 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. - Artículo declarado EXEQUIBLE, por el cargo estudiado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370-00 de 29 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

4. *Directores Nacionales y Jefes de División de la Fiscalía General.*
 5. *Director de Escuela.*
 6. *Directores Regionales y Seccionales.*
 7. *Los empleados del despacho del Fiscal General, del Vice-Fiscal y de la Secretaría General.*
- Los Directores Regionales y Seccionales ingresarán por concurso y sólo podrán ser removidos, previa autorización del Consejo Nacional de Policía Judicial.*
- Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de méritos.”.*

Bajo estos supuestos, el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos², al que fue incorporado el actor era considerado por el legislador como un empleo de carrera, y por tanto, debía proveerse mediante un concurso de méritos, esto es, a través de un proceso de selección.

Así mismo, la Ley 270 de 1996³, estableció las categorías de empleos, la forma de provisión y el régimen especial de los empleados de la Fiscalía General:

“Artículo 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS.

(...)

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrados Auxiliares, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de los Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de Secretario de esas corporaciones; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal, y de la Secretaría General, y los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia...

Son de carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; los de Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial...”.

“Artículo 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

²Folio 18, Resolución 02107 de 27 de mayo de 2005. Folio 23, Acta de posesión 119 de 3 de junio de 2003

³La Ley 270 de 1996 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que rige a partir de la fecha de su promulgación (15 de marzo de 1996).

1. *En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.*

2. *En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.*

Cuando el cargo sea de carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

(...)

“Artículo 159. RÉGIMEN DE CARRERA DE LA FISCALÍA. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera, sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los de carrera, serán los previstos en la ley

(...)

Artículo 160. REQUISITOS ESPECIALES PARA OCUPAR CARGOS DE LA CARRERA JUDICIAL. Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

(...)

“Artículo 162. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN. El sistema de ingreso a los cargos de Carrera Judicial comprende las siguientes etapas:

Para funcionarios, concurso de méritos, conformación del Registro Nacional de Elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y conformación.

Para empleados, concurso de méritos, conformación del Registro Seccional de Elegibles, remisión de listas de elegibles y nombramiento.

PARÁGRAFO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a lo dispuesto en la presente Ley, reglamentará la forma, clase, contenido, alcances y los demás aspectos de cada una de las etapas. Los reglamentos respectivos deberán garantizar la publicidad y contradicción de las decisiones.

(...)

Por su parte, el Decreto 261 de febrero 22 de 2000 “*Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras*

disposiciones”³, en su artículo 106 retomó lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Estatutaria.

Con posterioridad, el legislador mediante la **Ley 938 de 30 de diciembre de 2004** expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual se reguló entre otros aspectos, la estructura orgánica de la entidad, la asignación de funciones específicas a sus dependencias, la administración de personal y el régimen de carrera.

Atendiendo a lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 938 de 2004, se encuentra que el cargo que venía desempeñando el demandante, pertenece al sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 59 de la citada norma:

“ARTÍCULO 59. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, los empleos de la Fiscalía se clasifican según su naturaleza y forma como deben ser provistos en:

- a) De libre nombramiento y remoción;*
- b) de carrera.*

Son de libre nombramiento y remoción:

- El Vicefiscal General de la Nación.*
- El Secretario General.*
- Los Directores Nacionales y sus asesores.*
- Los Directores Seccionales.*
- Los empleados del Despacho del Fiscal General, Vicefiscal General y Secretaría General.*
- Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y sus fiscales auxiliares, estos últimos tendrán los mismos derechos y garantías que los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia.*
- El jefe de Oficina Jurídica, de Informática, de Personal, de Planeación, de Control Disciplinario Interno, de Control Interno, de Divulgación y Prensa, de Protección y Asistencia, así como el Director de Asuntos Internacionales a nivel nacional.*

³ Derogado por el art- 79 de la Ley 938 de 2004.

- El Jefe de la División Criminalística y el Jefe de la División de Investigaciones de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación. Igualmente, son de libre nombramiento y remoción los empleos cuyo ejercicio implique el manejo financiero y contable de bienes, dinero o valores de la entidad.

PARÁGRAFO. También se consideran de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que sean creados por esta ley y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta, siempre y cuando pertenezcan al ámbito de dirección institucional.

Los demás cargos son de carrera y deberán proveerse mediante el sistema de selección por concurso."

Dicha norma así mismo previó en su artículo 76 la forma de desvinculación de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 76. RETIRO. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto.

Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador. El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa."

La norma anterior fue objeto de estudio de constitucionalidad mediante sentencia C-279 de 18 de abril de 2007, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en la que declaró su exequibilidad condicionada bajo el entendido de que *"en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas."*, bajo las siguientes consideraciones:

"La Corte advierte que tanto del inciso segundo del artículo 70 como del inciso segundo del artículo 76 se han derivado interpretaciones y situaciones cuya inconstitucionalidad salta a la vista. Ciertamente, el segundo inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004 se ha convertido en la regla general en la Fiscalía General de la Nación para lo que tiene que ver con los nombramientos de sus servidores, ya que aún no se ha realizado los concursos de méritos para la provisión de los cargos de carrera. De la misma manera, el segundo inciso del artículo 76 se ha interpretado en la práctica en el sentido de que la facultad discrecional del nominador solamente excluye de su

ámbito de aplicación a los funcionarios que se encuentran inscritos en carrera, circunstancia que ha motivado que, en forma habitual, los servidores de la Fiscalía nombrados en provisionalidad sean retirados discrecionalmente por el nominador, sin acto motivado que especifique las razones del servicio que justifican la desvinculación.

(...)

En lo atinente al inciso segundo del artículo 76, en concordancia con el inciso segundo del artículo 70, debe mencionarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado en forma insistente que, de acuerdo con la Constitución, es vulneratoria del derecho al debido proceso y del principio de igualdad la desvinculación de los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se encuentran en provisionalidad mediante un acto administrativo sin motivación. Ello, por cuanto estos actos no le permiten a los funcionarios desvinculados ejercer su derecho a la defensa en orden a controvertir las razones específicas de su retiro, que han de ser atinentes al servicio en el cargo concretamente desempeñado, no a la invocación de una facultad discrecional general.

De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculación de los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, como se indicó en el acápite 4 de esta providencia, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos.

De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 se encuentre en armonía con el derecho al debido proceso y con la jurisprudencia de esta Corte en sede de tutela, es necesario precisar que el retiro de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad debe ser motivado por razones del servicio atinentes específicamente al funcionario que habrá de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad. Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 70 así como del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia.”

De otro lado en sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Constitucional se pronunció sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación, señalando lo siguiente:

"(...) En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas⁴.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional"⁵, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores"⁶.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para

⁴ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado"⁷. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos⁸.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

(...)

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones⁹ y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular¹⁰, aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional¹¹.

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales

⁷ "Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. // La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

⁸ Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

⁹ En la Sentencia T-800 de 1998 la Corte sostuvo por vez primera que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Tesis reiterada en las numerosas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en la materia.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

¹¹ Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad" (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que "un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria" (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que "aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre" (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor.
(...)

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión."

Corolario de lo anterior, la Sala estima que el ejercicio de la facultad discrecional de remoción frente al empleado en provisionalidad encuentra su limitación en la necesidad de informar al servidor las razones que motivan la declaratoria de insubsistencia.

CASO CONCRETO

Se desprende del libelo introductorio, que desde el momento de su vinculación hasta la fecha de declaratoria de insubsistencia, el demandante no ostentaba la condición de empleado inscrito en el régimen de carrera judicial, hecho que no es objeto de discusión. Siendo ello así, el nombramiento del señor Fabio Saúl Severiche Mercado, de acuerdo con la tesis jurisprudencial anotada, no podía ser declarado insubsistente sin que constara en el acto de retiro motivación alguna para proceder a su desvinculación.

Lo anterior quiere decir que en el caso concreto del demandante, señor Fabio Saúl Severiche Mercado, quien ocupaba el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, el cual en virtud de la Ley 270 de 1996 y 938 de 2004 se clasifica como de carrera, al que, sin embargo, según lo dicho por el demandante, no accedió mediante el sistema de méritos, razón por la cual se puede afirmar, que pese a que no puede predicarse frente a éste una estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, el nominador continúa

con la obligación de motivar el acto de retiro del servicio, a fin de dar a conocer al administrado las razones que motivaron esa decisión.

Atendiendo a los fundamentos normativos y jurisprudenciales anteriores, encuentra la Sala necesario realizar el estudio de legalidad del acto acusado circunscrito a la ausencia de motivación del acto que declaró la insubsistencia del señor Fabio Saúl Severiche Mercado; por lo que verificada la Resolución 0-2107 de 27 de mayo de 2005 (fl.18), se tiene que el mismo contiene la manifestación de la voluntad de la administración en los siguientes términos:

*"RESOLUCIÓN No. 0-2107
27 MAYO 2005*

Por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento

EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

En uso de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confiere el artículo 251 de la Constitución Política.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar insubsistente el nombramiento de FABIO SAUL SEVERICHE MERCADO, con cédula de ciudadanía 92.506.431, del cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su comunicación y contra ella no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los 27 MAYO 2005

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

Fiscal General de la Nación

Visto el contenido del acto acusado, no le asiste duda a la Sala respecto de la carencia de motivación que presenta la declaratoria de insubsistencia del demandado, cuando en el mismo no se ilustran siquiera fundamentos legales o exposiciones lacónicas o sumarias de los motivos para proceder a la separación del cargo.

Así las cosas, atendiendo a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales del señor Fabio Saúl Severiche Mercado por parte de la entidad demandada, dada la falta de motivación del acto que procedió a la declaratoria de insubsistencia, toda vez que, como quedó suficientemente ilustrado, bajó el

criterio jurisprudencial anotado, al demandante le asiste el derecho de saber de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron la decisión de su desvinculación (i) como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, el respeto al Estado de derecho, el principio democrático y el principio de publicidad; (ii) el deber general de motivar los actos administrativos; (iii) la posibilidad que le asiste a los administrados de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejercen un cargo en provisionalidad; (iv) el derecho que le asiste a quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad de motivar el acto de insubsistencia, como garantía mínima del derecho fundamental al debido proceso y del control de la arbitrariedad de la administración, a diferencia de quienes ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción para los cuales tiene cabida la excepción de la motivación del acto de retiro.

Corolario de lo expuesto, se tiene que respecto del requisito de la motivación exigido respecto del acto de insubsistencia, como lo fue el acusado en esta demanda, encuentra la Sala que fue proferido sin el lleno de dicho requisito por lo que resulta prospero el vicio de nulidad planteado por la parte interesada.

En cuanto al restablecimiento del derecho, precisa la Sala, que el reintegro al cargo es procedente sólo y en las mismas condiciones en que se encontraba el actor al momento de la insubsistencia de su cargo, pues no demostró derechos de carrera administrativa que lo legitimen para ocupar en propiedad un cargo igual o similar en la entidad accionada.

En este orden de ideas, la Sala encuentra acertada la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda, al estimar que el actor Logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto impugnado, Resolución No. 0-2107 de 27 de mayo de 2005, razón por la cual el fallo habrá de ser confirmado.

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,

III. FALLA

CONFIRMAR la sentencia de diecinueve (19) de diciembre de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena en el proceso de la referencia, que concedió las pretensiones de la demanda con la precisión de que el reintegro al cargo del señor Fabio Saúl Severiche Mercado es procedente sólo y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de la declaratoria de insubsistencia de su cargo, esto es en provisionalidad.


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 FANDEÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-003-2005-01665-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1373
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: FROYLAN ROJAS TRIVIÑO
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2011-00132-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PÚBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARÍA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Froylán Rojas Triviño
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerza Militares-CREMIL
Expediente: 13-001-33-31-010-2011-00132-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2012 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

El señor Froylán Rojas Triviño, 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 de Retiro de las Fuerzas Militares-

CREMIL con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del oficio CREMIL 14753 de fecha 8 de marzo de 2010 por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó el reajuste de su asignación de retiro por concepto de la variación del porcentaje para el cómputo de la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó a título de restablecimiento le sea reconocida y pagada la prima de actividad del veinte por ciento (20%) al treinta y tres por ciento (33%) entre el 28 de junio de 2003 y 30 de junio de 2007 conforme a lo dispuesto en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004 artículo 13 numeral 13.1.2, el cuarenta y cinco por ciento (45%) a partir del 1 de julio de 2007 según los Decretos 2863 de 2007 artículo 2 y 673 de 2008 artículo 31 y el porcentaje en el monto de las partidas computables en la asignación mensual de retiro del ochenta y cinco por ciento (85%) al ochenta y nueve por ciento (89%) y demás derechos a partir del 28 de julio de 2003 según el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004.

Por último solicitó pagar lo dejado de percibir por concepto de no reajustar la prima de actividad del treinta por ciento (30%) al treinta y tres por ciento (33%) y la asignación de retiro del ochenta y cinco por ciento (85%) al ochenta y nueve por ciento (89%) a partir de la vigencia del Decreto 2070 de 2003 hasta que se le incluya en la nómina.

3. HECHOS

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

El señor Froylán Rojas Triviño, prestó sus servicios a la Armada Nacional, y le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución 2363 de fecha 3 de diciembre de 1990.

Manifiesta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no incrementó el porcentaje de su prima de actividad, como lo indican los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 y 2863 de 2007. Señala que con la anterior situación, ha visto disminuida su asignación de retiro configurándose de esa manera una clara violación y desconocimiento del principio de oscilación e igualdad por parte de la entidad demandada.

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Sostiene la apoderada de la parte demandante que, el acto demandado es contrario a los postulados constitucionales del Estado social de Derecho la igualdad y los derechos adquiridos por su representado.

De igual forma alega la errónea motivación del acto acusado, en cuanto a que la entidad demandada hace caso omiso en cuanto a la aplicación del principio de oscilación a su asignación de retiro.

Considera que la entidad demandada viola el Régimen Especial de la Fuerza Pública consagrado y las disposiciones consistentes en las variaciones que todo tiempo se introducen en las asignaciones de actividad según el grado dado que no se han cumplido a favor de su poderdante.

5. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 19 de julio de 2011 (fl.22-23), dentro del término de fijación en lista la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares presentó contestación a la demanda en la que se opuso a las pretensiones y propuso

como excepciones la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la entidad demandada y la inepta demanda por inexistencia de unidad jurídica. (fl.27-30)

Por medio de auto de fecha 31 de enero de 2012 (fl.37-38) se abrió a pruebas el proceso teniendo en cuenta las aportadas por las partes y oficiando a la entidad demandada a fin de que allegara al proceso de la referencia ciertos documentos.

Mediante proveído del 12 de junio de 2012 se cerró el periodo probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl.54) término dentro del cual solo se manifestó la entidad demandada reiterando sus argumentos presentados con la contestación de la demanda; el Ministerio Público guardó silencio.

6. EL FALLO RECURRIDO

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

Concluyó que la pretensión relativa al aumento del porcentaje de la prima de actividad del veinticinco por ciento (25%) al treinta y tres por ciento (33%) entre el 31 de diciembre de 2004 y el 30 de junio de 2007 conforme al principio de oscilación dispuesto por los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004 no es procedente como tampoco lo es el incremento de la citada prima de actividad a partir del 1 de julio de 2007 al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) conforme al Decreto 2863 de 2007; puesto que la entidad demandada ha realizado los aumentos que la normatividad le ha permitido realizar, esto según el recuento plasmado con anterioridad, el del Decreto Ley 95 de 1989 y Decreto 2863 de 2007.

7. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

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

Señala que los miembros de la Fuerza Pública retirados con anterioridad al 1 de julio de 2007 si tiene derecho al incremento de sus asignaciones de retiro en virtud del aumento al cincuenta por ciento (50%) de la prima de actividad dispuesto por el Decreto 2863 del 2007, de igual forma al entrar en vigencia el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 derogó las disposiciones anteriores y por consiguiente terminó con las escalas señaladas para el reconocimiento de la prima de actividad.

Considera que se tienen todos los requisitos para que se conceda tal incremento dado que el actor se retiró con anterioridad al 1 de julio de 2007 señalado así por el artículo 4 del Decreto 2863 del mismo año y además, se encuentra amparado bajo el derecho a la igualdad, a la vida digna y a la protección y buen trato de las autoridades, principios que sustentan el de oscilación dado que a todos los militares en servicio activo de su mismo grado se les está cancelando el porcentaje solicitado.

Alega que la prima de actividad fue reajustada a todo el personal que se encontraba activo y que por el principio de oscilación debe dársele traslado automáticamente a todo el personal en uso de buen retiro, y por lo tanto dejar de aplicar este reajuste sería contradecir lo establecido en el Decreto 1211 de 1990.

8. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, mediante auto de fecha 31 de enero de 2013 (fl.86-87) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 4 de septiembre de 2013 (fl.90).

A través de auto de fecha 7 de octubre de 2013 (fl.92), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto si a bien lo tenía, término dentro del cual solo se manifestó la parte demandada sosteniendo sus argumentos expuestos en la primera instancia; el Agente de Ministerio Público guardó silencio.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es procedente aplicar al señor Froylán Rojas Triviño un reajuste a la prima de actividad que viene percibiendo y se le reliquide su asignación de retiro, de conformidad con lo normado en los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 y 2863 de 2007, en aplicación del principio de oscilación, cuando la asignación de retiro le fue reconocida en el año 1990?

2. RÉGIMEN NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo¹.

El principio de oscilación se encuentra contemplado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 26 de marzo de 2009. Radicación: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07), MP: Bertha Lucía Ramírez De Páez.

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el Artículo 158 de este Decreto.”
(Subraya fuera de texto).

De la disposición anterior se colige, que en aplicación del principio de oscilación se permite, que el personal en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, devenguen sus asignaciones de retiro sobre los factores que perciba el personal en “actividad”, por consiguiente, si a estos últimos les son elevados sus factores salariales, lo anterior repercutirá en el personal retirado.

Es pertinente indicar que el principio de oscilación no se reconoce únicamente al sueldo básico de actividad y a los incrementos realizados por el Gobierno Nacional, puesto que abarca también todas aquellas variaciones que recibe el personal en servicio activo en sus partidas, las cuales serán tenidas en cuenta para los efectos de liquidación de la asignación de retiro.

De lo anterior se tiene, que el principio de oscilación es aplicable para el personal activo y el retirado, y cuando hay inclusiones o exclusiones de partidas computables para el personal que adquirirá la asignación de retiro o pensión bajo la vigencia de una determinada norma. Quiere decir, que no se extiende la aplicabilidad de este principio para los futuros retirados que adquieren el derecho bajo una legislación específica, por cuanto el objeto del mismo, es mantener la igualdad y correspondencia en lo que percibe un

miembro de la fuerza pública en servicio con lo que devengue uno que está en retiro, en consideración, claro está, al grado que ocupa el miembro de la Fuerza Pública.

Así mismo, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, dispuso en sus artículos 158 y 159, lo referente a la liquidación de prestaciones y la prima de actividad, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales."

"ARTÍCULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."

Tal y como se evidencia del contenido de la regulación citada expedida en torno a la prima de actividad y los porcentajes de su reconocimiento, la inclusión de dicha prima como factor computable para liquidar las asignaciones de retiro, se estableció consagrando un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su retiro del servicio.

Posteriormente, el artículo 13 del Decreto 2070 de 2003, señaló:

"ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.

13.2 Soldados profesionales.

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones, y sustituciones pensionales.” (Subraya fuera de texto)

De lo anterior se desprende, que si bien la prima de actividad fue concebida como partida computable para las asignaciones de retiro, no existió como sucedió en la norma que le antecede, una regulación que estableciera el porcentaje que correspondería a esta prestación para efecto de ser computada en la asignación de retiro.

En esta instancia resulta importante precisar que el Decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, al considerar que desconocía lo normado por el artículo 150 numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, toda vez que el régimen prestacional allí establecido, debía ser regulado por el Congreso de la República mediante normas de carácter general, y no por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

De manera que, al haber sido declarada dicha norma inexecutable, recobró entonces su vigencia la legislación anterior que regulaba las asignaciones de retiro, siendo para el caso de personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares el Decreto 1211 de 1990, situación que fue señalada expresamente en el texto del estudio de inexecutable de la norma, así:

“(…) Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados

funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia.
(Subraya fuera de texto)

Así las cosas, el Congreso de la República por medio de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios a seguir por el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, por lo que con base en ésta ley, el Gobierno expidió el Decreto 4433 de 2004.

En éste orden de ideas, encontramos entonces que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, consagró:

“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales

13.1.1 Sueldo básico

13.1.2 Prima de actividad

13.1.3 Prima de antigüedad

13.1.4 Prima de estado mayor

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el Artículo 6° del presente decreto

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados profesionales

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del Artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el Artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.” (Subraya fuera de texto)

Hasta este punto, al igual que lo normado en el Decreto 2070 de 2003 - inexecutable-, con la nueva regulación no se estableció un porcentaje sobre el cual se liquidaría la prima de actividad, no obstante haberse concebido igualmente como partida para computar la asignación de retiro.

Bajo esta perspectiva, los preceptos anteriores no traen consigo la violación al principio de oscilación, pues lo que se presentó fue una modificación en cuanto a las condiciones que deberán cumplir los miembros de las Fuerzas Militares para acceder a la asignación de retiro y las partidas que deben tenerse en cuenta para su liquidación.

Fue así, que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1515 de 2007, por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, entre otros, y dispuso en su artículo 32, lo siguiente:

“ARTICULO 32. La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.”

Sin embargo, el Decreto 2863 de julio 27 de 2007, modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, quedando en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 2. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990. Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 141 del

Decreto Ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)”.
(Subraya fuera de texto)

Igualmente el mismo ordenamiento, indicó en su artículo 4, que el incremento en la prima de actividad debía aplicarse también al personal en retiro, en aplicación al principio de oscilación.

“ARTÍCULO 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el Artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignaciones de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el Artículo 2° del presente decreto que modifica el Artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.”(Subraya fuera de texto).

En consecuencia, a partir de la expedición del Decreto 2863 de 2007, se implementó un nuevo mecanismo para el incremento del porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares obtenidas antes del 1° de julio de 2007, y con base en el principio de oscilación previsto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

Revisado el Decreto 2863 de 2007, encontramos que este fue derogado por el artículo 31 del Decreto 673 de 2008, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4, y el cual a su vez le fue confirmada su vigencia con los Decretos 737 de 2009 y 1530 de 2010.

“ARTÍCULO 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68

²Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:
Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.

del decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del decreto ley 1211 de 1990 y 141 del decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).”

De conformidad con lo anterior, el principio de oscilación tiene por objeto mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, el cual se materializa cuando al realizar modificaciones a la asignación mensual de personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional se le apliquen de manera obligatoria a las asignaciones de retiro de las pensiones reconocidas al personal retirado o a sus beneficiarios.

Cabe indicar entonces que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, continúa vigente, por consiguiente todas aquellas personas que hubiesen adquirido asignación de retiro o pensión antes del 1 de julio de 2007, se les debió realizar dicho reconocimiento, teniendo derecho al mismo reajuste que se le realice al personal activo del mismo grado.

En consecuencia, con todo lo anterior no cabe duda que para todos los retirados, con anterioridad al 1° de julio de 2007, se les debe practicar el consecuente reajuste de sus asignaciones de retiro en el aumento de la prima de actividad en el cincuenta por ciento (50%) del porcentaje que por este concepto se devengaba, en aplicación al principio de oscilación.

3. CASO CONCRETO

En el asunto de marras el juez de primera instancia denegó las pretensiones de la parte actora, aduciendo que al actor se le reconoció una asignación de retiro y una prima de actividad de un veinticinco por ciento (25%) tal y como lo contemplaba la normativa vigente al momento de su expedición, estos es, el Decreto Ley 1211 de 1990.

Así mismo manifestó que el reajuste de la prima de actividad del veinticinco por ciento (25%) al treinta y tres por ciento (33%) conforme al principio de oscilación dispuesto en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004 pedida por el actor no le asiste razón por cuanto tales normas no entraron a modificar en forma alguna lo atinente al porcentaje de la prima de actividad para las personas con asignación de retiro ya reconocida; así como tampoco le asiste razón a la solicitud de aumento en un cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) a partir del 1 de julio de 2007 toda vez que el Decreto 2863 de 2007 en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permita incrementar un cincuenta por ciento (50%) de lo devengado sino el cincuenta por ciento (50%) de lo que venía recibiendo por prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

La parte demandante impugna el fallo, alegando que cuenta con los requisitos para que se le conceda el incremento del porcentaje de prima de actividad y que se encuentra amparado bajo principios constitucionales, pilares del principio de oscilación el cual debe ser aplicado en el asunto.

Del caso concreto se tiene que, al señor Froylán Rojas Triviño le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución 2363 de fecha 3 de diciembre de 1990 (fl.42-43), incluyendo una prima de actividad por valor de veinticinco por ciento (25%) del salario básico, conforme a lo señalado en la normatividad vigente para el momento de su retiro, Decreto 1211 de 1990.

Verificado el expediente se encuentra visible de folio 49 a 51, certificación expedida por la entidad demandada en la que da cuenta de la liquidación de la asignación de retiro conforme a los porcentajes y partidas computables del actor para los periodos comprendidos entre el año 2004 y el año 2011, dichas certificaciones advierten que la Caja de Retiro de las fuerzas Militares viene pagando al demandante por concepto de prima de actividad un porcentaje del treinta y siete punto cinco por ciento (37.5%) a partir del segundo periodo del año 2007.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, no se evidencia violación al principio de oscilación referente a la aplicación del Decreto 737 de 2009, vigente para la actualidad, ya que éste si bien introdujo variaciones a las asignaciones que devenga el personal en servicio activo de la Fuerza Pública, en el mismo se previó la vigencia del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, en el cual se establece específicamente que para el caso del personal que se encuentra haciendo uso del buen retiro, tendrán derecho al incremento de la prima de actividad será del 50% de lo que venía percibiendo.

Siendo así las cosas, y teniendo de presente el porcentaje reconocido como prima de actividad al momento del retiro que fue de veinticinco por ciento (25%), si este se aumenta en un cincuenta por ciento (50%), lo que equivale un incremento del doce punto cinco por ciento (12.5%) sobre el porcentaje reconocido, el valor a devengar por la partida de prima de actividad correspondería al treinta y siete punto cinco por ciento (37.5%) del sueldo básico del grado, como efectivamente se viene cancelando, tal como se desprende del certificado mencionado. Por consiguiente, no le asiste razón a la parte recurrente en las peticiones que eleva, por lo que en el presente asunto hay lugar a confirmar la decisión tomada por el a quo.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 28 de septiembre de 2012 mediante la cual, se denegaron las pretensiones de la demanda.

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

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Froylán Rojas Triviño
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL
Expediente: 13-001-33-31-010-2011-00132-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ENRIQUE FANDIÑO GALLO


MÁRCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-010-2011-00132-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1374
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: JULIO BOSSIO MARRUGO
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE ARJONA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2012-00052-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Julio Bossio Marrugo
Demandado: Municipio de Arjona
Expediente: 13-001-33-31-007-2012-00052-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda.

I. ANTECEDENTES

I. LA ACCIÓN

El señor Julio Bossio Marrugo, 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 Municipio de Arjona, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Se obligue a la parte demandada a pagar a título de indemnización moratoria la suma de Treinta Millones Ciento Sesenta y Ocho Mil Doscientos Noventa y Cinco pesos (\$ 30.168.295) correspondiente a 575 días de mora en el pago de las cesantías definitivas.

Que se condene al pago de las costas del proceso.

3. HECHOS

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

Señala que laboró en el Municipio de Arjona en el cargo de secretario de despacho, adscrito a la secretaría de transporte y tránsito municipal y como técnico de estadísticas en la secretaría de salud municipal, durante el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2004 hasta el 12 de enero de 2005; y desde el 13 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007.

Mediante Resolución 026 del 7 de marzo de 2008, el municipio, reconoció y ordenó el pago de la suma de Dieciséis Millones Setecientos Ochenta y Siete Mil Cuatrocientos Once Pesos (\$ 16.787.411), por concepto de liquidación definitiva.

Afirma que el ente demandado omitió el pago de las prestaciones liquidadas, razón por la cual tuvo que iniciar proceso ejecutivo contra el municipio.

En razón de lo anterior, solicita el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 5 de marzo de 2012 (fl. 23), y se dispuso su fijación en lista, término dentro del cual el Municipio de Arjona, ejerció su defensa, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Como excepciones propuso las siguientes:

Buena Fe: Por cuanto la actuación de la administración se ajustó al mandato de la constitución y la ley vigente.

Cobro de lo no debido: No hay obligación alguna que reclamar, pues dentro del proceso ejecutivo fueron cancelados los valores correspondientes a sus cesantías y los respectivos intereses.

Falta de causa para demandar: No le asiste legitimidad para demandar.

Prescripción: Por cuanto se reclamaron los derechos laborales de manera extemporánea.

Caducidad: Considera que la demanda fue presentada fuera del término otorgado por la ley.

Por medio de auto de 24 de octubre de 2012 se prescindió del periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 46), término dentro del cual el Ministerio Público solicitó que fueran negadas las pretensiones de la demanda (fls. 49-57); por su parte el demandante y la demandada guardaron silencio en esta etapa procesal.

5. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia él *a quo* declaró probada la excepción de inepta demanda, basado en lo siguiente:

Estima que en sub *judice* no se pretende la nulidad de ningún acto administrativo, del cual se pueda derivar el respectivo restablecimiento, siendo ésta la pretensión principal que debe mediar en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por ende consideró la improcedencia de emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que se entendía configurada la ineptitud de la demanda. (fls. 59-66)

6. RECURSO DE APELACIÓN.

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

Manifiesta que en el plenario consta escrito de fecha 4 de mayo de 2011, mediante el cual se solicita el auxilio de cesantías de conformidad con lo preceptuado en la Ley 244 de 1995, petición que nunca fue contestada por el municipio demandado, dando lugar a la configuración de un acto administrativo ficto o presunto negativo.

Corolario de lo anterior, añade que el pago de las prestaciones sociales reconocidas en la Resolución 026 del 7 de marzo de 2008, se produjo como consecuencia del proceso ejecutivo laboral que se adelantó.

Por ello concluye que en el sub *judice* se encuentran acreditados los fundamentos fácticos para que se configure la sanción moratoria.

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido mediante auto de fecha 19 de abril de 2013 (fl. 76); a través de auto del 11 de junio de 2013 (fl. 78), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Resulta procedente pronunciarse de fondo cuando no se solicitó expresamente en la demanda la nulidad del acto presunto originado del silencio administrativo, cuando se encuentra demostrada su ocurrencia?

¿Procede el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas al actor?

Los motivos de inconformidad manifestados por el demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

1.1. ¿Resulta procedente pronunciarse de fondo cuando no se solicitó expresamente en la demanda la nulidad del acto presunto originado del silencio administrativo, cuando se encuentra demostrada su ocurrencia?

Para resolver este planteamiento resulta pertinente hacer mención de los argumentos expuestos por el A-quo para declarar la ineptitud de la demanda.

Sobre la presunta ineptitud sustantiva de la demanda

En el presente caso, se observa que el juez de primera instancia no analizó el fondo de la controversia planteada porque estima que la demanda presentada incumple los requisitos legalmente establecidos, en particular, que no media manifestación de la entidad demandada, en la cual haya negado de manera expresa o ficta el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Para tal efecto, debe precisarse que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo judicial de control de legalidad de los actos administrativos de contenido particular. Quiere decir lo anterior, que su objetivo principal es la verificación de la validez de este tipo de actos, determinando si se ajustan al ordenamiento jurídico de acuerdo con las censuras planteadas en el libelo.

No obstante, para el desarrollo de tal tarea debe el juez administrativo a lo largo del proceso ejercer un control estricto en aras de verificar la presencia de todos los elementos que le permiten resolver de fondo el caso¹. Así, toda demanda contenciosa debe cumplir con unos presupuestos que garanticen una sentencia de mérito al asunto puesto en conocimiento de esta jurisdicción.

En ese orden de ideas, la demanda para que pueda ser admitida y decidida de fondo debe contener aquellos requisitos, por lo que el juez verifica el debido agotamiento de la vía gubernativa, la caducidad de la acción, la conciliación extrajudicial, la capacidad para ser parte y para comparecer en juicio, la demanda en forma y la competencia. La ausencia de alguno de estos elementos conllevaría a una sentencia inhibitoria.

El requisito de la demanda en forma, en el contencioso de nulidad cobra especial importancia, toda vez que son unos verdaderos controles de legalidad de los actos administrativos y, que aunados con el carácter rogado de la

¹ Artículo 25, Ley 1285 de 2009.

jurisdicción, hacen necesaria una bien definida técnica no solo para señalar las normas que presuntamente se consideran infringidas², sino también para explicar detallada y claramente su concepto de violación, es decir, la indicación precisa del porque se considera ilegal el acto administrativo acusado. De igual manera, debe señalarse lo que se demanda³, que no es otra cosa, que lo que se pide al juez, las pretensiones, lo que se busca obtener con el libelo demandatorio, las cuales deben formularse de manera precisa, inequívoca, completa y detallada en la forma señalada en el canon 138⁴ del Código Contencioso Administrativo.

Seguidamente, es pertinente recordar que el acto administrativo constituye la voluntad unilateral de la administración destinado a producir efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo situaciones individuales o difusas, que se presume proferido conforme al ordenamiento jurídico y, por tanto, una vez se encuentra en firme, es susceptible de ejecutarse aun contra la voluntad del administrado.

La presunción de legalidad del acto administrativo, es la condición que permite la ejecución específica y concreta de los mandatos generales contenidos en la ley, creando el clima de seguridad jurídica necesario para el dinamismo de la actividad oficial. Por esta sencilla, pero poderosísima razón, es que esta jurisdicción es rogada, principio a partir del cual el control de legalidad ejercido por el juez administrativo no es general sobre todo el ordenamiento jurídico sino limitado exclusivamente a las censuras hechas por el censor en su demanda.

² Numeral 4º Artículo 137 Código Contencioso Administrativo.

³ Numeral 2º Ibidem.

⁴ "ARTICULO 138. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren."

En ese orden de ideas, se debe poner de manifiesto, que para esta colegiatura son de recibo las gestiones judiciales tendientes a evitar la provisión de fallos inhibitorios, pues es deber del juzgador garantizar en debida forma el acceso a la administración de justicia de los asociados. No obstante ello, resulta inaceptable, que en aras de cumplir con la labor descrita, el juez desconozca el contenido de la normatividad aplicable al caso concreto.

En efecto, el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo dispone claramente que *“Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión...”*, hecho que obliga al demandante a determinar inequívocamente cada uno de los actos que conforman la decisión de la administración que alega haberlo afectado.

De no hacerlo, debe soportar la consecuencia de su descuido, a través de un fallo inhibitorio, sin que en primera medida, sea facultad del juez de conocimiento enmendar officiosamente el error cometido por el demandante; no obstante, atendiendo las características mismas de cada caso en concreto, como excepción a la regla, la garantía fundamental del acceso a la administración de justicia puede llegar a comprender incluso el análisis de legalidad de actos que no se encuentren señalados como demandados, siempre que el estudio sistemático de la demanda lo permita, como pasará a explicarse.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, resulta menester analizar los pronunciamientos recientes que sobre la materia ha desarrollado el H. Consejo de Estado, para de esta manera, con base en el precedente jurisprudencial, entrar a resolver problema planteado en esta instancia.

Bajo ese entendido, se tiene, que la Subsección “B” de la Sección Segunda del alto tribunal a través de su jurisprudencia sobre el tópico en cuestión ha precisado lo siguiente⁵:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección “A”, sentencia de 24 de mayo de 2012, Exp. 000-2002-00988-01 (1123-2010), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“...si la intención de la parte demandante es la de permanecer en el servicio de la entidad, cuya planta de personal ha sido objeto de un proceso de reestructuración, es pertinente formular la pretensión de nulidad, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, frente al acto que afecte su situación particular y concreta, sin importar si es un acto de carácter general o particular.

Vale decir de igual modo, que a pesar de que la actora no incluyó dentro de los actos cuestionados el Oficio del 15 de septiembre de 2004, lo cierto es que en atención al principio Constitucional de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución Política), la Sala debe interpretar la demanda y establecer la intención del demandante con miras a no entorpecer su accionar: máxime, cuando no sólo se tuvo en cuenta el Oficio tanto en las pruebas aportadas como en las solicitadas, sino que también, el contexto mismo del libelo estableció que por medio del citado acto, se había suprimido el cargo que venía desempeñando.

(...)

...se podría afirmar inicialmente que en la presente demanda no se formuló la proposición jurídica completa, esto es, con la solicitud de nulidad del citado Oficio, como consecuencia, sería viable un pronunciamiento inhibitorio en relación con la totalidad de las pretensiones debido a que no se reunieron los presupuestos procesales suficientes que exige la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no obstante, es claro que la demandante no solamente individualizó la pretensión cuando adujo que por medio del Acuerdo No. 004 de 2004 se había suprimido el cargo que venía ejerciendo, sino que también, allegó y mencionó, a lo largo de la demanda, el Oficio de 14 de septiembre de 2004.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que en el presente caso, no se configura la ineptitud de la demanda por la falta del presupuesto procesal ya señalado, es decir, por no haberse demandado el acto administrativo que comunicó la decisión de la administración de suprimir, entre otros, el cargo de Auxiliar de Enfermería. Por consiguiente, se procederá a efectuar un pronunciamiento de fondo...”
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Bajo ese hilo conductor, se tiene, que en el asunto de marras el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, consagrada en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995. No obstante y si bien en el acápite de pretensiones no se solicitó expresamente la declaratoria de acto administrativo alguno, se advierte que en el sub judice la juez de instancia desconoció o en su

defecto omitió valorar, la petición de fecha 4 de mayo de 2011 (fl. 20), mediante la cual el actor expone a la administración que el pago de sus cesantías definitivas se efectuó fuera del término legal previsto para ello, dando lugar a la aplicación de lo previsto en la citada ley.

En consecuencia y como quiera que no media prueba de que la accionada haya dado respuesta a dicha petición, se estima que operó la configuración de un acto administrativo ficto o presunto negativo, situación que al sentir deja sin sustento las razones esgrimidas por la juez de instancia, para declarar la ineptitud de la demanda.

En este punto, cabe preguntarse si realmente era necesario que el accionante solicitara la nulidad del acto a que se ha hecho mención, teniendo en cuenta que se erige como un acto generado de una ficción jurídica ante la falta de respuesta de la administración, el cual además se entiende resuelto en sentido negativo.

Sobre este aspecto, la citada disposición, referida a la individualización de las pretensiones, concretamente respecto de los actos fictos señala que *“si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren”*, sin embargo, se desprende de la norma que esta únicamente obliga a traer al proceso las pruebas que acrediten el silencio administrativo, sin que imponga la exigencia de demandar dicho acto.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha manifestado frente a la necesidad de expresar que se demanda el acto ficto producto del silencio administrativo, lo siguiente:

“Contra el acto ficto nacido del fenómeno del silencio administrativo negativo ante la petición inicial, el apoderado no interpuso los medios de impugnación que consagra la vía gubernativa ni en la demanda se solicita que se declare que se ha configurado dicho fenómeno ni se impugna el acto ficto o presunto. Y, es más, en criterio de esta sección se ha considerado que no es indispensable demandar ese acto ficto o presunto sino que es suficiente alegar la configuración del silencio

administrativo negativo, sin que ello dé pie para considerar a la demanda viciada de ineptitud sustantiva.”⁶

En el mismo sentido se ha reiterado la anterior postura, en los siguientes términos:

“Ahora bien, el silencio administrativo no es más que un requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, es decir, no es necesario solicitar que se declare la nulidad de acto alguno, precisamente, porque este no existe. La declaratoria del silencio administrativo negativo no es una pretensión de la demanda, es un requisito procesal que debe estar demostrado cuando se acude a la jurisdicción.

En el caso que se estudia, la actora no demandó expresamente la nulidad del acto ficto que se configuró por el silencio de la administración frente a la petición elevada ante la entidad en octubre de 1998, sin embargo, como lo alegó en la demanda y de acuerdo con la prueba practicada en esta instancia se demostró su ocurrencia, lo procedente es declarar su existencia.”⁷ (Subrayas fuera texto)

Así las cosas, atendiendo a las características propias del caso concreto, y teniendo de presente que no existe norma que obligue a demandar el acto ficto surgido del silencio administrativo, pues como quedó visto es únicamente un requisito procesal para acudir a la jurisdicción, resulta procedente entrar a estudiar la legalidad de la ficción jurídica ocasionada por el silencio de la administración.

Aunado a lo anterior, se destaca que en pronunciamientos recientes, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha explicado con mayor detenimiento y precisión, la incidencia de la garantía fundamental del acceso a la administración de justicia para la procedencia del estudio oficioso de actos que no han sido demandados. Al respecto, dicha colegiatura esbozó⁸:

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).Rad: 12281, CP: ÁLVARO LECOMPTE LUNA

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “A”, veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010), Rad: 76001-23-31-000-2004-00567-01(2304-06), CP: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, 25 de octubre de 2012, Exp. 1811-07, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

“...De acuerdo con el artículo 138 del C.C.A, “si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión (...)”, es claro entonces, que cuando lo pretendido es la declaratoria de nulidad de actos administrativos, la determinación exacta y precisa de lo que se demanda, exige la inclusión de todos aquellos actos que constituyan y contengan la totalidad de la voluntad de la administración.”

En el caso sub examine, el Municipio de Duitama tan sólo demandó la Resolución No. 278 de 09 de julio de 1999, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se resuelve un recurso de apelación contra la Resolución No. 0116 de 26 de noviembre de 1997, proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil de Boyacá, de lo que se infiere que, en efecto, el Municipio omitió demandar la decisión administrativa inicial, es decir la Resolución 0116 de 26 de noviembre de 1997, así como la Resolución No. 0132 de 15 de diciembre de 1997, proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil de Boyacá, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión de archivar la investigación, incumpliendo en esta forma con lo previsto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, al no integrar en las pretensiones de la demanda la totalidad de los actos.”

No obstante la omisión anterior, la que sin lugar a dudas contraviene la regla del artículo 138 ibídem, considera la Sala que en el sub judice, tal circunstancia no impide un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el vicio de ilegalidad que se endilga al acto demandado, se contrae a la decisión de declarar vigentes los concursos realizados en el año 1994, aspecto que vino a definirse tan sólo en el acto demandado.

Así pues, no puede afirmarse que en torno a la pretensión litigiosa, el acto inicial y la decisión demandada constituyen una unidad jurídica inescindible, pues los antecedentes del acto dejan ver que la Resolución No. 0116 de 26 de noviembre de 1997, sólo decidió el archivo de las presuntas irregularidades formuladas contra los procesos de selección de 1997, sin que se hubiera pronunciado sobre la vigencia y los efectos de las convocatorias de 1994, de suerte que sobre dicho asunto, fue la Resolución No. 278 de 09 de julio de 1999 la que definió la suerte de las convocatorias realizadas en el año 1994, lo que permite predicar de dicho acto, una independencia o existencia propia, respecto del acto inicial, conteniendo así, la manifestación de voluntad de la administración sobre la cual recae el vicio de ilegalidad que se alega en la demanda...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así mismo, en pronunciamiento más reciente, el alto tribunal de manera extensa desarrolló las consideraciones que a continuación se extractan⁹:

“...los derechos al acceso a la administración de justicia y al debido proceso imponen una serie de obligaciones y cargas a cumplir por parte de los interesados en llevar sus conflictos a la jurisdicción, empero, en todo caso, las formas y todos aquellos tópicos que impidan un pronunciamiento de fondo deben ser analizados de tal forma que se de prevalencia a lo sustancial y a la garantía de la consecución de la justicia real y material, so pena de incurrir, en denegación de justicia.”

- En este último sentido y en tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, debe resaltarse que la normatividad vigente le exige al interesado en la declaratoria de nulidad de un acto asumir ciertas obligaciones para que ante la jurisdicción se discuta el apego de una decisión de la Administración al ordenamiento jurídico.

En esta dirección, v. gr., el artículo 137 del C.C.A.¹⁰ contiene los requisitos necesarios para considerar la aptitud de una demanda en aras de trabar un litigio que llegue a una decisión de fondo por parte del Juez. Entre dichos requisitos, la determinación de “lo que se demanda”, esto es del acto (s) que se considera está incurso en una o varias causales de nulidad, es indispensable; pues: (a) fija la competencia del juez, razón por la cual se exige que se integren la totalidad de actos susceptibles de demanda que presuntamente afectan la situación del actor, artículo 138 del C.C.A.; y, (b) respecto de él (ellos) debe predicarse la ilegalidad y el consecuente derecho al restablecimiento y reparación del daño, bajo la acción regulada por el artículo 85 del C.C.A.¹¹.

(...)

- Dentro de este marco, entonces, puede afirmarse que una adecuada ponderación de los intereses en litigio debe determinar que el juez contencioso administrativo supere aspectos formales que impidan efectuar un pronunciamiento de fondo, con el objeto de dar prevalencia al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y emitir una decisión que, de manera favorable o adversa a las pretensiones de la

⁹ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 15 de noviembre de 2012, Exp. 2012-01949-00, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁰ “Artículo 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

- 1) La designación de las partes y de sus pretensiones;
- 2) Lo que se demanda;
- 3) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción;
- 4) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación;
- 5) La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer;
- 6) La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.”

¹¹ Artículo 85 modificado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...)”.

demanda, ponga término a un litigio. No obstante, también debe advertirse, atendiendo a la carga de quien acude a la jurisdicción con el objeto de cuestionar la legalidad de un acto administrativo, también resulta admisible que bajo determinados presupuestos sea imposible al juez proferir una decisión de fondo, aspecto este que debe estar suficientemente fundamentado, de cara no solo a sus deberes legales y constitucionales sino al amparo del caso abordado.

(...)

Lo primero que ha de precisarse por parte de la Sala, con el objeto de atender de fondo el asunto sometido a consideración, es que en tratándose de la jurisdicción contencioso administrativa el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia adquiere connotaciones especiales dada la naturaleza predominantemente rogada de ésta: sin embargo, todos los requisitos formales del derecho de acción deben ser entendidos y analizados en la medida en que con ellos se protejan derechos sustanciales de las partes, como el debido proceso. Así, los principios en virtud de los cuales las formas adquieren relevancia y deben ser protegidas, son los límites que el juez debe tener en cuenta al momento de determinar si es viable efectuar un análisis de fondo a la cuestión debatida, o si, por el contrario, debe declararse inhibido para emitir un pronunciamiento. No de otra manera pueden armonizarse los requisitos formales de la demanda con el derecho al acceso a la administración de justicia, artículo 229 de la C.P., y el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, artículo 228 ibidem.

Bajo esta ponderación precisa, entonces, el juez no debe permanecer expectante ante las actuaciones de las partes sino activar sus poderes en aras de garantizando el derecho de defensa de las mismas, proferir decisiones que resuelvan - positiva o negativamente - el asunto de fondo sometido a su consideración, superando los meros formalismos o, incluso, interpretando lo pretendido por los interesados con el objeto, se reitera, de evitar decisiones inhibitorias cuando los supuestos del caso en concreto permiten proferir una decisión sustancial..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En atención a los parámetros jurisprudenciales estudiados, considera la Sala, que en el presente asunto es viable realizar el examen de legalidad del acto administrativo ficto, aunque de manera expresa no se haya solicitado su nulidad, toda vez, que al realizar un análisis sistemático del libelo introductorio, se puede verificar, que los argumentos expuestos en el concepto de la violación, atacan las razones que le sirvieron de base a dicho acto, y así mismo se encontró demostrada su existencia.

En virtud de lo brevemente explicado, es claro que la Sala está facultada para analizar el fondo del asunto. Sin embargo, resulta menester previo a analizar el siguiente planteamiento, resolver la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada toda vez que ésta constituye un presupuesto procesal, que de prosperar hace inocuo un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Sobre el particular, se desestimaré tal excepción, por cuanto la demanda se podrá presentar en cualquier tiempo, en tanto se procura la nulidad de un acto ficto o presunto negativo.

En tal virtud y por encontrarse las demás excepciones formuladas, directamente relacionadas con el fondo del asunto, la Sala se pronunciará sobre ellas en el contenido del fallo; para ello, se procederá a resolver el siguiente problema jurídico.

1.2. ¿Procede el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas al actor?

En aras de resolver el planteamiento formulado, se estima pertinente hacer mención del marco normativo y jurisprudencial desarrollado en torno a tal indemnización.

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, la cual en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

La Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, ordenó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro.”*

El artículo 1° del Decreto 1160 de 1947, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1° de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

En el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Con el objeto de aclarar la petición indemnizatoria que formula el demandante, es necesario acudir a la Ley 244 de 1995, por la cual se señalan los términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones. El fundamento de la ley es proteger a las personas que por distintas razones se retiran del servicio y, por ende, requieren de ingresos para su subsistencia mientras reanudan actividades laborales, lo que a todas luces, indica que la sanción moratoria de que trata la norma que fundamenta la demanda bajo estudio, es improcedente para los casos en que la administración efectúe el pago extemporáneo de prestaciones sociales distintas a las cesantías.

La Ley 244 de 1995¹² (antes de ser subrogada por la Ley 1071 de 2006), estableció unos términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas ó de lo contrario se incurriría en sanciones por la mora en el pago de dicha prestación, así:

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

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.”

¹² Por medio de la se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

A su vez en su artículo 2° de la norma en comento señala el término dentro del cual deben ser canceladas las cesantías y la denominada sanción moratoria por no pago de cesantías:

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

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

De las disposiciones citadas la Sala concluye que las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas. Así mismo se tiene, que el empleador está obligado a liquidar y reconocer las cesantías del trabajador retirado quince (15) días después de haber presentado la correspondiente solicitud, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida; a partir de ésta fecha deben contarse cuarenta y cinco (45) días hábiles para que se configure el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, por lo que al encontrarse señalado dicho término en la ley, se presume que a su vencimiento el interesado tiene conocimiento de si la entidad ha incurrido en una omisión por no haber consignado oportunamente sus cesantías y en consecuencia se reconoce como acreedor de la sanción moratoria.

El Consejo de Estado lo ha considerado en los siguientes términos:

“Como se observa, la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se

causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

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

La sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.”¹³

Así, en caso de que la entidad emita el acto administrativo de reconocimiento y pago de estas, el término de los cuarenta y cinco (45) días con que cuenta el ente para el pago, debe contarse transcurridos los cinco (5) días de ejecutoria del respectivo acto, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.¹⁴

Sobre la forma de contabilizar los términos señalados en la disposición transcrita, ante la ausencia de pronunciamiento de la administración en relación con el pago de las cesantías definitivas, la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁵, expresó:

“Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1º, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

¹³CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencia del 8 de abril de 2010. Exp. 73001-23-31-000-2004-01302-02(1872-07). C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 27 de marzo de 2007, Exp. 2777-04. C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁵ Ibidem.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.¹⁶

Con las pruebas aportadas al expediente la parte demandante logró demostrar los siguientes hechos:

Mediante Resolución 026 del 7 de marzo de 2008, el Municipio de Arjona reconoció y autorizó pagar a favor del accionante las cesantías definitivas y prestaciones sociales proporcionales causadas hasta el 31 de diciembre de 2007, correspondientes al tiempo laborado (fls. 9-10).

Dicha resolución fue notificada personalmente, el día 19 de junio de 2008¹⁷.

Los emolumentos reconocidos en el acto administrativo reseñado correspondieron a la suma de dieciséis millones setecientos ochenta y siete mil cuatrocientos once pesos (\$16.787.411)

Mediante providencia de fecha 11 de febrero de 2009, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Turbaco, libró mandamiento de pago contra el Municipio de Arjona, por la suma de dieciséis millones setecientos ochenta y siete mil cuatrocientos once pesos (\$16.787.411), más los intereses moratorios causados como consecuencia del incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales y cesantías reconocidas en favor del actor. (fls. 12-17)

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Folio 11.

A folios 18-19 obra providencia de fecha 28 de octubre de 2009, en la cual se declara terminado el proceso ejecutivo por pago total de la obligación y en tal sentido se decreta el levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

Al tenor de las referidas probanzas, se colige que en el *sub examine*, está probado que el acto administrativo en comento fue notificado personalmente a la actora el día 19 de junio de 2008 (fl.11), por lo que al no ser objeto de recursos en vía administrativa, adquirió firmeza el día 26 de junio de 2008; luego contados los cuarenta y cinco (45) días en los que le asiste la obligación al ente territorial de pagar las referidas prestaciones (artículo 2º de la Ley 244 de 1998), se tiene que el municipio debió haber efectuado el pago el día 2 de septiembre de 2008.

En síntesis, considera la Sala que se encuentran cumplidos los presupuestos establecidos en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, para que proceda la aplicación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, toda vez que al actor le fueron reconocidas, mediante acto administrativo en firme y, según obra en autos, le fueron canceladas de manera tardía, por lo que resulta procedente el pago de un día de salario por cada día de retardo, en el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 2008 hasta el 28 de octubre de 2009, fecha en la que se declaró terminado el proceso ejecutivo iniciado por el accionante en razón de la mora en el pago sus prestaciones sociales.

Para efectos de la liquidación de la condena se debe tener en cuenta el último salario básico percibido por la demandante (1.573.998) y de esta suma se obtendrá el valor día salarial, monto que se multiplicará por el número de días de retardo en el pago de las cesantías definitivas. El guarismo resultante de la anterior ecuación corresponderá al valor a fijarse como indemnización moratoria a pagar a favor del demandante.

Es de agregar que respecto al argumento de defensa que plantea la demandada sobre la improcedencia del reconocimiento de la sanción moratoria al no

demostrarse que la demora en el pago tuvo su génesis en el obrar de mala fe de la administración, debe precisar la Sala que al tenor de lo previsto en los artículos 1° y 2° de la pluricitada Ley 244 de 1995, no es requisito *sine qua non* para que se cause la sanción moratoria, la demostración de la buena o mala fe del empleador estatal, dado que la indemnización que regula dicha ley se origina cuando la administración incurre en mora en el pago de las cesantías que se han liquidado por un acto administrativo en firme.

De lo anterior se desprende que la única exigencia que precisan las referidas normas es la omisión o mora en el pago del auxilio de cesantía dentro del plazo allí señalado, sin consideración adicional de ninguna naturaleza, pues para ello la administración cuenta con un plazo suficiente para proceder a realizar el pago efectivo de dicha prestación. Así lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se aclara que:

"si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación definitiva de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago. Como se ve, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: uno es el momento de la liquidación del auxilio y otro es el momento de pago del mismo previamente liquidado"¹⁸ (Resalto del texto).

En cuanto a las excepciones de cobro de lo no debido y falta de causa para demandar esgrimidas por la demandada, dicho argumento no tiene asidero, por cuanto el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria no se extinguió con la finalización del proceso ejecutivo, puesto que el reclamo de dicha indemnización tiene su génesis en una disposición normativa que así lo prevé.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Exp. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06). C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Siguiendo con las excepciones formuladas, se estima con relación a la prescripción del derecho reclamado, tampoco es dable declarar su ocurrencia, en tanto el término previsto en los Decretos 3135 de 1968¹⁹ y 1848 de 1969²⁰, para el reclamo del derecho laboral aquí deprecado, se interrumpió con la presentación de la petición que dio lugar al acto administrativo ficto o presunto negativo objeto de la presente demanda. En otras palabras, desde el momento en que se hizo exigible el reclamo de la sanción moratoria, esto es, desde el 2 de septiembre de 2008 hasta la fecha en que el demandante formuló la petición ante la administración solicitando el pago de ésta, no transcurrieron los 3 años que prevé la disposición anteriormente acotada.

De conformidad con las razones anteriormente expuestas, es claro para la Sala de Decisión, que se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto enjuiciado y que por tanto el accionante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de sus cesantías. Por tal motivo se estima procedente, revocar la sentencia recurrida.

En consecuencia se condenará al ente territorial demandado al pago de al pago de un día de salario por cada día de retardo, contabilizado desde el 2 de septiembre de 2008 hasta el 28 de octubre de 2009, fecha en la que se declaró terminado el proceso ejecutivo iniciado por el accionante. Por último, en cuanto a la indexación de la respectiva suma la Sala negará tal reconocimiento, acogiendo para ello el criterio esgrimido por el Consejo de

¹⁹ "ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual."

²⁰ "ARTÍCULO 102. Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

Estado, en el que ha determinado la improcedencia de acumular dicha pretensión junto con la sanción²¹.

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, y por autoridad de la Ley;

III. FALLA:

REVOCAR la sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró de oficio la excepción de inepta demanda. En consecuencia se dispone:

PRIMERO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor del accionante.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. Sentencia del 10 de noviembre de 2010. Exp. 018001-23-31-000-2005-02304-01(1230-09). C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. *"La indemnización moratoria a su vez, es una sanción rígida que se impone a la entidad incumplida, cuando no ha reconocido y pagado dentro de los términos legales la cesantía definitiva. Bien es cierto, que cuando el Juez condena a una administración a la cancelación de un perjuicio o una deuda, tenga o no carácter laboral, debe reconocer un reajuste monetario por la pérdida del poder adquisitivo de la suma no pagada en la oportunidad debida, pero también es claro, que si se trata como en este caso, no del valor de la cesantía, que se considera una forma de remuneración laboral, sino de la sanción moratoria causada por el pago retardado de la misma, la sanción compensa mayormente en muchos casos la indexación y no hay por lo tanto, acumulación de estas dos pretensiones"*.

TERCERO: CONDENAR al Municipio de Arjona al pago de la sanción moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, contabilizado desde el 2 de septiembre de 2008 hasta el 28 de octubre de 2009, fecha en la que se declaró terminado el proceso ejecutivo iniciado por el accionante.

CUARTO: Negar las demás pretensiones.

QUINTO: Abstenerse de condenar en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

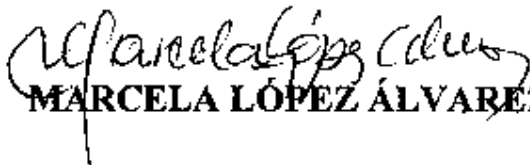
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,



JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

**ARTURO MATSON CARBALLO
(IMPEDIDO)**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-007-2012-00052-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1375
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: MARCO ANTONIO VARGAS OSORIO
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO D E LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2012-00101-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Marco Antonio Vargas Osorio**
Demandado: **Caja de Retiro de las Fuerza Militares-CREMIL**
Expediente: **13-001-33-31-007-2012-00101-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el veintinueve (29) de abril de dos mil trece (2013) por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

El señor Marco Antonio Vargas Osorio, 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 de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del Oficio Cremil 15809 de 27 de marzo de 2012, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL negó al actor el reajuste de su asignación de retiro por concepto de la variación del porcentaje para el cómputo de la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento le sea reconocida y pagada la prima de actividad en un porcentaje del treinta y tres por ciento (33%), entre el 28 de junio de 2003 y 30 de junio de 2007 conforme a lo dispuesto en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, y un porcentaje del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) a partir del 1° de julio de 2007 de acuerdo con el Decreto 2863 de 2007; así mismo el porcentaje en el monto de las partidas computables en la asignación mensual de retiro del 85% al 89% y demás derechos a partir del 28 de julio de 2003 de conformidad con el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004.

3. HECHOS

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

El señor Marco Antonio Vargas Osorio, prestó sus servicios a la Armada Nacional, y le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución 0635 de 20 de mayo de 1975.

Manifiesta la parte actora que a la vigencia de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, como prima de actividad tenía el 30% del sueldo básico, correspondiéndole el 33% entre el 28 de julio de 2003 y el 30 de junio de 2007, y del 45% al 49.5% a partir del 1° de julio de 2007, y la asignación de retiro del 85% al 89% a partir del 28 de julio de 2003.

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Sostiene el apoderado de la parte demandante que, frente al caso del actor debe darse aplicación al artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, y que como consecuencia de ello tiene derecho el demandante al reajuste de la prima de actividad del 30% al 33% del 28 de julio de 2003 al 30 de junio de 2007 y del 45% al 49.5% a partir del 1 de julio de 2007, y al incremento del porcentaje del monto de las partidas computables del 85% al 89%.

Indica además, que la demandada violó el derecho a la igualdad, siendo uno de los pilares del principio de oscilación, la Constitución y la ley, al no concederle el reajuste de la asignación al actor por la variación en la liquidación y cómputo de la prima de actividad.

5. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 14 de mayo de 2012 (Fl.9).

La entidad accionada contestó la demanda de forma extemporánea, pues la fijación en lista se surtió desde el 15 de noviembre hasta el 28 de noviembre de 2012, y la contestación fue allegada al juzgado el 4 de diciembre de 2012 (Fls. 19-23).

En auto de fecha 30 de noviembre de 2012 se abrió a pruebas el proceso (Fls. 17-18), y mediante providencia de fecha 22 de marzo de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl.51), vencidos los cuales pasó el proceso al Ministerio Público, por un término igual, para que su agente emitiera concepto si a bien lo tenía. En ésta oportunidad no se manifestaron las partes del proceso.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

6. EL FALLO RECURRIDO

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

Señaló que en el caso concreto, la demandada reconoció al actor asignación de retiro mediante Resolución 0635 de 1975, es decir, bajo la vigencia del Decreto 2337 de 1971, siéndole reconocido un porcentaje del 15% por concepto de prima de actividad, conforme a su artículo 116, y que se encuentra probado que el porcentaje antes indicado se mantuvo hasta el año 1989, toda vez que a partir de 1990 se aumentó al 18.5%; en la vigencia fiscal de 1991 al 22.5% y para el año 1992 por concepto de prima de actividad se liquidaba el 30% del sueldo básico del demandante; también se acreditó que dicho porcentaje se mantuvo hasta el mes de junio de 2007, ya que a partir del mes de julio de ese año se aumentó al 45%, lo cual indica que se dio aplicación a lo ordenado en el Decreto 2863 de 2007.

Así mismo manifestó que el incremento del porcentaje de la prima de actividad, como pide el demandante al 49.5% a partir del 1 de julio de 2007, y por aplicación también del principio de oscilación es improcedente, toda vez que el Decreto 2863 de 2007, en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permitiese incrementar la asignación del actor en ese porcentaje, sino que como ya se expresó arriba, el incremento sería solo de un 50% de lo que venía recibiendo como prima de actividad, que para su caso sería un 15%, pues al accionante se le está computando una prima de actividad liquidada en un 30%.

7. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte demandante inconforme con el fallo de primera instancia, interpuso recurso de apelación (Fls. 70-72), sustentándolo con los siguientes argumentos:

Señala que no comparte la decisión del *a quo*, ya que los miembros de la Fuerza Pública retirados con anterioridad al 1 de julio de 2007, si tienen derecho al incremento de sus

asignaciones de retiro en virtud del aumento al 50% de la prima de actividad dispuesto en el Decreto 2863 de 2007. Manifiesta además que al entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004 fueron derogadas las disposiciones anteriores y por consiguiente terminó con las escalas señaladas para el reconocimiento de la prima de actividad.

Su argumento tiene fundamento en la aplicación del principio de oscilación entre lo percibido por un miembro de las Fuerzas Militares en servicio activo y los retirados, lo que significa que cualquier incremento realizado al personal activo debe efectuarse en igual proporción al retirado, por lo que solicita la interpretación de manera sistemática del conjunto normativo y la aplicación de la norma más favorable.

Por lo anterior, solicita sea revocado el fallo apelado y en consecuencia, se concedan las pretensiones de la demanda.

8. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 12 de agosto de 2013 se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante (Fl.77).

Se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión en auto de fecha 25 de septiembre de 2013 (Fl.79). En ésta oportunidad intervino la parte demandada para reafirmar los fundamentos de su defensa (Fls. 80-83).

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta Corporación, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es procedente aplicar al señor Marco Antonio Vargas Osorio un reajuste de un 33% a la prima de actividad que viene percibiendo y se le reliquide su asignación de retiro, de conformidad con lo normado en el Decreto 2070 de 2003 y 4433 de 2004; y si a partir del año 2007, en virtud de lo normado por el Decreto 2863 de julio de 2007, tiene derecho a un incremento hasta el 50% de sobre ese mismo factor salarial, en aplicación del principio de oscilación, cuando la asignación de retiro le fue reconocida en el año 1975?

2. RÉGIMEN NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo¹.

El principio de oscilación se encuentra contemplado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN.

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 26 de marzo de 2009, Radicación: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07), MP: Bertha Lucia Ramirez De Páez.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el Artículo 158 de este Decreto.” (Subraya fuera de texto).

De la disposición anterior se colige, que en aplicación del principio de oscilación se permite, que el personal en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, devenguen sus asignaciones de retiro sobre los factores que perciba el personal en “actividad”, por consiguiente, si a estos últimos les son elevados sus factores salariales, lo anterior repercutirá en el personal retirado.

Es pertinente indicar que el principio de oscilación no se reconoce únicamente al sueldo básico de actividad y a los incrementos realizados por el Gobierno Nacional, puesto que abarca también todas aquellas variaciones que recibe el personal en servicio activo en sus partidas, las cuales serán tenidas en cuenta para los efectos de liquidación de la asignación de retiro.

De lo anterior se tiene, que el principio de oscilación es aplicable para el personal activo y el retirado, y cuando hay inclusiones o exclusiones de partidas computables para el personal que adquirirá la asignación de retiro o pensión bajo la vigencia de una determinada norma. Quiere decir, que no se extiende la aplicabilidad de este principio para los futuros retirados que adquieren el derecho bajo una legislación específica, por cuanto el objeto del mismo, es mantener la igualdad y correspondencia en lo que percibe un miembro de la fuerza pública en servicio con lo que devengue uno que está en retiro, en consideración, claro está, al grado que ocupa el miembro de la Fuerza Pública.

Así mismo, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, dispuso en sus artículos 158 y 159, lo referente a la liquidación de prestaciones y la prima de actividad, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.”

“ARTÍCULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).”

Tal y como se evidencia del contenido de la regulación citada expedida en torno a la prima de actividad y los porcentajes de su reconocimiento, la inclusión de dicha prima como factor computable para liquidar las asignaciones de retiro, se estableció consagrando un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su retiro del servicio.

Posteriormente, el artículo 13 del Decreto 2070 de 2003, señaló:

“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.

13.2 Soldados profesionales.

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones, y sustituciones pensionales.” (Subraya fuera de texto)

De lo anterior se desprende, que si bien la prima de actividad fue concebida como partida computable para las asignaciones de retiro, no existió como sucedió en la norma

que le antecede, una regulación que estableciera el porcentaje que correspondería a esta prestación para efecto de ser computada en la asignación de retiro.

En esta instancia resulta importante precisar que el Decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, al considerar que desconocía lo normado por el artículo 150 numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, toda vez que el régimen prestacional allí establecido, debía ser regulado por el Congreso de la República mediante normas de carácter general, y no por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

De manera que, al haber sido declarada dicha norma inexecutable, recobró entonces su vigencia la legislación anterior que regulaba las asignaciones de retiro, siendo para el caso de personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares el Decreto 1211 de 1990, situación que fue señalada expresamente en el texto del estudio de inexecutable de la norma, así:

"(...) Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia."

(Subraya fuera de texto)

Así las cosas, el Congreso de la República por medio de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios a seguir por el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de

conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, por lo que con base en ésta ley, el Gobierno expidió el Decreto 4433 de 2004.

En éste orden de ideas, encontramos entonces que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, consagró:

“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales

13.1.1 Sueldo básico

13.1.2 Prima de actividad

13.1.3 Prima de antigüedad

13.1.4 Prima de estado mayor

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el Artículo 6° del presente decreto

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados profesionales

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del Artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el Artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.” (Subraya fuera de texto)

Hasta este punto, al igual que lo normado en el Decreto 2070 de 2003 - inexecutable-, con la nueva regulación no se estableció un porcentaje sobre el cual se liquidaría la

prima de actividad, no obstante haberse concebido igualmente como partida para computar la asignación de retiro.

Bajo esta perspectiva los preceptos anteriores no traen consigo la violación al principio de oscilación, pues lo que se presentó fue una modificación en cuanto a las condiciones que deberán cumplir los miembros de las Fuerzas Militares para acceder a la asignación de retiro y las partidas que deben tenerse en cuenta para su liquidación.

Fue así, que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1515 de 2007, por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, entre otros, y dispuso en su artículo 32, lo siguiente:

“ARTICULO 32. La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.”

Sin embargo, el Decreto 2863 de julio 27 de 2007, modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, quedando en el siguiente sentido:

*“ARTÍCULO 2. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:
Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990. Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto Ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)”.* (Subraya fuera de texto)

Igualmente el mismo ordenamiento, indicó en su artículo 4, que el incremento en la prima de actividad debía aplicarse también al personal en retiro, en aplicación al principio de oscilación.

“ARTÍCULO 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el Artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los

Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignaciones de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el Artículo 2° del presente decreto que modifica el Artículo 32 del Decreto 1515 de 2007." (Subraya fuera de texto).

En consecuencia, a partir de la expedición del Decreto 2863 de 2007, se implementó un nuevo mecanismo para el incremento del porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares obtenidas antes del 1° de julio de 2007, y con base en el principio de oscilación previsto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

Revisado el Decreto 2863 de 2007, encontramos que este fue derogado por el artículo 31 del Decreto 673 de 2008, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4, y el cual a su vez le fue confirmada su vigencia con los Decretos 737 de 2009 y 1530 de 2010.

"ARTÍCULO 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68 del decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) para el computo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del decreto ley 1211 de 1990 y 141 del decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)."

De conformidad con lo anterior, el principio de oscilación tiene por objeto mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, el cual se materializa cuando al realizar modificaciones a la asignación mensual de personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional se le apliquen de manera obligatoria a las asignaciones de retiro de las pensiones reconocidas al personal retirado o a sus beneficiarios.

Cabe indicar que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, continúa vigente, por consiguiente todas aquellas personas que hubiesen adquirido asignación de retiro o pensión antes del 1 de julio de 2007, se les debió realizar dicho reconocimiento, teniendo derecho al mismo reajuste que se le realice al personal activo del mismo grado.

En consecuencia, con todo lo anterior no cabe duda que para todos los retirados, con anterioridad a esa fecha, se les debe practicar el consecuente reajuste de sus asignaciones de retiro en el aumento de la prima de actividad en el cincuenta por ciento (50%) del porcentaje que por este concepto se devengaba, en aplicación al principio de oscilación.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de marras el juez de primera instancia denegó las pretensiones de la parte actora, aduciendo que la norma legal aplicable al caso concreto inicialmente fue el Decreto 2337 de 1971, debido a que la fecha de retiro del actor fue el 20 de mayo de 1975, que posteriormente le fue aplicado el reajuste establecido en el Decreto 1211 de 1990, y que finalmente encontró probado que a partir del 1 de julio de 2007, la entidad demandada dio aplicación al incremento contemplado en el Decreto 2863 de 2007, en lo referente a la prima de actividad, por lo que encontró que al actor le fueron realizados los incrementos conforme a las normas aplicables.

Del caso concreto se tiene que, al señor Marco Antonio Vargas Osorio, le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución 0635 de 20 de mayo de 1975 (Fl. 38), efectiva a partir del 1 de mayo de 1975, incluyendo una prima de actividad por valor de 15% del salario básico, conforme a lo señalado en la normatividad vigente para el momento de su retiro, Decreto 2337 de 1971.

Ahora bien, verificado el expediente, se encuentra visible a folios 40 a 47, certificación expedida por la demandada, en la que da cuenta de la liquidación de la asignación de retiro conforme los porcentajes y partidas computables del señor Marco Antonio Vargas Osorio, para los períodos comprendidos entre el año 1975 a 2012.

De dichas certificaciones se advierte que el porcentaje del 15%, computable por prima de actividad al momento del reconocimiento de la asignación de retiro del actor, aumentó al 18.5% a partir de 1990; en la vigencia fiscal del año 1991 aumentó del 18.5% al 22.5%, y para el año de 1992 se aumentó dicho valor al 30%.

Siendo así las cosas, y teniendo de presente el último porcentaje previamente señalado, treinta por ciento (30%), si este se aumenta en un cincuenta por ciento (50%), lo que equivale un incremento del quince por ciento (15%) sobre el porcentaje reconocido, el valor a devengar por la partida de prima de actividad correspondería al cuarenta y cinco por ciento (45%) del sueldo básico del grado, como efectivamente se viene cancelando desde el 1 de julio de 2007, tal como se desprende del certificado mencionado. Por consiguiente, no le asiste razón a la parte recurrente en las peticiones que eleva, por lo que en el presente asunto hay lugar a confirmar la decisión tomada por el *a quo*.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, al no evidenciarse violación al principio de oscilación referente a la aplicación de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, ya que estos no introdujeron variaciones a las asignaciones de actividad que devenga el personal en servicio activo de la Fuerza Pública, y luego de verificar que al actor le fue realizado el incremento en su asignación de retiro con relación a la partida computable a la prima de actividad de acuerdo a lo prescrito en el Decreto 2863 de 2007, se determina que el acto acusado, se encuentra ajustado a derecho, y por tanto se confirmará la decisión proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, en sentencia de fecha 29 de abril de 2013, mediante la cual, se denegaron las pretensiones de la demanda.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil trece (2013), mediante la cual, se denegaron las pretensiones de la demanda.

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 EL CARRIANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-007-2012-00101-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1376
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: IMELDA SANABRIA ARENALES
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2011-00173-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) 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. C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Imelda Sanabria Arenales**
Demandado: **Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional**
Expediente: **13-001-33-31-008-2011-00173-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I. LA ACCIÓN

La señora Imelda Sanabria Arenales, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contencioso administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional con el fin de obtener en sentencia resolución favorable las siguientes:

2. PRETENSIONES

Se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la no contestación del derecho de petición de fecha 25 de abril de 2011, por medio de los cuales se niega el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Imelda Sanabria Arenales, en su condición de madre supérstite del Cabo Tercero German Sanabria.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento de la pensión de sobreviviente y la compensación faltante a favor a la actora en calidad de madre del extinto CT German Sanabria con retroactividad al día siguiente de la muerte aplicando el principio de favorabilidad.

3. HECHOS

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

El señor German Sanabria (q.e.p.d) había sido incorporado a prestar servicio militar como soldado regular desde el 28 de enero de 1998, fue dado de alta como soldado voluntario prestando su servicio hasta el día 4 de septiembre de 2001, día de su muerte, siendo calificado su servicio por la institución de acuerdo con el Decreto 2728 de 1968.

A la fecha de su retiro por defunción, fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Tercero y dado que no contaba con esposa ni hijos, fue reconocida como beneficiaria mediante Resolución 16595 de 16 de enero de 2002 su señora madre Imelda Sanabria Arenales, hoy demandante.

La resolución que designó a la madre del occiso como beneficiaria reconoció y pagó únicamente las cesantías definitivas dobles y una compensación correspondiente a 48 meses, considerando esto por la actora errado dado que

tomaron como fuente de derecho para la liquidación el Decreto 2728 de 1968 y no el Decreto 1211 de 1990 la cual debía reconocerle al beneficiario las cesantías dobles, una compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido y una pensión mensual equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 del mismo decreto.

Solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional, Coordinador de Grupo de Pensionados el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 25 de abril de 2011 invocando los principios de favorabilidad e igualdad.

El Ministerio de Defensa guardó silencio ante la reclamación de la actora, configurándose el acto ficto aquí demandado.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 29 de agosto de 2011 (fl.41), y fue fijada en lista, plazo dentro del cual la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora, al considerar que lo pretendido carece de fundamentos fácticos y jurídicos, toda vez que al momento de la muerte del señor German Sanabria la norma vigente era el Decreto 2728 de 1968, conforme al cual se le reconocieron sus prestaciones, además alega que por parte de la actora no fue agotado el requisito de procedibilidad establecido en el numeral 2º del Decreto 1716 de 2009 por medio del cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del capítulo V de la Ley 640 de 2001, lo que dio lugar a proponer la excepción de inepta demanda.

A través de auto de fecha 13 de enero de 2011 (fl.65) se dio apertura al periodo probatorio y finalmente se corrió traslado a las partes para alegar de

conclusión mediante auto de fecha 4 de junio de 2012 (fl.73) término dentro del cual ambas partes se mantienen en los razonamientos planteados en la demanda y en la contestación respectivamente. El Agente del Ministerio Público no hizo pronunciamiento alguno.

5. EL FALLO RECURRIDO

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

Consideró que al momento del deceso, el señor German Sanabria ostentaba la calidad de soldado voluntario y por lo tanto en principio su madre no tendría derecho a las prestaciones consagradas para oficiales y suboficiales muertos en combate, sin embargo no podía pasarse por alto el ascenso póstumo del soldado voluntario al grado de cabo segundo, siendo este grado de suboficial lo que traería la aplicación del Decreto 1211 de 1990 por lo que el caso debe ser resuelto atendiendo al principio de favorabilidad laboral (fl.86-104).

6. RECURSO DE APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuesto por el apelante en calidad de demandada, se contraen a los siguientes aspectos:

Considera que el decreto aplicado por el juez de primera instancia es errado por cuanto éste no consagra como supuesto de hecho la muerte de un soldado voluntario sino la de un oficial o suboficial por lo que sería equivocado aplicar la consecuencia jurídica que se deriva de la norma.

Reitera que la norma aplicable al momento de la muerte del señor German Sanabria era el Decreto 2728 de 1968 y no la norma aplicada por el fallo de primera instancia el cual concede beneficios al occiso sin ostentar tal calidad. (fls. 106-111)

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En acta de audiencia de conciliación obligatoria el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena concedió el recurso de apelación (fl.116) el cual fue admitido por ésta Corporación mediante auto de fecha 12 de agosto de 2013 (fl.122).

A través de auto de fecha 25 de septiembre de 2013 (fl.124) se ordenó corre traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual se manifestó la parte demandada ratificando lo expuesto en el escrito de apelación y la demandante solicitando sea confirmada la sentencia recurrida. El Agente del Ministerio Público no solicitó traslado ni rindió concepto.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Imelda Sanabria Arenales, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, en su condición de madre del señor German Sanabria, muerto con ocasión de actos propios del servicio cuando se desempeñaba como soldado voluntario, cuando es ascendido en forma póstuma al grado de cabo tercero.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte recurrente, los desata la Sala a continuación:

La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

El Decreto 2728 de 2 de noviembre de 1968, *“Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”*, en su artículo 8 establece a favor de los soldados en servicio activo, muertos *“por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público,”* y sus beneficiarios, las siguientes prestaciones económicas:

“ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.”.

Por su parte, el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 189 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en actividad, entre las que se destacan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. Así se lee en la citada norma:

“ARTÍCULO 189. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto.”.

Mediante la Ley 447 de 21 de julio de 1998, por la cual se establece Pensión Vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones, dispuso que la muerte de persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en actos del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión vitalicia; lo que es ratificado por el artículo 34 del Decreto 4433 de 2004.

Atendiendo a lo expuesto, se evidencia el trato excluyente entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado¹, al resaltar el trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas por el Decreto 2728 de 1968, y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, el primero aplicable a los soldados y el segundo a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en desarrollo de actos propios del servicio, encontrando que existe un trato discriminatorio, el cual es violatorio de garantías constitucionales tales como igualdad material y la

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección A; C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda, 1º de abril de 2004, Rad. 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03); Consejo de Estado- Sección Segunda, C.P.: Bertha Lucia Ramírez de Páez, 30 de octubre de 2008, Rad. No. 05001-23-31-000- 2000-01274-01(8626-05); Consejo de Estado- Sección Segunda, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, 7 de julio de 2011, Rad. 0001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-09).

seguridad social, por lo que ha dispuesto para casos análogos la inaplicabilidad del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, ordena la aplicación del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Al respecto, ha señalado:

“Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindicán como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte.

(...)

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, estima la Sala que no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados

regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente cuya única finalidad, como quedó visto, es la de brindar un apoyo económico al grupo familiar que ante la ausencia definitiva de quien proveía lo necesario para satisfacer las necesidades básicas, ha quedado desprovisto de los medios económicos para tal efecto.

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

(...)

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución Política, la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, como quedó visto,

si reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública.”²

CASO CONCRETO

El señor German Sanabria ingresó a prestar el servicio militar obligatorio como soldado bachiller desde el 25 de diciembre de 1997 hasta el 28 de enero de 1998 (fl.32), el 25 de julio de 1999 ingresó como soldado voluntario hasta el 4 de septiembre de 2001. (fl. 32).

Mediante Resolución 16595 de 16 de enero de 2002, le fueron reconocidos a favor de la señora Imelda Sanabria Arenales, los valores correspondientes a las prestaciones sociales de German Sanabria (q.e.p.d.) de conformidad con lo establecido en el Decreto 2728 de 1967, en su condición de beneficiaria. (fls. 31-32)

Que la señora Imelda Sanabria Arenales es madre del señor German Sanabria, según se desprende de registro civil de nacimiento Indicativo Serial 11081497. (fl. 34)

Visto lo anterior, y aplicando los antecedentes normativos y jurisprudenciales al caso concreto, encuentra la Sala que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, a través de la cual se declaró la nulidad del acto ficto que negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Imelda Sanabria Arenales, bajo los siguientes argumentos:

Si bien, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2728 de 1968, no es viable reconocer a los padres de un soldado voluntario muerto en servicio activo una pensión de sobreviviente, los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad permiten otorgar dicho reconocimiento, ante la

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION B, siete (7) de julio de dos mil once (2011), Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00832-01 (2161-09), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

inaplicabilidad del artículo 8 de la norma en mención, y la aplicación del Decreto 1211 de 1990.

Así las cosas, pese a que para la ocurrencia de los hechos que dieron como resultado la muerte en servicio del soldado voluntario German Sanabria se encontraban vigentes tanto el Decreto 2827 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990, los cuales regulaban de manera diferente situaciones similares para miembros de la Fuerza Pública, por cuanto el primero de ellos negaba el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de un soldado regular muerto en actividad y el segundo, sí contemplaba el reconocimiento de tal prestación en el caso de oficiales y suboficiales, la regulación anterior, en criterio de la Sala, desconoce el principio de igualdad, así como las garantías constitucionales de favorabilidad y seguridad social en pensiones.

Lo anterior, implicaría una discriminación para acceder al beneficio pensional a favor de los soldados que prestan sus servicios a la fuerza pública del Estado. De igual manera, al negar una prestación a favor de los soldados regulares muertos en servicio activo, se estaría desatendiendo la finalidad con la cual fue creada la pensión de sobrevivientes, como lo es la de ayudar a superar las contingencias que trae consigo la pérdida de una persona que prestaba un soporte económico.

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que tanto los soldados regulares como los oficiales y suboficiales hacen parte de la Fuerza Pública y a pesar de ostentar distintos rangos, tienen un fin común, cual es propender por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden, no es dable, sin violentar esos principios constitucionales, que ante la muerte en servicio activo para los antes mencionados exista una diferencia entre las prestaciones que le serán reconocidas respecto de los demás miembros de las Fuerzas Militares; más exactamente, que para los

oficiales y suboficiales este concebida una pensión de sobreviviente, mientras que a los soldados regulares se les prive de esta prestación.

En virtud de lo expuesto, en el caso concreto la Sala inaplicará el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

De conformidad con lo expuesto, la Sala de Decisión confirmará la sentencia impugnada, al encontrar acertada la decisión del A quo de declarar la nulidad del acto acusado y ordenar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Imelda Sanabria Arenales, en su condición de madre supérstite del soldado voluntario Gilberto Sánchez Camero y adicionará en el sentido de ordenar la inaplicación del artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y en su lugar se aplique el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

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

III. FALLA:

CONFIRMAR la sentencia de treinta (30) de noviembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y se adicionará en el siguiente sentido:

“INAPLICAR el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y en su lugar **APLICAR** el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.”

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Imelda Sanabria Arenales
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional
Expediente: 13-001-33-31-008-2011-00173-01

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



JORGE ELCECE FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13001-33-31-004-2005-01661-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1377
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: MARIA JOSEFA MONTEALEGRE ANAYA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2010-00325-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Josefa Montealegre Anaya
Demandado: Ministerio de Defensa-Policía Nacional
Expediente: 13-001-33-31-002-2010-00325-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accede a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La señora María Josefa Montealegre Anaya, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el Ministerio de Defensa, Policía Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable las siguientes:

2. PRETENSIONES

Se declare la nulidad del Oficio 25784 ARPREGRUPE de 24 de noviembre de 2009 por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la señora María Josefa Montealegre Anaya.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la accionada a reconocerle pensión de sobreviviente en su condición de madre del señor Agente Javier Salazar Montealegre.

Y que se ordene a la entidad demandada, actualizar las sumas adeudadas hasta la fecha en que se profiera sentencia, el pago de intereses moratorios, el pago de costas y gastos procesales y a dar estricto cumplimiento a la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del C.C.A.

3. HECHOS

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

El señor Javier Salazar Montealegre prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 11 de marzo de 1991 hasta el 27 de marzo de 1997, fecha de su muerte calificada como ocurrida en simple actividad, acumulando un tiempo de 3 años, 1 mes y 1 día de servicio.

Que el señor Javier Salazar Montealegre era hijo de la señora María Josefa Montealegre Anaya, y fue quien siempre ayudo a su manutención.

La señora María Josefa Montealegre Anaya en su condición de madre el 4 de noviembre de 2004 reclamó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en aplicación de la Ley 100 de 1993, en virtud del

principio de favorabilidad, petición que fue resuelta mediante Oficio 25784 ARPREGRUPE de 24 de noviembre de 2009.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 15 de octubre de 2010 (fl. 96), y fue fijada en lista, término dentro del cual la demandada se pronunció oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda así mismo propuso como excepciones las de falta de legitimación por pasiva, indebida acumulación de pretensiones.

Señaló además que por mandato constitucional la fuerza pública tiene su propio régimen prestacional y de carrera por lo cual sus miembros se encuentran dentro de las excepciones contempladas en la Ley 100 de 1993, de ese modo señala que como quiera que el artículo 122 del Decreto 1213 de 1990 establece que para acceder al reconocimiento de la pensión el agente debió acumular 15 años de servicio y el señor Javier Salazar Montealegre solo laboró por un período de 3 años 1 mes y 1 día, no hay lugar a la prestación pretendida.

5. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia el *a quo* concedió las pretensiones de la misma, basado en lo siguiente:

Señaló que, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, bajo los principios de justicia y equidad y teniendo en cuenta que la finalidad de la pensión de sobreviviente es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, por lo que en virtud del principio de favorabilidad sería aplicable la Ley 100 de 1993. Así mismo señaló que está probado que el causante había cotizado

más de 26 semanas si solución de continuidad a la Policía Nacional, que la demandante acreditó el vínculo de parentesco a través de registro civil de nacimiento, en el que se da cuenta de que es la madre del señor Javier Salazar Montealegre, de igual forma y ante el hecho de que nadie se presentó a reclamar la pensión en calidad de esposa, compañera o hija del fallecido se permitió concluir que la madre estaba facultada para solicitar el reconocimiento pensional y finalmente atendiendo a declaraciones extraprocesales se determinó que la demandante dependía económicamente de su hijo, por lo que consecuentemente el juez de primera instancia pasó a declarar la nulidad del acto que negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la actora. (fls.202-224)

6. RECURSOS DE APELACIÓN

Mediante escrito de 30 de agosto de 2012, la Policía Nacional interpuso y sustentó el recurso de apelación pidiendo revocar la sentencia proferida por el a quo.

Señaló que por mandato constitucional la fuerza pública tiene su propio régimen prestacional y de carrera por lo cual sus miembros se encuentran dentro de las excepciones contempladas en la Ley 100 de 1993, de ese modo señala que como quiera que el artículo 122 del Decreto 1213 de 1990 establece que para acceder al reconocimiento de la pensión el agente debió acumular 15 años de servicio y el señor Javier Salazar Montealegre solo laboró por un periodo de 3 años 1 mes y 1 día, por lo que no tendría derecho a la prestación pretendida.

Aunado a lo anterior, manifestó que el señor Salazar Montealegre falleció el 7 de marzo de 1994, esto es días antes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que lo fue el 1° de abril de 1994, por tanto el principio de favorabilidad aludido no puede entenderse en forma retroactiva.(fls. 274-279)

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Piloto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, concedió el recurso de apelación en audiencia de fecha 17 de octubre de 2012 (fl. 291) y fue admitido por esta corporación por medio de proveído de 18 de febrero de 2013 (fl. 306).

A través de auto de 12 de marzo de 2013 (fl. 308), 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 confirmada la sentencia de primera instancia, mientras que la demandada ratificó los argumentos de la apelación y el Ministerio Público guardó silencio.

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

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora María Josefa Montealegre Anaya, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su condición de madre del señor Javier Salazar Montealegre, muerto con ocasión de actos propios del servicio cuando se desempeñaba como agente de la Policía Nacional, por haber cotizado más de 50 semanas, en virtud del principio de favorabilidad.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte recurrente, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

El Decreto 1213 de 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional., en su artículo 121 establece una serie de prestaciones a favor de los ascendientes o descendientes de los Agentes de la Policía muertos en actividad, entre las que se destacan el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. Así se lee en la citada norma:

"ARTÍCULO 121. MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un Agente de la Policía Nacional en actividad, sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que por el Tesoro Público se les pague una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 100 del presente Estatuto.

b. Al pago de cesantía por el tiempo de servicio del causante.

c. Si el Agente hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público, se les pague una pensión mensual la cual

será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con la categoría y tiempo de servicio del causante."

Visto lo anterior, se advierte que el Decreto 1213 de 1990, dispone en su artículo 121 el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los Agentes de la Policía Nacional que al momento de su muerte, en simple actividad, hubieran laborado por lo menos 15 años al servicio de dicha institución.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que el señor Javier Salazar Montealegre, tal como se desprende de la hoja de servicios visible a folio 7, al momento de su muerte no acumulaba un tiempo de servicio como Agente de la Policía Nacional igual a 15 años que permitiera el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de su madre supérstite, en los términos del artículo 121 del Decreto 1213 de 1990, toda vez que, desde el momento en que inició sus labores como Agente de la referida institución, esto es, el 11 de marzo de 1991 hasta su muerte, 27 de junio de 1994, transcurrieron 3 años, 1 mes y 1 día.

Sin embargo, y como quiera que el problema jurídico se centra en establecer si, el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 que consagra en su artículo 46 la misma prestación pensional por sobrevivencia, resulta ser más favorables a la situación particular, se procederá a su estudio en ese sentido.

En efecto, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, establece la pensión de sobreviviente como un amparo a favor de las personas que dependían económicamente del afiliado al sistema que ha muerto, sin haber logrado el reconocimiento y pago de una pensión de vejez. Así se observa en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993:

"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez."

Corolario de lo anterior, en cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento de la citada prestación, debe decirse que el artículo 46 ibídem, además de la muerte del afiliado al sistema, exige un mínimo de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que ascienden a 50 semanas, dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante.

Bajo estos supuestos, resulta palmario que los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente resultan ser menos exigentes que los establecidos por el Decreto 1213 de 1990, en tanto sólo se requiere haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte del afiliado, frente a los 15 años de servicios que se exige el régimen especial aplicable a los Agentes de la Policía Nacional.

Así las cosas, encuentra la Sala que pese a que el régimen especial aplicable a los Agentes de la Policía Nacional y el régimen general de pensiones, son regímenes diversos, con reglas jurídicas propias, tanto la jurisprudencia constitucional como la del máximo órgano de lo contencioso administrativo han admitido la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial le sean aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto estas últimas resulten más favorables a sus pretensiones.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, sostuvo que:

“La Corte ya había advertido en reiteradas ocasiones que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”.

Así mismo, en relación con el principio de favorabilidad en materia del régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, que la Corte Constitucional en sentencia T-685 de 31 de agosto de 2007, M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño señaló:

“(…)

4. Principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerzas Públicas.

4.1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)^[1] y 217^[2] de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan^[3].

La Jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud⁴¹.

4.2. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, "...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

En el mismo sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, al señalar que en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad es procedente aplicar el régimen general y no el régimen especial, cuando se cumplan los requisitos previstos en dicho régimen para la obtención de un derecho pensional, como es el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Respecto al tema de pensión de sobrevivientes esta Sala aplicó los principios de igualdad y favorabilidad en la sentencia de 27 de agosto de 2009 en los siguientes términos:

"Ahora, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección, en casos similares al que se juzga en este proceso⁷¹, a las excepciones en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en los artículo 46 y 48 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de

sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte en situaciones especiales a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el ordenamiento que rige la materia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por la entidad demandada, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial".¹

En aplicación de la misma línea jurisprudencial trazada, en pronunciamiento reciente el H. Consejo de Estado señaló:

"Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Bajo estos supuestos, y descendiendo al caso concreto, se observa que conforme a lo dispuesto por los artículo 121 del Decreto 1213 de 1990 la señora Donelly Caro Usuga, en su condición de cónyuge superviviente del señor Carlos Mario Castro Hoyos, no tiene derecho al reconocimiento de una prestación pensional de sobreviviente, toda vez que el causante no laboró los 15 años exigidos por las disposiciones en cita.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la aplicación del régimen especial previsto para los Agentes de la Policía Nacional en el caso concreto, Decreto 1213 de 1990, da lugar a un trato desfavorable a las pretensiones de la demandante la Sala, estimu acertada la decisión del Tribunal en cuanto por vía de excepción aplicó las disposiciones prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, las cuales resultan más beneficiosas a su situación particular, en cuanto logra satisfacer los requisitos exigidos por el citado artículo 46."²

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación número: 130012331000200000421 01 (0241-2007) Consejero ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), Radicación número: 05001-23-31-000-2008-01384-01(0998-12). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

CASO CONCRETO

El señor Javier Salazar Montealegre ingresó a la Policía Nacional como auxiliar de policía el 11 de marzo de 1991 hasta el 31 de agosto de 1992 (fl.7), el 1 de septiembre de 1992 ingresó como agente nacional hasta el 27 de marzo de 1994, fecha de su muerte (fl. 7).

Mediante Resolución 16726 de 22 de noviembre de 1994, le fueron reconocidos a favor de la señora María Josefa Montealegre Anaya, indemnización por muerte y las cesantías en su condición de madre. (fl. 147)

Que la señora María Josefa Montealegre Anaya es madre del señor Javier Salazar Montealegre, según se desprende de registro civil de nacimiento. (fl.11)

Visto lo anterior, y aplicando los antecedentes normativos y jurisprudenciales al caso concreto, encuentra la Sala que hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, a través de la cual se declaró la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la señora María Josefa Montealegre Anaya, bajo los siguientes argumentos:

Si bien, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1213 de 1990, no es viable reconocer a los beneficiarios de un agente muerto en simple actividad una pensión de sobreviviente, cuando el causante no haya cumplido 15 años de servicio, en virtud de los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad permiten otorgar dicho reconocimiento, en aplicación del régimen general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo expuesto, es dable de manera excepcional y cuando se demuestra que sin justa causa las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios,

frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común, se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política.

Lo anterior, implicaría una discriminación para acceder al beneficio pensional a favor de los miembros de la fuerza pública que prestan sus servicios al Estado. De igual manera, al negar una prestación a favor de este grupo de personas, se estaría desatendiendo la finalidad con la cual fue creada la pensión de sobrevivientes, como lo es la de ayudar a superar las contingencias que trae consigo la pérdida de una persona que prestaba un soporte económico.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la aplicación del régimen especial previsto para los Agentes de la Policía Nacional en el caso concreto, Decreto 1213 de 1990, da lugar a un trato desfavorable a las pretensiones de la demandante se estima acertada la decisión del a quo en cuanto por vía de excepción aplicó las disposiciones prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, las cuales resultan más beneficiosas a su situación particular, en cuanto logra satisfacer los requisitos exigidos por el citado artículo.

En consecuencia, de acuerdo con las pruebas allegadas al expediente el señor Javier Salazar Montealegre prestó sus servicios como Agente de la Policía Nacional, del 11 de marzo de 1991 hasta el 27 de marzo de 1994, fecha en la que se registró su muerte en simple actividad, lo que permite concluir que dentro de los 3 años anteriores a su muerte esto es, cotizó más de cincuenta semanas y, en consecuencia hay lugar al reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de la demandante.

De conformidad con lo expuesto, la Sala de Decisión confirmará la sentencia impugnada, al encontrar acertada la decisión del A quo de declarar la nulidad

del acto acusado y ordenar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora María Josefa Montealegre Anaya, en su condición de madre supérstite del agente Javier Salazar Montealegre.

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

III. FALLA:

CONFIRMAR la sentencia de veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto 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 ELÉCTRE FANDIÑO GALLO


MÁRCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13001-33-31-004-2005-01661-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1377
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: MANUEL BENESIO GOMEZ ROYO
DEMANDADO	: CAJANAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2006-00742-02
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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Manuel Nemesio Gómez Royo
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL
Expediente: 13-001-23-31-002-2006-00742-02

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil doce (2012), proferidas por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El señor Manuel Nemesio Gómez Royo, 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-

CAJANAL, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la Resolución 09173 de 28 de febrero de 2006, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, niega el reajuste de la pensión gracia del demandante.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento se reajuste su pensión gracia teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales percibidos por el actor.

3. HECHOS

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

Que mediante Resolución 05702 de 17 de marzo de 2003, la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL le reconoció una pensión gracia, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Mediante escrito presentado ante la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, radicado 27835 de 2003, solicitó la reliquidación de su pensión gracia con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio.

A través de Resolución 09173 de 28 de febrero de 2006, la demandada negó el reajuste de la pensión gracia del demandante.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 28 de abril de 2009 (fl.33), dentro del término de fijación en lista, la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, presentó contestación a la demanda, y en su defensa se opone a cada uno de los hechos y pretensiones expuestas en el libelo de la demanda, aduciendo que los actos administrativos que reconocieron y ordenaron el pago de la pensión gracia de la demandante, se expidieron de conformidad con las normas vigentes para la fecha y observando las normas que regulan la pensión gracia de jubilación, en especial en lo tendiente a los factores que se deben tener en cuenta para liquidar y reconocer dicha prestación, teniendo en cuenta que las normas que consagran la prestación mencionada no estableció los factores a incluir. Adicionalmente propuso la excepción de inconstitucionalidad y prescripción. (fls. 63-70)

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de auto de 9 de agosto de 2011 (fl.75) dio apertura al periodo probatorio y finalmente el 21 de febrero de 2012, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl.79), término dentro del cual las partes reiteraron los argumentos manifestados en la demanda y la contestación, por su parte el Ministerio Público guardó silencio.

5. EL FALLO RECURRIDO

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

Luego de hacer un recuento de la normatividad y la jurisprudencia aplicable al caso concreto, el juez de primera instancia consideró que la norma a aplicar para la liquidación de la pensión gracia es la Ley 4ª de 1966, por lo que se debe tomar como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados

durante el último año de servicios anterior a la adquisición al status pensional, teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales, motivaciones que lo llevaron a conceder las pretensiones de la demanda. (fls. 94-112)

6. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

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

Señaló que los actos administrativos que reconocieron y ordenaron el pago de la pensión gracia de la demandante, se expidieron de conformidad con las normas vigentes para la fecha y observando las normas que regulan la pensión gracia de jubilación, en especial en lo tendiente a los factores que se deben tener en cuenta para liquidar y reconocer dicha prestación. (fls. 114-115)

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió el recurso de apelación en audiencia de fecha 18 de enero de 2013 (fl. 137) y fue admitido por esta corporación por medio de proveído de 28 de agosto de 2013 (fl. 143).

A través de auto de 7 de octubre de 2013 (fl. 164), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual la parte demandante solicitó fuera confirmada la sentencia de primera de instancia; por su parte la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio

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

II. CONSIDERACIONES

I. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar, conforme al régimen jurídico aplicable a la situación del actor, si tiene éste derecho a que se reliquide su pensión gracia, considerando todos los factores salariales devengados efectivamente durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional o solamente sobre la base del salario básico.

Los motivos de inconformidad manifestados por la recurrente, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

El *a quo* declaró la nulidad de los actos acusados y, ordenó la reliquidación de la pensión gracia al señor Manuel Nemesio Gómez Royo, al considerar que (i) en virtud de la Ley 4ª de 1966 y Decreto Reglamentario 1743 de 1966, la pensión debe liquidarse con base en el setenta y cinco (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios al cumplir los requisitos legales de veinte (20) años de servicio y cincuenta (50) años de edad, que causaron el derecho a esta pensión y, (ii) analizado lo anterior, se tiene que la pensión debió ser reajustada teniendo en cuenta todos los factores devengados y que no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión gracia.

El recurrente se aparta de esa tesis y señala que se está frente a una pensión gracia que se reconoció con base en normas especiales establecidas para los docentes, las cuales no tenían señalados los factores salariales y, que además no está ligada a una afiliación y en consecuencia a los aportes, por tal razón se debe ceñir a la norma general que rija para la fecha de la adquisición del status pensional de cada docente. Así, liquidarse la pensión gracia se debe hacer con base en las normas aplicables a todos los empleados públicos previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985, pues la normatividad que regula dicha prestación no contempla forma de liquidación alguna.

Delimitado lo anterior, la Sala considera que no le asiste razón a la impugnante, ante la improcedencia de la reliquidación de la pensión gracia sobre la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, de manera que, el razonamiento del juez de primera instancia se ajusta a la normatividad y a la jurisprudencia aplicables al caso. Como se explicará con más detalle a continuación:

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La Ley 114 de 1913 consagró en favor de los maestros de escuelas primarias oficiales el derecho de devengar una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, la cual fue denominada **pensión gracia**. En principio, fue otorgada a los docentes de escuelas primarias oficiales, que cumplieran los requisitos consagrados en el artículo 4°. Posteriormente, tal prerrogativa se extendió a otros empleos docentes por disposición de la Ley 116 de 1928.

El numeral 3° del artículo 4° ibídem, señaló que pueden gozar de la mencionada prestación periódica aquellos maestros que no han recibido otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en dicho inciso no obsta para que un maestro pudiese recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

Posteriormente el artículo 4° de la Ley 4ª de 1966 estableció que a partir de la vigencia de dicha ley, las pensiones de jubilación o invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco (75%) del promedio mensual de salarios durante el último año de servicios.

La ley aludida fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, cuyo artículo 5° dispuso que las pensiones de jubilación e invalidez de los empleados oficiales serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios.

La pensión gracia es especial y aparece reglada en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933. La primera de ellas, creó el derecho y fijó sus parámetros: titulares, tiempo de servicio, edad, requisitos adicionales, cuantía y sujeto obligado a pagarla. La segunda y tercera de las citadas leyes ampliaron los titulares y el tiempo de servicio computable para esta prestación.

Inicialmente el artículo 2° de la Ley 114 de 1913, establecía que la cuantía de la pensión, correspondería a la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos (02) últimos años de servicio.

Posteriormente, el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 24 de 1947, modificadorio del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, determinó que la pensión de jubilación de los servidores del ramo docente, entre las cuales se encuentra la pensión gracia, se liquidará de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año.

A su vez, el artículo 4° de la Ley 4ª de 1966, determinó que a partir del 23 de abril de 1966 las pensiones de jubilación o de invalidez de los servidores de las entidades de derecho público, sin excluir la pensión especial docente, se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicio.

La disposición anterior fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, en los siguientes términos:

“Artículo 5º. A partir del veintitrés (23) de abril de 1966, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público”.

Una vez el docente cumple con los requisitos de ley tiene derecho a reclamar su pensión gracia de jubilación, en cuyo evento se liquida teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, con lo cual su situación pensional se consolida y a partir de ella goza de los reajustes que establece la ley.

La pensión gracia, a pesar de estar a cargo del Tesoro Nacional, está sujeta a un régimen especial que no requiere afiliación del beneficiario a Cajanal E.I.C.E. ni hacer aportes para el efecto.

Es pertinente aclarar que cuando el Decreto 1743 de 1966 se refiere al último año de servicios debe interpretarse, para el caso específico de la pensión gracia, que éste corresponde al año anterior a la adquisición del status pensional, es decir, al del cumplimiento de los veinte (20) años de servicio docente en entidades del orden territorial y cincuenta (50) de edad.

En consecuencia, no es viable la reliquidación de la pensión gracia a la fecha del retiro, pese a que los factores devengados en dicho año sí se tengan en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión ordinaria, dado que la primera, como su nombre lo indica, es especial y tiene reglamentación propia, de ahí que deba regirse por el tratamiento que le dio el legislador.

Frente al tema en mención, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” en sentencia de 10 de abril

de 2008, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 2106-07, sostuvo:

“Es necesario referir, que la aplicación especial de la norma anterior, impide hacer uso de disposiciones del régimen ordinario general, tales como la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, el artículo 9° de la Ley 71 de 1988 y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, dado que la pensión gracia es una prestación especial en la que no se liquida con base en el valor de aportes durante el último año de servicios, toda vez que esta pensión, a pesar de estar a cargo del Tesoro Nacional, no requiere afiliación del beneficiario a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL ni hacer aportes para el efecto. De manera que no es aceptable el criterio de la demandada cuando afirma que la pensión gracia debe liquidarse con normas generales de los empleados públicos.

Así pues, la Sala encuentra que a las reglas del artículo V de la Ley 33 de 1985, el artículo 9° de la Ley 71 de 1988 y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, no están sujetos los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso de la actora, quien es beneficiaria de la pensión gracia.

En síntesis, las normas especiales que rigen el reconocimiento de la pensión gracia (artículo 4° de la Ley 4a de 1966 y el artículo 5° del Decreto 1743 de 1966), se aplican bajo el entendido de que el setenta y cinco (75%) del promedio obtenido en el último año de servicios, es el año inmediatamente anterior a aquél a la consolidación del status de pensionado.

Siguiendo las anteriores directrices, es claro que en la liquidación de la pensión gracia se deben incluir todos los factores salariales percibidos por la demandante, durante el año inmediatamente anterior a aquél en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, vale decir los que

regian para el momento en que consolidó el derecho. En otras palabras, la liquidación de la pensión gracia sólo es posible respecto de factores devengados al momento de la consolidación del status pensional y no de la época del retiro, como si ocurre en las pensiones ordinarias, en cuyo caso existe afiliación y, por ende, aportes que llevan a la mejora en el monto de la pensión al momento de la desvinculación.”

Se deduce de lo anterior que la Ley 33 de 1985, que dictó algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, en su artículo 1º indicó que se exceptuaban de su ámbito de aplicación los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente y, aquellos que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

De ahí que no sea posible desatar la presente controversia siguiendo los mandatos de la Ley 33 de 1985, pues se trata de una norma general cuyo alcance no se extiende a la pensión gracia, la cual constituye un régimen especial de pensiones y expresamente ha sido excluida de la aplicación de dicha norma.

De igual manera, se deduce que el derecho al disfrute de la pensión gracia se adquiere a partir de la fecha del cumplimiento de los requisitos señalados en las normas especiales relativos a la edad y tiempo de servicios, momento a partir del cual entra al haber de la persona, razón por la cual el derecho queda consolidado desde ese instante, lo que hace imposible tener en cuenta factores devengados posteriormente, cuando el derecho ya está consolidado.

3. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta la situación fáctica y normativa planteada en la demanda y del análisis normativo efectuado en el presente caso, la Sala establece lo siguiente:

1. Que al señor Manuel Nemesio Gómez Royo le fue reconocida una pensión gracia mediante Resolución 05702 de 17 de marzo de 2003. (fs.97-99 Cuad. 2).
2. Que el actor alcanzó el estatus pensional el 14 de junio de 2000, tal como se desprende de la resolución citada en precedencia.
3. Que según el certificado de factores salariales el actor devengaba para el periodo comprendido entre el 14 de junio de 1999 al 14 de junio de 2000, año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional, además del sueldo básico y del sobresueldo, prima de navidad, prima de vacaciones y jornada paralela. (fl. 86 Cuad. 2).
4. Que el reconocimiento de la pensión gracia sólo se hizo con base al valor de la asignación básica mensual y el sobresueldo, sin tener en cuenta los demás factores salariales que por ley debieron ser incluidos. (fl. 97-99).
5. Que mediante Resolución 09173 de 28 de febrero de Cajanal negó el reajuste de la pensión gracia al actor.

En el sub – júdece, el actora se encontraba sometido a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiario de la pensión gracia de jubilación otorgada a los maestros territoriales de las escuelas oficiales, de conformidad con la Ley 114 de 1913, que no obstante estar a cargo del Tesoro Nacional, se causa sin encontrarse afiliado a Cajanal E.I.C.E., esto es, sin que se requiera realizar aportes o cotización alguna.

Conforme a lo anterior, no le asiste razón a la entidad demandada, al pretender que el reconocimiento pensional de la demandante se efectúe con base en los aportes del último año de servicios, de acuerdo a lo prescrito en la Ley 33 de 1985, pues claro está que la pensión gracia concedida a los docentes, en virtud

de las Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933, no es una pensión por aportes, sino una pensión que se reconoce en virtud de un régimen especial que no requiere afiliación del beneficiario a la Cajanal E.L.C.E., ni hacer aportes para tal efecto.

Corolario de lo expuesto, la liquidación de la pensión gracia de jubilación de la demandante, se debe realizar con base en el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionado, tal como se hizo en una primera oportunidad por la entidad demandada, pero esta vez incluyendo todos los factores salariales percibidos y conforme fue ordenado por el *a quo*, esto es, incluyendo la parte correspondiente a la prima de alimentación, y prima de navidad devengadas durante el año inmediatamente anterior a la consolidación del derecho pensional. De tal suerte que la providencia recurrida se encuentra ajustada a derecho al ser las normas aplicables para tal efecto las que regulaban la pensión gracia y, por no encontrarse incurso en la disposición contenida en la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, le asistió razón al *a quo* al declarar la nulidad de los actos acusado y ordenar a la entidad demandada reajustar el valor de la pensión de jubilación gracia, teniendo en cuenta los factores salariales acreditados en el plenario y que no fueron tenidos en cuenta al momento del reconocimiento de la prestación, esto es, lo correspondiente a la prima de navidad, prima de vacaciones y jornada paralela.

En esas condiciones, pierden fundamento legal los argumentos de la entidad demandada para negar la reliquidación de la pensión gracia de jubilación, desvirtuándose, en consecuencia, la presunción legal del acto acusado, lo que impone a la Sala confirmar la decisión del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

CONFIRMAR la sentencia de veintiséis (26) de junio de dos mil doce (2012) emitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIÉCER FANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-23-31-002-2006-00742-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1378
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: LUISA ESTHELA BALLESTEROS ROMERO
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE SAN JUAN NEPOMUCENO BOLIVAR- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2007-00087-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) 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, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) 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., seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Luisa Esthela Ballesteros Romero**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional - Departamento de Bolívar – Municipio de San Juan Nepomuceno**
Expediente : **13-001-33-31-001-2007-00087-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Mediante sentencia de fecha diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013) se procedió a confirmar la sentencia de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados y negó las pretensiones de la demanda.

Revisado el expediente se observa que, la fecha de expedición de la providencia, es decir diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), no corresponde al día en el que se llevó a cabo la Sala en que se adoptó tal decisión, realizada el dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013).

En esa medida tenemos que el artículo 310 del C.P.C., señala:

“Art. 310.- Mod. Dec.2282 de 1989, art. 1, mod 140. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismo recursos que procedían contra ella, salvo los de casación o revisión.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1° y 2° del artículo 320.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella. (Subraya del despacho)

Analizado lo anterior, se observa que, el error en la fecha de la providencia corresponde a uno puramente mecanográfico, por lo que en aplicación de la norma precedente habrá lugar a la corrección de la fecha de la sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), en el sentido de determinar que la fecha de la misma corresponde a dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013), día en la que se adoptó tal decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001,

RESUELVE

PRIMERO: CORREGIR la fecha de la sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), y en su lugar se dispone que la fecha de la sentencia corresponde a dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013), día en que se adoptó tal decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

JORGE ELIECER FANDINO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente 13-001-33-31-001-2007-00087-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1379
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR :	JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ELEUTERIO CAMAÑO GARCES
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO D E BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2010-00297-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: SEIS (06) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-009-2010-00297-01
Demandante: ELEUTERIO CAMAÑO GARCÉS
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Instancia: SEGUNDA
Controversia: REGIMEN RETROACTIVO DE CESANTIAS DE EMPLEADOS TERRITORIALES

I. ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN.-

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de junio de 2012 dictada por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró probada la excepción de prescripción del derecho y se denegaron las pretensiones de la demanda.

1.2. DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Eleuterio Camaño Garcés, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo configurado por el silencio del Departamento de Bolívar ante la petición elevada por el demandante el día 28 de junio de 2010, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.

Consecuencialmente, deprecia se condene al departamento a reconocer y pagar la retroactividad de sus cesantías, la indexación de estas sumas a la fecha en que se realice de forma efectiva dicho pago y la correspondiente sanción por el pago tardío de las mismas, junto con los demás emolumentos a que tenga derecho.

Solicita se tenga en cuenta para efectos de la liquidación de las acreencias pedidas, el último sueldo devengado por el actor junto con el promedio de todos los factores salariales devengados en ese período.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.3. HECHOS.-

En la primera instancia, la parte actora desarrolló sus argumentos fácticos que la Sala procede a sintetizar a partir de la demanda, así:

El señor Eleuterio Camaño Garcés laboró en la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Mompox (en adelante E.S.E.) desde el 1º de septiembre de 1978 al 1º de mayo de 2006, siendo su última asignación salarial la suma de \$645.142,33.

Por ser un empleado público del sector salud del orden territorial vinculado con anterioridad al año 1993, es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas.

Las cesantías del demandante eran consignadas en el Fondo Nacional de Ahorro, por tanto, al momento en que se retiró en razón de su pensión, esa entidad le entregó lo que había ahorrado hasta esa fecha más los intereses de cesantías causados. Pero teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, dicha prestación debe ser liquidada con base en el último sueldo devengado junto con el promedio de todo lo que recibió como retribución directa o indirecta de sus servicios.

Existe una diferencia entre lo que recibió el actor por parte del Fondo Nacional de Ahorro y lo que correspondía realmente por retroactividad, suma que debía asumir la E.S.E., pero en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, el Decreto 530 de 1994 y el Decreto 1152 de 1996, el pago del pasivo prestacional de las entidades del sector salud es asumido por la Nación, el ente territorial a que correspondan y la institución donde se prestó el servicio, en los términos de concurrencia que establezca la ley y los respectivos convenios que se suscriban para estos efectos.

El día 28 de abril de 2009, el actor solicitó ante la E.S.E. el reconocimiento y pago de la retroactividad de sus cesantías sin recibir respuesta alguna.

En escritos del 29 de junio de 2007 y 28 de junio de 2010, realizó petición ante el Departamento de Bolívar en el mismo sentido, no emitiendo la administración pronunciamiento al respecto.

Los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la retroactividad de las cesantías son los siguientes:

Último sueldo básico	\$645.142,33
Auxilio de alimentación	\$37.864,66
Auxilio de transporte	\$63.793,33

Prima de antigüedad	\$50.154,25
Bonificación por servicios prestados	\$26.396,91
Prima de navidad	\$101.544,75
Prima de vacaciones	\$57.202,00

El monto de las cesantías retroactivas reclamado asciende a la suma de veintiséis millones ochocientos cuarenta y cuatro mil dieciocho pesos con veintiocho centavos (\$26.844.018,28), guarismo resultante de la multiplicación del promedio salario base: novecientos ochenta y dos mil noventa y ocho pesos con veintitrés centavos (\$982.098,23) por el número de días trabajados (9.840).

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El ente territorial demandado en escrito del 4 de abril de 2011 (fls.98-101), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de “prescripción de la acción laboral” y pago.

Funda el primer medio exceptivo argumentando que conforme a lo previsto en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de las cesantías se hace exigible al término del contrato de trabajo, por lo que la prescripción comienza a correr a partir del día siguiente a la terminación del contrato.

Sostiene que en el caso del demandante la prescripción de la acción laboral ocurrió desde el 1º de mayo de 2009, debido al desistimiento del peticionario (artículo 13 de Código Contencioso Administrativo).

Arguye a su vez, que el Fondo Nacional de Ahorro, al momento del retiro del demandante pagó las cesantías más los correspondientes intereses, cumpliendo así con la obligación laboral que tenía el empleador.

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-

El Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 27 de junio de 2012, declaró probada la excepción de prescripción del derecho y denegó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.

Consideró el *a quo* que al tener en cuenta la fecha de desvinculación del demandante (1º de mayo de 2006), éste tenía el término de tres (3) años para interrumpir la prescripción, en aplicación de la regla contenida en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, la cual se hace extensiva a las prestaciones de los servidores públicos que no tienen un régimen especial.

Estimó que en el *sub júdice* el demandante interrumpió la prescripción al momento de realizar la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el día 29 de junio de 2007, por lo que tenía hasta el 29 de junio de 2010 para presentar la demanda correspondiente.

Revisado el plenario encontró que el término prescriptivo fue interrumpido con la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación fechada 29 de junio de 2010, emitiendo dicha entidad constancia de no conciliación el 27 de septiembre de 2010. A su juicio el plazo máximo que poseía la parte demandante para acudir ante esta jurisdicción vencía el 28 de septiembre de 2010 y la demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2010, es decir, una vez se configuró la prescripción de los derechos.

De otro lado, precisó el juez de primer grado que si bien el actor radicó dos peticiones más ante el departamento, las cuales fueron presentadas con posterioridad a la solicitud inicial, por tanto no interrumpieron el término prescriptivo conforme a lo establecido en los artículos 41 del Decreto 3135 de

1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 y tratándose de prestaciones que no tienen carácter periódico, no es posible presentar reclamaciones indefinidas pues tal circunstancia atenta contra la seguridad jurídica haciendo nugatoria la prescripción, fenómeno extintivo del derecho que pretende sancionar la desidia o negligencia de su titular para acudir a la justicia.

1.6. RECURSO DE APELACIÓN.-

Mediante escrito del 30 de julio de 2012, el apoderado especial del demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y solicitó revocarla totalmente (fls.173-178).

Manifiesta inicialmente que si la relación laboral del actor terminó el día 1º de mayo de 2006, el término de prescripción debe contarse desde el 2 de mayo de 2006, por lo que el derecho al pago de las cesantías prescribe el día 2 de mayo de 2009. La solicitud de pago de las cesantías en forma retroactiva se hizo el día 28 de marzo de 2009, interrumpiéndose con ella el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual debe empezar a contarse nuevamente la prescripción a partir del 29 de marzo de 2009 y hasta el día 29 de marzo de 2012.

Plantea su desacuerdo con la forma en que el *a quo* estructuró la tesis de la prescripción al tomar la petición del 29 de junio de 2007 elevada por el demandante ante el Departamento de Bolívar como fecha para establecer la interrupción de la figura extintiva, no obstante no ser la entidad en la que prestó sus servicios. Sostiene que siendo así, el juzgador debió tomar la reclamación del 28 de marzo de 2009 presentada ante la E.S.E., por ser esta la entidad que está obligada a responder por la prestación requerida dado que ostenta la calidad de patrono del accionante.

A su parecer debe tenerse presente que el Departamento de Bolívar únicamente pasó a asumir el control de la E.S.E. mediante acta del 30 de diciembre de 2009, por consiguiente, sólo desde esa fecha y no antes, es cuando el departamento estaba legitimado para recibir y responder las demandas y reclamaciones que estén relacionadas con la entidad liquidada.

Recalca entonces que la solicitud realizada por el demandante el 29 de junio de 2007 ante el ente territorial accionado resulta, a todas luces, irrelevante, pues para ese momento no le asistía ninguna responsabilidad o deber para con las pretensiones que motivan la reclamación de marras, que tanto el agotamiento de la vía gubernativa, la solicitud de conciliación prejudicial y la demanda se efectuaron respecto del departamento por ser esa entidad la que asumió los pasivos de la E.S.E. con posterioridad a su liquidación.

Esgrime a su vez como argumento para desvirtuar la decisión de primera instancia que por tratarse de un derecho laboral debe darse aplicación del principio de favorabilidad, tal como lo señalan los artículos 29 de la Constitución Política, 21 del Código Sustantivo del Trabajo y 3° del Código Contencioso Administrativo y, haciendo una interpretación sistemática de esas normas debe concluirse que para determinar la efectividad de la prescripción del derecho al pago de las cesantías deben tomarse los efectos derivados de la reclamación presentada ante la entidad de salud el día 28 de marzo de 2009, de tal forma, que la interrupción de la prescripción va hasta el 29 de marzo de 2012, y como la demanda fue presentada el día 16 de diciembre de 2010, es palmario concluir que el derecho reclamado no se encuentra prescrito.

1.7. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.-

Conforme al artículo 251 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el canon 11 de la Ley 1395 de 2010, mediante auto del 5 de febrero de 2013(fl.185) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 11 de marzo

de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que presentarán sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.187). oportunidad de la que hizo uso el demandante (fl.188).

El Agente del Ministerio Público emitió concepto considerando ajustada a derecho la decisión del *a quo*, en cuanto encontró probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados (fls.216-223).

Anotó el procurador que con posterioridad a su desvinculación, el actor el día 29 de junio de 2007 formuló ante la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, considerando que la E.S.F. se encontraba adscrita a esa dependencia, solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas aplicando el sistema de retroactividad, por lo que es esa fecha la que sirve para contabilizar el término de prescripción, dado que al ser la primera reclamación administrativa el término se prorroga por uno igual.

Manifestó que pese a que el recurrente afirma que luego fueron presentadas otras reclamaciones administrativas que suspendieron la prescripción, basta señalar que la norma solo se refiere a la primera reclamación. Que en adelante se aprecia que el demandante interrumpió la prescripción con la solicitud de conciliación extrajudicial del 29 de junio de 2010, emitiendo dicha entidad constancia de no conciliación el 27 de septiembre de 2010, por lo que al día siguiente se reanudaba el término de prescripción.

Expresó, que teniendo en cuenta que al término solo le restaba un día para su vencimiento desde su interrupción en virtud del mecanismo de la conciliación prejudicial, el plazo máximo que poseía la parte demandante para acudir a la vía judicial vencía el 28 de septiembre de 2010, no obstante la demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2010, cuanto ya se encontraba prescrito el derecho.

II. CONSIDERACIONES

2.1. EXCEPCIONES.

En consideración a que el sentido de la sentencia de primer grado está dirigido a declarar probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados y, que la inconformidad de la parte demandante se funda en los siguientes argumentos: i) el *a quo* no tuvo en cuenta que pese a ser la E.S.E. llamada a responder por el pago de las acreencias reclamadas por haber sido la empleadora del actor, éste incoó únicamente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento de Bolívar por ser la entidad que asumió el pasivo del hospital liquidado y, ii) la forma de contabilización del término prescriptivo por parte del juez de primera instancia sin dar aplicación al principio de favorabilidad; esta Sala procederá a estudiar inicialmente la legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Bolívar como ente encargado de efectuar el pago de los pasivos laborales de la extinta E.S.E. y, a su vez, analizará si en el *sub júdice* operó la prescripción de las cesantías retroactivas deprecadas, causadas en virtud del tiempo laborado por el actor en la institución de salud y, si las demás solicitudes elevadas por la parte actora ante el departamento enjuiciado se constituyen en instrumentos de interrupción del término prescriptivo frente a la solicitud judicial del pago de la retroactividad de las cesantías.

- **Legitimación en la causa por pasiva.**

Del contenido de la sentencia impugnada se advierte que el fallador de primera instancia acertadamente no se detuvo en el análisis de la legitimación en la causa del departamento, pues tal como se advierte en el libelo introductorio el actor sólo puso en tela de juicio la legalidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por el silencio de la administración departamental ante la solicitud elevada el día 28 de junio de

2010 (fl.27-30), cosa distinta es que también habiendo agotado vía gubernativa ante la E.S.E. en el mismo sentido, considere que el pronunciamiento de dicha entidad adolece de algún vicio de ilegalidad y decida atacarlo por vía judicial.

Ahora, si bien es cierto que la obligación de reconocer la prestación reclamada sería de la E.S.E., se debe tener en cuenta que al momento de la presentación de la demanda la entidad de salud ha sido liquidada, por lo que es el Departamento de Bolívar quien debe asumir el pago de las contingencias surgidas con posterioridad al cierre del proceso liquidatorio y la terminación del encargo fiduciario, en razón de su calidad de depositario de los recursos remanentes del proceso liquidatorio del ente de salud.

Lo anterior encuentra su sustento legal en las previsiones del inciso 2° del párrafo del artículo 32 del Decreto 254 de 2000 *"Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional"*, **al cual también están sujetas las empresas sociales del Estado** (artículo 1° *ibidem*), cuando los recursos de la liquidación de una entidad no son suficientes, *"las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad"*.

La disposición en cita indica entonces que las obligaciones laborales, ante la insuficiencia de los recursos de la entidad liquidada, estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional, en este caso del orden departamental, que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad.

Según se dispuso en el artículo cuarto de la Resolución 209 del 26 de mayo de 2009 (fls.49-84), la reclamación judicial del demandante contenida en un proceso ejecutivo fue rechazada por extemporánea por tanto al tenor de lo

dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2211 de 2004, hace parte del pasivo no reclamado del ente liquidado.

Conforme a lo convenido en la cláusula séptima del acta de cierre de liquidación y disposición de bienes, derechos y obligaciones de la E.S.E. en liquidación, suscrita entre el Liquidador y los miembros de la Junta Asesora de esa entidad, visible a folios 87 y 88 del paginario, el pago del pasivo cierto no reclamado está a cargo del Departamento de Bolívar si subsisten recursos.

El artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, modificatoria del Decreto Ley 254 de 2000, preceptúa que a la terminación del plazo de liquidación de la entidad, se puede celebrar un contrato de fiducia mercantil que comprenda los activos de la liquidación, y el producto de éstos se destina al pago de los pasivos y contingencias de la entidad, pero si al terminar la liquidación todavía hay procesos pendientes contra aquélla, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo que administra la fiducia, esto sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.

En este orden, es claro que como se produjo la extinción de la E.S.E. demandada, opera la sucesión procesal según los términos del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia, la decisión que se adopta en la presente providencia produce efectos respecto del sucesor procesal, en este evento, el Departamento de Bolívar, a quien no le asiste deber alguno diferente al que le corresponde en razón de su calidad de depositario de los recursos remanentes del extinto hospital.

- ♦ **Prescripción de derechos laborales.**

La prescripción aparece definida como una acción o efecto de *"adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el*

transcurso del tiempo en las condiciones prevista por la ley” o en otra acepción como “concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo”¹

En el mismo sentido en pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia², han señalado que la *“prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular (...)”³*

Respecto a la prescripción extintiva se ha sostenido: *“(...) ha dado lugar a múltiples controversias respecto a las consecuencias provenientes de su estructuración, pues unos afirman que se trata de un medio de extinguir acciones y no el derecho, en tanto que otros dicen que la prescripción extingue la acción y el derecho sustancial... “NICOLAS COVIELLO afirma que la prescripción extingue el derecho mismo, y no tan sólo la acción: mantener con vida el derecho una vez extinguida la acción es una sutileza que no está conforme con los principios de nuestra Ley, según los cuales no hay derecho sin acción” y concluye diciendo “prescripción de acción y prescripción de derecho son conceptos equivalentes”, posición que es compartida aun con otras argumentaciones, por DE RUGGIERO, quien anota, “creemos, con la mayoría, que el efecto extintivo se da también en derecho. Y esto no porque el derecho sustancial y la acción se confundan (pues son conceptos y momentos diversos), sino porque siendo la tutela*

¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición. Madrid 1992.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencias del 27 de enero de 1994, Exp.8847, C.P. Dra. Clara Forero de Castro; 27 de noviembre de 1997, Exp.16971, C.P.: Dra. Clara Forero de Castro; 20 de enero de 2000, Exp 22866 C.P.: Dr Carlos Oijuela Góngora, entre otras.

³ COVIELLO NICOLAS, Doctrina General del Derecho Civil. UTEHA 1949, citado por el doctor Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, pág. 135, Señal Editora. 1996.

judicial una nota inmanente y esencial del derecho, perdida aquella se pierde también éste."⁴

Es regla general que los derechos laborales no ejercidos en tiempo, se extinguen. En ello coinciden tanto el régimen de derecho administrativo laboral como el de derecho laboral privado.

Tanto el Decreto 3135 de 1968 como el Decreto 1848 de 1969, mediante el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en sus artículos 41 y 102, respectivamente, regulan el tema de la prescripción así:

"Artículo 41º. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

"Artículo 102. Prescripción de las acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

La ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto de otros derechos laborales, no incluidos en los decretos citados, no implica la imprescriptibilidad de los mismos, de ahí que por analogía se aplica el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, a menos que existan cánones que regulen este tópico en puntos específicos, norma que al tenor reza:

⁴LOPEZ BLANCO HERNÁN FABIO Instrucciones del Derecho Procesal Civil Parte General. Sexta Edición. Págs. 367 y 368

“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero por un lapso igual.”

Así las cosas, no cabe duda que aunque por ley un determinado servidor o ex servidor es titular de un derecho laboral, el no ejercicio en tiempo del mismo, genera la pérdida de la correspondiente garantía.

A la luz de la disposición transcrita, es incontrovertible también que el solo reclamo administrativo presentado por escrito, a efectos de acceder al derecho laboral del que se es titular, interrumpe a favor del reclamante el término trienal prescriptivo, lo que significa que se beneficia de un nuevo e igual plazo, interrupción que opera **por una sola vez**.

La Corte Constitucional en sentencia C-072 del 23 de febrero de 1994, al referirse a la oportunidad en el derecho haciendo el análisis de la prescripción, ha expresado:

*“Cuando los juristas romanos manifestaron que el tiempo rige el acto jurídico, **tempus regit actum**, señalaron el sentido de la oportunidad de ejercer la acción, pues el tiempo determina el adecuado ejercicio de ésta, con el fin de que el derecho siempre sea no sólo lo justo y equitativo, sino lo proporcionado con la realidad, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar.*

La oportunidad es una condición de viabilidad del ejercicio del derecho y de la eficacia de la acción. Lo justo jamás puede ser inoportuno. El concepto de oportunidad se refiere, ante todo, a la necesidad o conveniencia determinadas por el tiempo o por el espacio, las dos dimensiones ineludibles de toda conveniencia humana, por ser realidades evidentes.

*El transcurso de cierto lapso, unido a otros elementos de **factum**, puede llevar a presumir el fallecimiento de una persona, por vía de la institución de la ausencia. La mora, base misma del edificio obligacional, es otro ejemplo singular. La prescripción utiliza al tiempo para producir sus consecuencias, pero le agrega otros ingredientes que denotan sus particularidades.*

(...)

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo.” (Negrillas del texto)

En la prolífica jurisprudencia del Consejo de Estado y en especial de la Sección Segunda, existen múltiples pronunciamientos que tratan el asunto puesto de presente, entre ellas se esbozó:

“ (...) la prescripción del derecho hace alusión al lapso con el que cuenta el administrado para exigir de la administración un derecho, normalmente este es de tres (3) años a partir de su causación salvo los eventos de interrupción por petición expresa conforme al enunciado general del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, pero sucede que una vez la administración manifiesta su decisión a través de un acto administrativo, emite un pronunciamiento que define la situación particular y respecto de aquél debe operar el término de caducidad para acudir a la jurisdicción en procura de obtener su nulidad, dudo que la posibilidad de instaurar una nueva petición sobre el mismo derecho no afecta el acto expreso que ya lo había definido, el cual se mantiene incólume.”⁵

“Es claro que la prescripción de los derechos es una sanción en contra del titular de un derecho cuando no acude ante la autoridad competente en procura del mismo. Teniendo en cuenta lo anterior se observa que la prescripción de los derechos laborales se consume, cuando no se ejerce ante la Administración el derecho de petición en interés particular dentro del término referido y se dejó transcurrir más de tres años desde su causación.”⁶

Conforme lo anterior, se puede afirmar que la prescripción de derechos laborales se consume, cuando no se ejerce ante la administración el derecho de

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 16 de junio de 2005. Exp.1999-02557-01(4159-02) C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 21 de agosto de 2007. Exp.2007-00043. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

petición en interés particular dentro del referido término y se deja transcurrir más de tres (3) años desde su causación. El término de tres (3) años para la ocurrencia de la prescripción, y el de su interrupción, es entonces el lapso que la ley prevé para que el servidor pueda legítimamente acudir ante el Estado para reclamar el reconocimiento de aquellos derechos de los que es o cree ser titular y respecto de los cuales la administración no ha hecho expreso reconocimiento en la forma y términos previstos en la ley.

Por otra parte, para efectos de determinar el momento a partir del cual se contabiliza el término trienal para el ejercicio de las acciones de naturaleza laboral, señaló el Consejo de Estado **que se cuenta a partir del retiro del servicio**⁷, es decir, de la desvinculación del empleado o trabajador.

En ese marco y resumiendo, se tiene que si el empleado, cualquiera sea su nivel, salvo los sujetos a regímenes especiales prescriptivos, caso que no es el del actor, no reclama dentro de los tres (3) años siguientes a su retiro, sus derechos laborales, operará para él, el fenómeno de la prescripción; y que igual suerte correrá, si luego de reclamar e interrumpir dicho fenómeno, deja pasar el plazo también trienal adicional, instituido en su beneficio.

- **Caso concreto.**

Los cargos de ilegalidad que se proponen contra el acto ficto acusado consiste en esencia, por una parte, en la violación de normas que rigen el sistema retroactivo de cesantías, en virtud del cual al señor Eleuterio Camaño Garcés se le debe reconocer, liquidar y pagar sus cesantías conforme lo estipulan los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 1º del Decreto 2567 de 1946 y 1160 de 1947 y, por la otra, el desconocimiento de las normas que regulan la prescripción de los derechos laborales.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. Sentencia del 12 de marzo de 2009. Exp 68001-23-15-000-2003-00241- 01(1945-07) C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

Trayendo lo anterior al caso *sub examine*, se evidencia que conforme a las certificaciones adiadadas 17 de abril de 2007 y 4 de octubre de 2006, expedidas por el Tesorero y el Jefe de Talento Humano del extinto hospital, el demandante laboró como conductor en esa entidad desde el día 1º de septiembre de 1978 hasta el 1º de mayo de 2006, respectivamente (fls.46-47), fecha ésta última a partir de la cual empieza a correr la prescripción trienal.

De igual forma se advierte que el actor el día 29 de junio de 2007 (fls.43-44) solicitó ante la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas causadas durante todo su tiempo de servicio y, ante la falta de respuesta reiteró lo pedido con escrito del 28 de junio de 2010 (fls.27-30).

Sea lo primero precisar que no encuentra la Sala razón a los argumentos vertidos por el impugnante en el entendido que se debe tener en cuenta la petición presentada ante la E.S.E. el día 18 de abril de 2009 y no la radicada ante la dependencia departamental el 29 de junio de 2007, pues como ya quedó dicho, habiéndose impetrado la demanda contra el Departamento de Bolívar por considerarlo el actor como responsable del pago de las acreencias reclamadas en virtud de la extinción jurídica del hospital para la fecha de presentación de la demanda, es el agotamiento de la vía gubernativa ante el ente departamental el que debe tenerse en cuenta para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo.

Los derechos de carácter laboral prescriben al cabo de los tres (3) años contados desde la fecha en que se han hecho exigibles. Este lapso puede interrumpirse por una sola vez por otro término igual, mediante reclamación elevada ante la autoridad competente. Pasados los tres (3) años, los derechos dejados de ejercitar se pierden por el fenómeno extintivo de la prescripción. A

este respecto, habrá casos en los que podría darse la vigencia de la acción y simultáneamente la prescripción de los derechos.

En este caso, el demandante tenía derecho a cobrar las pretensiones solicitadas derivadas de la relación laboral desde el 2 de mayo de 2006 hasta el 2 de mayo de 2009, y elevó su reclamación el 29 de junio de 2007 (fls.43-44), data en la que se interrumpió el fenómeno prescriptivo hasta el 29 de junio de 2010.

La demandada no emitió respuesta ante lo requerido por el actor, de lo que se constata claramente la existencia del acto administrativo ficto o presunto acusado, por lo que es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue presentada en término, el día 16 de diciembre de 2010 (fl.21) en virtud a que podía ser incoada en cualquier tiempo, más sin embargo, el derecho al pago de lo solicitado se encuentra prescrito.

En efecto, el accionante presentó la solicitud de conciliación prejudicial de que trata el artículo 20 de la Ley 640 de 2001, el día 29 de junio de 2010 (fls.23-31), faltando un día para la ocurrencia del fenómeno extintivo del derecho.

Según se observa a folios 23 y 24 del plenario, la Procuraduría 65 Judicial I ante los Juzgados Administrativos expidió constancia de no conciliación el día 27 de septiembre de 2010, lo que indica que el accionante debía impetrar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el 28 de septiembre de 2010, empero, presentó la demanda el día 16 de diciembre de 2010, esto es, cuarenta y ocho (48) días después, dejando fenecer así su oportunidad para reclamar el derecho laboral aquí pretendido.

Lo anterior es coincidente con los razonamientos vertidos por el juez de primer grado para afirmar que en el caso de marras se configuró el fenómeno de la prescripción del derecho laboral solicitado, pues atendiendo las reglas

expuestas sobre prescripción y su interrupción, se hace forzoso llegar a la conclusión de que el actor deliberadamente permitió que se extinguiera su derecho de accionar para reclamar las acreencias laborales a las que estimaba tenía derecho.

Tampoco es posible en el *sub lite* dar aplicación al principio de favorabilidad en el sentido pretendido por el recurrente, esto es, haciendo una interpretación sistemática de la Constitución Política, el Código Sustantivo del Trabajo y el Código Contencioso Administrativo, de tal forma que para el reconocimiento de las cesantías retroactivas se tomen los efectos derivados de la reclamación presentada ante la E.S.E. el 28 de marzo de 2009; pues la característica rogada que infunde la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuanto a la revisión de los actos administrativos, impide un control general de los mismos o sobre otros actos administrativos de los que no solicitó el demandante su nulidad, ni planteó su ilegalidad en el concepto de violación.

A la luz de lo establecido en el artículo 170 del *ibidem*⁸, debe concluirse que la sentencia proferida por el fallador de primer grado no puede ser *extra* o *ultra petita*, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción y, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión.

Así las cosas, el proveído impugnado será confirmado en cuanto encontró debidamente demostrada la excepción de prescripción formulada por el ente territorial demandado.

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,

⁸ “La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones (...)”.

III. FALLA :

CONFIRMAR la sentencia del veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados y negó las pretensiones de la demanda.

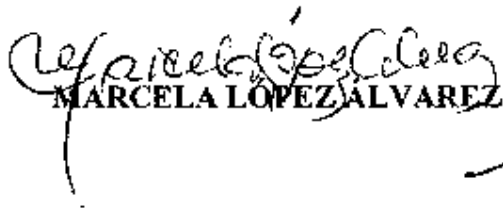
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

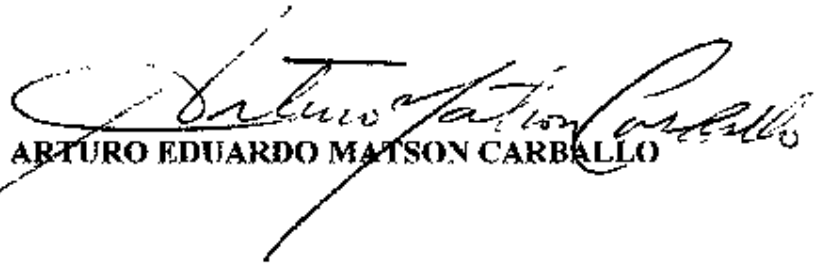
Los Magistrados,



JORGE ELÉCER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1380
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: CARMEN SALGADO DE MENDOZA
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO D E BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2011-00033-01
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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-009-2011-00033-01
Demandante: CARMEN SALGADO DE MENDOZA
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

I. ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN.

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de agosto de 2012 dictada por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual declaró probada la excepción de prescripción del derecho y negó las pretensiones de la demanda.

1.2. DEMANDA.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Carmen Salgado Mendoza, mediante apoderado judicial, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad del oficio por medio del cual el Departamento de Bolívar, dio respuesta a la petición formulada el día 08 de agosto de 2010, mediante la cual se solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas y la respectiva sanción moratoria.

Consecuencialmente, solicita que se condene al departamento a reconocer y pagar la retroactividad de sus cesantías, la indexación de estas sumas a la fecha en que se realice de forma efectiva dicho pago y la correspondiente sanción por el pago tardío de las mismas.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.3. HECHOS.

La parte actora desarrolló sus argumentos fácticos, así:

La señora Carmen Salgado Montes, prestó sus servicios al Departamento de Bolívar-Servicio de Salud de Bolívar-Unidad Regional de Salud # 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, desempeñándose en el cargo de Operaria de Servicios Generales, desde febrero 12 de 1985 hasta el 30 de julio de 1998.

Mediante Resolución 987 del 08 de mayo de 1997, el gobernador del departamento, certificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 60 de 1993 y el Decreto 1770 d 1994.

Como consecuencia de tal certificación, se transfirió al Municipio de San Juan Nepomuceno la planta de personal del Centro Hospital del mismo ente territorial.

Que la transferencia de dicho personal fue sin solución de continuidad.

Por ser un empleado público del sector salud del orden territorial vinculado con anterioridad al año de 1993, es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas.

El 08 de agosto de 2010, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las

cesantías retroactivas.

El 19 de noviembre de 2010, presentó solicitud de conciliación extrajudicial.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, en escrito del 6 de septiembre de 2011 (Fls.59-60), se opuso a las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que de conformidad con las normas que regulan la materia no está obligada al pago deprecado.

Por su parte el Departamento de Bolívar, se opuso a cada una de las pretensiones formuladas, esgrimiendo como excepción la prescripción de los derechos laborales, argumentando que tal reconocimiento fue solicitado 12 años después de haberse causado. (Fls. 62-64)

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 15 de agosto de 2012, declaró probada la excepción de prescripción del derecho y denegó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.

Al respecto al A-quo sustentó su posición al tenor de lo expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que señalaba que todo servidor público en quien no recaiga un régimen prescriptivo especial, debía formular la solicitud de reconocimiento de cesantías dentro de los tres años posteriores a su retiro.

Con base en lo anterior, el juez de instancia consideró que la solicitud de reconocimiento de las cesantías fue solicitada doce años después de habersele causado el derecho.

En cuanto a la continuidad en el servicio aducida por el demandante, estimó que dicho argumento no es de recibo, puesto que si así fuera, debía declararse una falta de legitimación en la causa por pasiva. Y en el evento en que la demanda estuviera dirigida contra el Municipio de San Juan de Nepomuceno, tampoco sería posible reconocer las cesantías, puesto que no media prueba en el expediente que la actora se haya desvinculado del servicio.

1.6. RECURSO DE APELACIÓN.

Mediante escrito del 30 de julio de 2012, el apoderado especial del demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y solicitó revocarla totalmente (Fls.140-145).

En cuanto a la prescripción manifiesta que el Departamento de Bolívar se encontraba inmerso en la Ley 550 de 200, desde el año 2000 hasta julio de 2012, lo que indica que los términos de caducidad y prescripción se encontraban suspendidos.

En cuanto a la falta de legitimación por pasiva esgrime que el fallador desconoció que los servicios seccionales de salud son parte de la estructura administrativa de los departamentos.

Así mismo, reitera que no se aplicó lo dispuesto en el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, que prevé la responsabilidad solidaria entre los empleadores cuando media una sustitución.

1.7. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.-

Por auto del 13 de marzo de 2013(fl.153) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 18 de abril de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que presentarán sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.155).

1.8 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado de la parte demandante mediante escrito de fecha 07 de mayo de 2013, alegó de conclusión (fls. 156-161), reiterando los fundamentos jurídicos expuestos en el recurso de alzada.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PRELIMINAR

Verificado el expediente la Magistrada Marcela López Álvarez, invocando la segunda causal de recusación contemplada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta que se encuentra impedida para pronunciarse de fondo dentro del presente asunto, toda vez que dictó la sentencia objeto de apelación, por lo que se procederá a la aceptación de dicho impedimento.

2.1. PROBLEMA JURIDICO.

¿Es beneficiaria la demandante del régimen de retroactividad de las cesantías?

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas correspondientes al periodo del 12 de febrero de 1985 al 30 de julio de 1998?

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de San Juan Nepomuceno?

¿Es procedente afirmar que respecto de las cesantías retroactivas reclamadas por la demandante ha operado el fenómeno de la prescripción?

Propuesto lo anterior procede la Sala a resolver cada uno de los interrogantes planteados de cara a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Así, en cuanto al primer problema jurídico planteado, se precisa:

1. Marco jurídico y jurisprudencial de las cesantías. Empleados del Sector Salud.

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 que en su artículo 17¹, estableció esta prestación social en razón de un mes de salario por cada año de servicios.

Dicha disposición, en el artículo 1º, previó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro”*.

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º², reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

Posteriormente, el Decreto 3118 de 1968³, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir

¹ “Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942. “ (.)

² “Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942 ” (...)

del 1° de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 *ibídem* se establecieron intereses del 9% anual sobre las sumas que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió al 12% por virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen dispuso a cargo del Fondo Nacional del Ahorro el pago de intereses para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria.

No obstante, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945 y los artículos 1° del decreto 2767 de 1945, 1° de la ley 65 de 1946 y 1°, 2°, 5° y 6° del decreto 1160 de 1947, normativa que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses.

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de

³por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998

diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional o territorial). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto, el Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

“Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998.”.

Ahora bien, con relación al tema específico de las cesantías de los servidores públicos del sector salud, se hacen las siguientes precisiones:

La ley 60 de 1993 que contiene normas orgánicas relativas a la distribución de competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, en los términos de los artículos 181, 288, 356 y 357 de la Constitución, buscó resolver los problemas originados en la financiación de ciertas obligaciones derivadas de la prestación de servicios, entre otros, el de la salud que se hallaba, en todo o en parte, a cargo de la Nación. Entre esas obligaciones se encontraban las comprendidas dentro del pasivo prestacional de los servidores

del sector de la salud que, por diferentes razones, se había venido acumulando en el transcurso del tiempo, sin que se hubiera diseñado una solución viable y efectiva para contrarrestar el problema.

Para atender el pasivo prestacional de los servidores del sector salud se instituyó el Fondo Prestacional del Sector Salud, tal como se evidencia de las razones que justificaron su creación:

"Con la creación de este Fondo se intenta resolver definitivamente el pago del pasivo prestacional del sector salud y garantizar el éxito de la descentralización en el mismo sector. Este es uno de los puntos más importantes del proyecto teniendo en cuenta que en la actualidad existe una franja considerable de los trabajadores de los servicios de salud que debido a la dispersión de regímenes jurídicos que ha operado en el sector, no se encuentran afiliados a Cajas de Previsión y por consiguiente su futuro pensional es incierto. Además, para los entes territoriales es igualmente importante contar con reglas de juego claras en lo que se refiere a estos pasivos laborales previas a la asunción de los servicios. Es un hecho que este elemento ha sido el mayor obstáculo al proceso descentralizador iniciado con la expedición de la Ley 10 de 1990" (Gaceta del Congreso No.137, Santafé de Bogotá, 18 de mayo de 1993, P.7)

El Fondo en cuestión se creó como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional a favor de los servidores pertenecientes a las entidades de salud del sector oficial, del subsector privado sostenido y administrado por el Estado, de las entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado, por concepto de cesantías, reservas para pensiones de jubilación, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1993 (artículo 33 de la ley 60 de 1993).

Además de establecer el origen, naturaleza y objetivos del Fondo, el artículo 33 de la ley 60 de 1993, definió la metodología para calcular el valor de los pasivos prestacionales y autorizó a los gobiernos nacional, departamental,

distrital y municipal para emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública destinados a cubrir el pasivo prestacional.

Dispuso además, que el pago de los pasivos por el Fondo "*podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen*" y, advirtió, que "*en todos los casos se entenderá que en la fecha del pago del pasivo prestacional causado, se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda.*"

Posteriormente, el artículo 242 de la ley 100 de 1993 definió concretamente las responsabilidades del Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud en materia de cesantías y pensiones:

"El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.

A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicables. (...)

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndase por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993". Subrayas fuera texto)

Para concluir el tema, es preciso aclarar que las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las

cesantías y pensiones a las que están obligadas, en los términos del artículo 242 de la ley 100 de 1993, hasta el momento en que se firme el contrato en el cual se establezca la concurrencia para el pago de la deuda (proporción o porcentaje en que han de concurrir financieramente los entes territoriales), en los precisos términos establecidos en los artículos 17 a 21 del decreto 530 de 1994 (artículo 24 ibídem).

Del anterior recuento⁴ se establece que, por regla general, el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso. Ello, salvo que tratándose de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que hubieren optado por el régimen de liquidación y pago de las cesantías previsto en esta norma, renunciando al régimen de retroactividad que se les venía aplicando – evento este último en el que no se ubica la actora, puesto que no obra en autos escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad, supuesto que tampoco se alega por las partes.

Al compás del recuento normativo expuesto y de conformidad con el caudal probatorio obrante en el proceso, se tiene que la demandante laboró desde el 12 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1998, en la Unidad Regional de

⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00942-01(904-06). Actor: JOSE GABRIEL AMARILLO ESPAÑA. Demandado: HOSPITAL SAN RAFAEL NIVEL II DE SAN JUAN DEL CESAR – GUAJIRA.

Salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar en el cargo de aseadora⁵.

Correlativamente a folio 9 del plenario, consta copia del acta de posesión de fecha 12 de febrero de 1985, que da cuenta de la vinculación de la actora en calidad de Aseadora en la referida entidad.

De conformidad con las probanzas resaltadas, colige esta Sala que el régimen de cesantías de la demandante es el retroactivo, como quiera que se vinculó al sector salud en el año de 1985, es decir, con anterioridad a la vigencia del artículo 242 de la ley *ibidem*.

Lo anterior significa que tal prestación se debe liquidar con el último salario devengado, conforme las disposiciones que regulan la materia.

Resuelto el primer problema jurídico, procede la Sala al estudio del segundo planteamiento formulado así:

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas correspondientes al periodo del 12 de febrero de 1985 al 30 de julio de 1998?

La parte demandante en su escrito de apelación manifiesta que no comparte la decisión adoptada por el A-quo, por cuanto no se tuvo en cuenta que con el proceso de descentralización administrativa realizado en el sector salud del Departamento de Bolívar, se produjo el fenómeno Jurídico de la Sustitución patronal, y por tal motivo los patronos (Empleadores), son responsables solidarios de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles al patrón sustituido.

⁵ Folios 8.

Al respecto se observa que a folios 11-12, consta copia del acta de entrega de personal del Centro Hospital de San Juan Nepomuceno, Centro de Salud San Cayetano y San Pedro Desconsolado al Municipio de San Juan Nepomuceno; en la cual se contempló que el Departamento de Bolívar se comprometía a gestionar ante el Fondo del Pasivo Prestacional la transferencia a los fondos de cesantías y pensiones, y la deuda prestacional causado por estos conceptos hasta el 31 de julio de 1998.

En el párrafo primero de la referida acta, se dispuso que el Departamento de Bolívar junto con el Departamento Administrativa de Salud de Bolívar, diligenciarían el saneamiento en todos los aspectos de orden salarial y prestacional, hasta la fecha en que sean transferidos e incorporados a la planta de cargos del Municipio de San Juan Nepomuceno⁶.

A folios 13-16 media la lista de empleados que fueron incorporados a la planta de cargos del Municipio de San Juan Nepomuceno, dentro de la cual se encuentra la demandante.

En armonía con lo anterior, estima la Sala que el Departamento de Bolívar es quien tiene el compromiso de reconocer y pagar, las cesantías retroactivas, por lo menos hasta el 30 de julio de 1998, fecha en que la demandante fue transferida a la planta de personal del Municipio de San Juan Nepomuceno, en las mismas condiciones salariales y prestacionales en que venía, pues a partir de ese momento la responsabilidad en materia salarial y prestacional quedaba a cargo de dicha entidad territorial.

En consecuencia y como quiera que el ente territorial demandado no demostró que al momento de la transferencia, estuviese al día en materia prestacional

⁶ *Ibidem*.

por concepto de pago de cesantías retroactivas, no queda duda que la reclamación de dicha prestación era procedente dirigirla contra el Departamento de Bolívar, como en efecto lo hizo la demandante mediante escrito radicado el día 08 de agosto de 2010⁷, petición que le fue resuelta en forma negativa.

Además, porque el Departamento de Bolívar tampoco demostró que la actora hubiese sido beneficiaria del Fondo del pasivo prestacional en salud en los términos del Decreto 530 de 1994 reglamentario de los artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y 242 de la Ley 100 de 1993 y que en esa calidad le hubiese sido ya reconocida y pagada la obligación reclamada por concepto de cesantías retroactivas netas acumuladas, ante lo cual por existir discrepancias en ese aspecto, el inciso final del párrafo del artículo 8 del Decreto 530 de 1994, establece que se podía reclamar directamente a la institución que generó la obligación, en este caso al Departamento de Bolívar.

En definitiva, la Sala como respuesta al segundo problema jurídico planteado, encuentra plenamente acreditada la legitimación en la causa por pasiva, por cuanto considera que el Departamento de Bolívar ostenta la obligación de reconocer y pagar las cesantías retroactivas de la actora generadas hasta el 30 de julio de 1998 fecha en que se efectuó la transferencia del personal al Municipio de San Juan Nepomuceno.

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de San Juan Nepomuceno?

Sobre este punto resulta imperioso destacar que en sentencia de Sala Plena de Descongestión de fecha 16 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Bolívar unificó criterio y en tal sentido debe entenderse que la accionante en el

⁷Folio 10.

sub iudice no procura el pago de la cesantía definitiva, sino que el Departamento de Bolívar emitiera el acto de reconocimiento de lo adeudado a título de cesantías y a su vez lo trasladara al fondo administrador de cesantías al cual se encuentra afiliada la trabajadora.

La anterior tesis tuvo como sustento jurisprudencial el pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado sobre esta misma situación, en la que estimó lo siguiente:

“De esta manera, no se puede afirmar que existió rompimiento del vínculo laboral que la actora traía con el departamento, sino que como empleada del sector salud, fue denominada “de transferencia” como consecuencia del proceso de descentralización. No existiendo entonces rompimiento del vínculo laboral la actora continuaba disfrutando de los beneficios prestacionales que traía, por tener la connotación de derechos adquiridos, entre ellos, el de la retroactividad de la cesantía cuyo valor debía asumir el Departamento de Santander hasta el 31 de diciembre de 1993, al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993. (...)

Consecuente con lo anterior, no es posible entender que la transferencia de los empleados del sector salud a los hospitales del departamento, originó el rompimiento del vínculo laboral que se traía y que por ello el beneficiario de la cesantía debía reclamar su pago definitivo ante el Fondo de cesantías de Santander, so pena de la aplicación del fenómeno prescriptivo trienal.

Por las anteriores consideraciones la sala concluye que la peticionaria no pretendía el reconocimiento de la cesantía definitiva, sino que ha de entenderse que lo pretendido era que la administración emitiera el acto de reconocimiento de lo adeudado a título de cesantía y lo trasladara al fondo privado al cual se encontraba afiliada, máxime cuando según lo informa el folio 74, el departamento asumió el pasivo prestacional de cesantías que estaba a cargo del Instituto de Previsión social a 31 de diciembre de 1995, en concurrencia con el ministerio de hacienda.

Así las cosas, la prescripción que el Tribunal aplicó al derecho prestacional reclamado por la actora en este proceso, no resulta válido, en la medida en que hasta tanto exista retiro definitivo del servicio, no empieza a contabilizarse el término legal para que el extrabajador reclame sus prestaciones.

*Esta novedad, la del retiro definitivo del servicio, no aparece certificada en ninguno de los documentos que conforman el expediente, por el contrario, en varias de las certificaciones se aduce la calidad de activa de la trabajadora. Le asiste razón al impugnante y por tanto la sentencia será revocada, en razón a que el Departamento de Santander estaba en la obligación de reconocer al demandante de manera retroactiva la cesantía, la cual debía consignarse más no entregarse a la beneficiaria, quien según lo informa el Gerente de la empresa social del estado Hospital Integrado San Antonio de Puente Nacional, para el 2 de abril de 2004 y desde el 22 de agosto de 1994, continuaba laborando en dicha entidad (Fol. 47), es decir que se trata sin duda de una empleada activa”.*⁸

En síntesis, el hecho de que la demandante actualmente se encuentre vinculada con el municipio, pues no media prueba que acredite lo contrario, no hace nugatorio el reclamo de las cesantías retroactivas, pues a luz sentencia proferida por esta Corporación, en el sub judice media una situación sui generis, es decir, no se pretende el pago de las cesantías definitivas, sino el cumplimiento de lo suscrito por el Departamento de Bolívar en el acta de transferencia, en la cual se comprometió a liquidar y reconocer las cesantías retroactivas de la actora generadas desde el 12 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1998.

Ahora, si bien el anterior criterio permite afirmar que a la accionante le asiste el derecho a que el Departamento de Bolívar liquide y reconozca, debidamente indexadas las cesantías retroactivas, y que además le sean consignadas en el fondo de cesantías al cual se encuentre afiliada, considera la Sala que de tal interpretación surge el siguiente problema jurídico, el cual debe ser resuelto, toda vez que constituyó el fundamento principal del A-quo para negar las pretensiones de la demanda.

⁸ Consejo de estado, sala de lo Contencioso administrativo, sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009) Radicación No. 68001-23-15-000-2003-00241-01(1945-07)

¿Es procedente afirmar que respecto a las cesantías retroactivas reclamadas por la demandante ha operado el fenómeno de la prescripción?

Al respecto, el A-quo declaró probada la excepción de prescripción de los derechos laborales, propuesta por la demandada, pues a su juicio la actora solicitó el reconocimiento de las cesantías con posterioridad al término de 3 años contados desde que se hizo exigible la obligación, es decir desde el 30 de julio de 1998.

A juicio de la juez de instancia no procede el reconocimiento de los derechos laborales reclamados, por cuanto estima que a partir del 30 de julio de 1998, se creó un nuevo vínculo laboral con el Municipio de San Juan Nepomuceno, en virtud de la transferencia efectuada; por tal razón el reclamo de las cesantías debía hacerse dentro de los 3 años siguientes a la terminación de la relación laboral con el Departamento de Bolívar.

Para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por el A- aquo, pues siendo consecuente con el criterio de unificación desarrollado por esta Corporación, en el sub lite resulta improcedente aplicar la prescripción de los derechos laborales, en tanto se estima que la transferencia de los empleados al Municipio de San Juan Nepomuceno, no terminó el vínculo laboral; lo que indica que hasta tanto no medie el retiro definitivo del servicio no es posible contabilizar el término de prescripción trienal para el reclamó de las cesantías parciales.

En cuanto al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se negará dicha pretensión, en razón de que el reconocimiento de esta indemnización solo procede cuando la administración retarda el pago de la cesantía definitiva,

originada en la terminación por cualquier causa de la relación laboral, ya sea por despido, por retiro voluntario, por vencimiento del término del contrato, por declaratoria de insubsistencia, entre otros.

En este orden de ideas, y como la prestación que la actora reclama no se origina en ninguno de los eventos reseñado, no se puede entender como definitiva la prestación que reclama y por ende no es posible acceder al reconocimiento de la indemnización por mora.

Conforme a todas las razones expuestas a través de las cuales se dio respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala considera procedente revocar el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagenay, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la nulidad del acto demandado, pero a título de restablecimiento del derecho, lo que se ordenará es que el Departamento de Bolívar liquide y reconozca a la señora Carmen Salgado de Mendoza, debidamente indexadas las cesantías retroactivas a que tiene derecho, por haber laborado al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, desde el 12 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual fue transferida al Municipio de San Juan Nepomuceno y que ese valor liquidado y reconocido, le sea consignado en el Fondo de cesantías elegido por dicha trabajadora.

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

III. FALLA:

REVOCAR la sentencia del quince (15) de agosto de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados y, en su lugar negó las pretensiones de la demanda. En consecuencia se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Departamento de Bolívar- Secretaria Departamental de Salud, negó a la señora la señora Carmen Salgado de Mendoza, la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de cesantías retroactivas, por el tiempo que dicha demandante estuvo vinculada al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, esto es, desde el 12 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual fue transferida al municipio de San Juan Nepomuceno.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Gobernación de Bolívar – Secretaría de salud Departamental, liquidar y reconocer a la demandante, debidamente indexadas las cesantías retroactivas a que tiene derecho por haber laborado al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, desde el 12 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual fue transferida al Municipio de San Juan Nepomuceno y que ese valor reconocido le sea consignado a la actora en el respectivo Fondo Administrador de cesantías al cual se halle afiliada.

TERCERO: Negar las demás pretensiones.

CUARTO: Abstenerse de condenar en costas.

QUINTO: Notificar personalmente esta decisión al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho.

SEXTO: ACEPTAR el impedimento manifestado por la Magistrada Marcela López Álvarez dentro del sub iudice y, en consecuencia, se le declara separada del conocimiento del presente asunto.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


JORGE ELIÉCER ANDINO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
(Impedida)


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1381
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2002-01731-01
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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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 BOLIVAR
DESPACHO 002 DE DESCONGESTIÓN

SALA DE DECISIÓN N° 004

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

Sentencia 302 de 2013

2° instancia.

Tema: Caducidad de la acción.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación	: 13-001-23-31-000-2002-01731-01
Demandante	: SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES.
Demandado	: UAE DIAN

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1° de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Marzo veintiséis (26) de 2010, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado a través de apoderado judicial por la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES contra la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, providencia a través de la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción, inhibiéndose el Despacho para pronunciarse de fondo en el asunto .

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES, por medio de apoderado judicial, presentó

demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra UAE DIAN, para que previo el trámite a que haya lugar, se declare la nulidad de:

- La Resolución número **0044** de junio 18 de 1998, emitida por la División de Liquidación Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cartagena de Indias D.T y C., la Resolución N° **000160** de agosto 31 de 1999, expedida por el entonces Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, señor Carlos Eduardo Cavelier Martínez y la Resolución N° 000957 de junio 13 de 2002 emitida por el Jefe de la División de Recaudación y Cobranzas, señor Jairo Gómez Baraza.
- Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se ordene el restablecimiento del derecho a "S.I.A. COMERCIO EXTERIOR ASESORES LIMITADA", lo cual debe hacerse con las siguientes o similares declaraciones:
 - a) Que todos los actos que realice la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en desarrollo de lo dispuesto en la resolución cuya nulidad se demandan, los números 0044 de junio 18 de 1998, 000160 de agosto 31 de 1999 y la 000957 de junio 13 de 2002, en virtud de la fuerza ejecutoria que gozan, como actos administrativos que son, queden sin efecto como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD.
 - b) Que si en razón de esa fuerza ejecutoria de los actos demandados, mi patrocinada ha debido pagar o llegare a pagar alguna suma de dinero al Estado Colombiano, esa suma, sea reintegrada con el reconocimiento de la Indexación e intereses a que haya lugar, de conformidad con las variaciones certificaciones por el DANE.

LOS HECHOS

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

La S.I.A. COMERCIO EXTERIOR ASESORES, en desarrollo de su objeto social y actuando en nombre de uno de sus clientes, C.I.A. COLOMBIANA DE TEJIDOS S.A., dispuso todo lo necesario para tramitar ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cartagena, la exportación de terciopelos y felpas por tramas.

El 5 de mayo de 1997, presenta solicitud de autorización de embarque con el formulario N° 0210801, aceptada bajo el N° 008085.

Al elaborar el DEX con el cual se embarcó la mercancía erróneamente colocó en

la casilla 31 de datos la letra X al cuadro correspondiente a datos provisionales, lo cual no quiere decir que necesariamente la exportación haya sido de tal naturaleza.

La autoridad aduanera observó la documentación anexa al DEX, y ella le permitía concluir que la exportación no era de la naturaleza de las de datos provisionales.

En noviembre 13 de 1997, con pliego de cargos 50298, se propone una sanción pecuniaria a la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES, en cuantía de \$3.440.100.00, por incurrir en una supuesta infracción administrativa.

Con escrito radicado bajo el número 27996 de diciembre 30 de 1997 se da respuesta al citado pliego de cargos, no obstante, con resolución N° 0044 de junio 18 de 1998, la División de Liquidación Aduanera, impone una sanción pecuniaria a la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES con multa por el valor expresado en el pliego de cargos, que se confirma mediante Resolución 000160 de agosto 31 de 1999.

El 16 de noviembre de 1999 se notificó por prensa la Resolución 0160 de agosto 31 de 1999, encontrándose la Dirección procesal de la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES vigente y correcta para efectos de notificación.

De la expedición y notificación por prensa de dicho acto administrativo, sólo se tuvo conocimiento por el proceso de cobro que adelanta dicha administración en contra de la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES, con ocasión de la expedición de los actos acusados.

El día 29 de agosto de 2000, la Jefe de la División de Recaudación y Cobranzas de la DIAN, emitió el oficio 0048A0671564, en el cual esa dependencia anuncia el cobro persuasivo en contra de la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES, quien hizo saber, que contra la resolución 0044 de junio 18 de 1998 se había interpuesto recurso de reconsideración y que hasta ese momento no se había recibido notificación sobre su resolución, solicitando dar trámite a tal recurso. El 4 de diciembre se insiste sobre la indebida notificación de la Resolución 000160.

Con Oficio de febrero 28 de 2001, la División de Recaudación y Cobranzas da respuesta al oficio anterior, manifestando que a pesar de lo informado, se continuaría con el proceso de cobro, desestimando la solicitud de la S.I.A.

El 19 de abril de 2002, se emite por parte de la División de Recaudación y Cobranzas el mandamiento de pago N° 00093 a nombre de la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES.

En la respuesta a dicho mandamiento, se reitera el argumento de la indebida notificación, solicitándose la suspensión del proceso de cobro. El 13 de junio de 2002 se emite la Resolución N° 000957, mediante la cual se ordena seguir con el proceso de cobro en contra de la S.I.A., Resolución que no fue notificada de conformidad con lo ordenado por el artículo 44 del Código Confencioso Administrativo, ya que no se efectuó de manera personal, ni se atendió la dirección procesal informada.

El 19 de julio de 2002 se notificó auto de liquidación de crédito y costas N° 001882 de julio 16 de 2002, a las direcciones correctas; procedimiento éste que no se agotó con anterioridad, vulnerándose principios como el debido proceso y el derecho de defensa.

Con oficios 27265 y 019609 de julio 24 y 25 de 2002 SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES presentó escritos de objeciones al auto de liquidación de costas.

El 16 de octubre de 2002 se le notificó a la SIA en mención el auto 002790 de octubre 15 de 2002, mediante el cual se fallan objeciones y se aprueba una liquidación del crédito.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

- Artículos 4 y 29 de la Constitución Nacional.

Afirmó que la Constitución es la base del ordenamiento jurídico, de allí que los operadores jurídicos no pueden, en razón de la verdad, desconocer principios

fundamentales como el del debido proceso y la buena fe en el proceso sancionatorio adelantado en contra de un particular.

Que se vulnera el principio del debido proceso, pues el funcionario aduanero se limita a la aplicación exegética de la norma, sin acudir a la interpretación, al análisis de la conducta desplegada por quien demanda, en procura del cumplimiento de sus obligaciones como intermediaria de la función aduanera.

Que la DIAN no ciñó su actuación a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, además de pretender aplicar una norma expresamente derogada, vulnerando principios como el de favorabilidad.

DEFENSA - UAE DIAN -

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F.77) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta la legalidad de los actos acusados. Se opone a los cargos de ilegalidad, precisando antes que se está en presencia de dos procesos administrativos, uno aduanero y otro de cobro coactivo, resaltando el contenido del artículo 1º del Decreto 2532 de 1994, 10 a 13 del 2339 de 1996 y capítulo II y IV de la Resolución 3492 de 1990.

En cuanto a la legalidad del proceso de cobro destacó el artículo 92 del Decreto 1909 de 1992 y 823 del Estatuto Tributario.

Sobre el alcance de la derogatoria del Decreto 2339 de 1996, señaló que el Decreto 2685 de 1999 no puede servir de parámetro para defender la legalidad del acto, pues no sirvió de sustento legal para la multa impuesta.

Sobre la falta de agravio a la administración, se pronunció manifestando que la naturaleza de los intereses que protege la administración son de orden público, pues protegen la economía ^{del} país; y que además la naturaleza de la función de las sociedades de intermediación, es la de ser auxiliar de la actividad aduanera.

Sobre la notificación del acto sancionatorio señaló, que el Decreto 1909 de 1992 vigente al momento de la expedición y notificación del acto demandado, establecía en su artículo 98 que los actos administrativos en general debían notificarse por correo o personalmente, y que si ésta era devuelta, debía procederse con la notificación por aviso en un periódico de amplia circulación nacional, tal y como se procedió en el asunto bajo estudio, manifestando, que no resulta ser un capricho de la DIAN el tratamiento que se le dio a la correspondiente actuación aduanera, conllevando ésta posteriormente al inicio del cobro coactivo que en efecto se inicia.

Sobre la violación al Decreto 2339 de 1996, manifestó que el actuar de la DIAN estuvo enmarcado en la legalidad, citando apartes del concepto 205 de 19 de noviembre de 1994 expedido por la División de Doctrina de la Oficina Jurídica.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia el 26 de marzo de 2010, en la que decide:

“...FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de las Resoluciones 0044 de junio 18 de 1999 y 000160 de agosto 31 de 1999, propuesta por la entidad demandada y de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: El Despacho se inhibe para pronunciarse de fondo frente a la pretensión de nulidad de la Resolución 000957 de 1999, por no ser un acto administrativo pasible de la acción.

TERCERO: Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No condenar en costas de conformidad con lo dispuesto en el Art. 55 de la Ley 446 de 1998...”.

El Despacho a manera de conclusión, y luego de citar precedente jurisprudencial emitido por el Consejo de Estado, reseñó:

"En el presente caso la Administración, en virtud del inciso 3º del artículo 99 del Decreto 1909 de 1992, al ser devuelta la notificación por correo, procedió a notificar el acto acusado mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación. Razón por la cual la notificación de la Resolución 00160 de 1999 fue legalmente realizada por la DIAN.

Así, pues, la notificación por aviso se entendió surtida el día siguiente a la fecha de publicación del aviso, es decir, el 17 de noviembre de 1999. Desde ésta última fecha empezaba a contarse el término de los cuatro meses establecidos en el artículo 136 del CCA para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que se consideran lesivos a los intereses de la SIA.

Por consiguiente, el 5 de diciembre de 2002, cuando la demanda fue presentada ante la Dirección de Administración Judicial, Oficina Judicial de Cartagena, la acción se encontraba caducada en lo que respecta a las Resoluciones N° 0044 de junio 18 de 1998 y 00160 de agosto 31 de 1999, dictadas en el proceso administrativo sancionatorio seguido contra la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES LTDA.

Se impone entonces declarar probada la caducidad de la acción que fue la excepción propuesta por la entidad accionada.

Respecto a la pretensión de nulidad de la Resolución N° 000957 de junio 13 de 2002, por la cual se ordena proseguir la ejecución expedida por el Jefe de la División de Recaudación y Cobranza de la DIAN, encuentra el Despacho que el acto acusado de nulidad proveniente del proceso de cobro coactivo no es pasible de demandarse ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Así lo dispone claramente el artículo 835 del Estatuto Tributario:

Art. 835 INTERVENCIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO...

La Resolución N° 000957 sólo ordena proseguir la ejecución, pero no resuelve excepciones, en esos términos es un acto de trámite no objeto de la acción establecida en el artículo 85 del C.C.A. En consecuencia, el despacho se declara inhibido para el conocimiento de la respectiva solicitud de nulidad"

IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de 26 de marzo de 2010, por cuanto le fue desfavorable.

Disiente de la decisión emitida en primera instancia, y manifiesta no estar de acuerdo con la misma, pues se consideró que no se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la demanda ni al hecho impetrado, en el examen y consideración de las pretensiones de mi poderdante; se niega a la SIA cumplir el mandato legal de garantizarle el pleno goce de su derecho como lo establece la ley; se funda en consideraciones inexactas y erróneas; se incurre en error esencial de derecho, por errónea interpretación de normas.

Que no puede considerarse la posibilidad de dejar al arbitrio de la administración, la forma en que se debe llevar a cabo la notificación, pues con ello se estaría violando de manera constante el derecho fundamental al debido proceso.

Que el medio y a oportunidad de la notificación debe asegurar la eficacia de la misma, así como la posibilidad de que se ejerza el derecho de defensa, debiendo la administración acudir en primer término a la notificación personal y si no se logra a la notificación por correo certificado o por cualquier otro medio tecnológico a su disposición.

Que en el asunto en cuestión se está en presencia de una indebida notificación personal que conduce a la inexigibilidad de la decisión administrativa, es decir, que frente al administrado, no resulta obligatoria, ni se le puede oponer.

Que el Consejo de Estado ha estimado que la notificación principal y la que más interesa al derecho de defensa es la notificación personal, de allí que la administración deba desplegar la mayor actividad posible para hacerla efectiva, y que sólo cuando las circunstancias no permitan lograrla, es cuando puede acudir a otra forma de notificación; de tal modo que no es viable dar como surtida la notificación cuando debiéndose hacer personalmente se acuda a un mecanismo distinto en ausencia de la actividad administrativa encaminada a realizarla en la primera forma.

Que no puede desconocerse que la DIAN, no ha probado siquiera sumariamente haber notificado en forma personal a la SIA, tal y como lo exigía la normatividad aplicable en su momento, y por el contrario queda establecido que la notificación realizada por medio de aviso, debe entenderse como indebida, toda vez que la administración no desplegó la mayor actividad posible para hacer efectiva la notificación personal, lo que impide que se configure el fenómeno jurídico de la caducidad, por cuanto no es posible determinar el inicio del término para el ejercicio de la acción, puesto que este inicia es con la notificación personal, la cual nunca se dio, y por lo que se entiende que no fue legalmente informada la Resolución 160 de agosto 31 de 1999, y no puedo establecerse el momento a partir del cual empieza a contarse el término para que el afectado pueda accionar.

Que otro agravante es el término utilizado por la Aduana para proferir la Resolución 160 de 1999, periodo comprendido entre el 31 de julio de 1998 y el 31 de agosto de 1999, fecha en la cual fue proferida dicha resolución.

Así, la Aduana, en una violación flagrante de los términos establecidos para decidir de fondo, hace incurrir a mi representada en una confusión, pues la SIA, sólo viene a darse cuenta de dicha resolución, por un proceso de cobro coactivo iniciado contra ella.

Hace notar lo extraño que resulta que todas las actuaciones se dirigieran a una misma dirección de manera exitosa, menos la Resolución 160 de agosto 31 de 1999.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 29 de julio de 2011, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (F. 256); y, con providencia adiada el 31 de agosto de 2011, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 258).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Sólo la parte demandada recorrió el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general se ratifica en los argumentos planteados en la sentencia de primera instancia y escrito de contestación, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 274 y 275), se abstuvo de emitir concepto.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

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

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

ASUNTOS PREVIOS

Excepción declarada por la Juez de Primera Instancia.

La Juez a-quo declara la excepción de caducidad de la acción; al considerar, que la notificación de la Resolución 160 de 1999 que se realizó por aviso fue legalmente realizada, y además se entendió surtida el día siguiente a la fecha de su publicación, es decir, el 17 de noviembre de 1999, y desde ésta última fecha empezaba a contarse el término de los cuatro meses establecidos en el artículo 136 del CCA para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que se consideran lesivos a los intereses de la SIA.

Por consiguiente, el 5 de diciembre de 2002, cuando la demanda fue presentada ante la Dirección de Administración Judicial, Oficina Judicial de Cartagena, la

acción se encontraba caducada en lo que respecta a las Resoluciones N° 0044 de junio 18 de 1998 y 00160 de agosto 31 de 1999, dictadas en el proceso administrativo sancionatorio seguido contra la SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES LTDA.

Al respecto considera la Sala pertinente abordar el estudio de la excepción declarada desde fundamentos jurídicos y facticos, a la luz de la jurisprudencia aplicable a la controversia, y las pruebas arrojadas al plenario, así:

Caducidad

La caducidad debe atenderse 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-administrativa, 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 judicial¹

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

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.

Pruebas relevantes allegadas al plenario:

Se permite la Sala en el presente estadio de la controversia precisar, que en el asunto bajo estudio son claramente advertible dos procesos administrativos, pues por una parte figura la actuación administrativa aduanera sancionatoria, que cobija los dos primeros actos que aparecen demandados, y por la otra, la actuación de cobro coactivo iniciada con ocasión de los títulos que se desprenden de las resoluciones sanción, y en la cual se identifica el último acto administrativo que también aparece demandado.

Así, en el cuaderno principal obra copia autentica del primer acto dentro de la actuación aduanera Resolución N° **0044** de 18 de junio de 1998, por la cual se impone una multa a SIA COMERCIO EXTERIOR ASESORES LTDA., por cuantía de \$ 3.440.100.00.

La anterior resolución se notificó el 2 de julio de 1998, tal y como se advierte de la constancia de introducción a correo visible a folio 145 del expediente, y de fecha 1 de julio de 1998.

El demandante agotó el recurso de reconsideración procedente, por lo que la DIAN expide la Resolución 00160 de 31 de agosto de 1999. (F. 156 a 160).

Sobre la notificación del anterior acto administrativo radica la declaratoria de caducidad de la acción que se emite en primera instancia; contrastando esto con los argumentos de inconformidad del actor; quien difiere de la forma como la DIAN notificó la Resolución en comento.

Al respecto, resulta pertinente citar los artículos 98 a 100 del Decreto 1909 de 1992, - por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera – y que resultaba ser la normativa aplicable a la controversia aduanera suscitada en sede administrativa, y además expresamente señalada en las resolutivas de los dos primeros actos demandados, como directriz a seguir en cuanto a la forma como debía practicarse la notificación de las mismas.

Los artículos anunciados son del siguiente tenor:

Artículo 98. FORMAS DE NOTIFICACION. Los autos que ordenen inspecciones aduaneras, los emplazamientos para declarar o corregir, pliegos de cargos, liquidaciones oficiales, citaciones y demás actuaciones administrativas, deben notificarse por correo o personalmente. Cuando estos actos se profieran dentro del proceso de importación la notificación se realizará por estado.

Artículo 99. NOTIFICACION POR CORREO. La notificación por correo se practicará mediante envío de una copia del acto correspondiente a la dirección procesal y se entenderá surtida al día siguiente de la fecha de su introducción al correo.

Cuando el acto administrativo se envíe a una dirección errada se podrá corregir en cualquier tiempo enviándolo a la dirección correcta. En este caso los términos comenzarán a correr a partir de la notificación efectuada en debida forma.

Las actuaciones notificadas por correo que por cualquier razón sean devueltas por el correo serán notificadas mediante aviso publicado en un periódico de amplia circulación. En este evento la notificación se entiende surtida para la administración a partir del día siguiente a la fecha de introducción al correo, pero para el responsable el término para responder o impugnar se contará desde la publicación del aviso.

Artículo 100. NOTIFICACION PERSONAL. La notificación personal se practicará por la administración aduanera en el domicilio del interesado o en la Administración de Aduanas respectiva, cuando el notificado se presente voluntariamente a notificarse o porque haya mediado citación para el efecto.

Al respecto, analizando un caso con similitud fáctica, dijo el Consejo de Estado²:

A Corresponde a la Sala determinar si la Resolución 4115 de 2000 (29 de marzo), por la cual la División de Liquidación de la DIAN – Administración Bogotá declaró el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo e hizo efectiva una garantía, fue notificada en legal forma, es decir conforme a lo previsto en los artículos 98 a 101 del Decreto 1909 de 1992. Conforme al artículo 98, la notificación puede hacerse por correo o personalmente; y según el artículo 99, cuando una notificación por correo haya sido devuelta «por cualquier razón» se procederá a practicarla por aviso publicado en un periódico de amplia circulación. En el cuerpo de la Resolución 4115 de 2000 consta que la notificación por correo fue enviada el 3 de abril de 2000 con el número consecutivo 10998, y devuelta por ADPOSTAL por haber encontrado «cerrado» el lugar de destino. Así mismo se observa el aviso publicado el 24 de abril de 2000 en el Diario «La República. Por lo tanto, a 19 de julio de 2000, cuando fueron interpuestos los recursos, ya había transcurrido sobradamente el término de cinco (5) días para impugnar el acto notificado. Es oportuno precisar que la Sala en sentencia de 9 de mayo de 2002 sostuvo que la notificación por correo era por entonces el medio de publicidad principal de las actuaciones aduaneras; que la notificación personal se practica en dos eventos: a) cuando el interesado voluntariamente acude a enterarse del acto; o b) porque ha sido citado para que lo haga personalmente. Para la Sala, en línea con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia 096 de 2001 (31 de enero), si bien es válido el sistema de notificación por correo, un acto administrativo no puede tenerse por notificado con la sola introducción del respectivo oficio a dicho medio, sino «cuando el afectado recibe, efectivamente, la comunicación que lo contiene». En el presente caso la Administración, en virtud del inciso 3º del artículo 99 del Decreto 1909 de 1992, al devolver la notificación por correo, «por encontrarse cerrado el lugar de destino», procedió a notificar el acto

² Sentencia nº 25000-23-24-000-2001-00180-01 de Consejo de Estado - Sección Primera, de 22 de Marzo de 2007
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00180-01 Actor: COMPAÑIA DE SEGUROS COLMENA S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia: APELACION SENTENCIA

acusado mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación. Así, pues, la notificación por aviso se entendió surtida el día siguiente a la fecha de publicación del aviso, es decir el 25 de abril de 2000, y la actora, según el artículo 51 CCA., contaba con cinco (5) días para interponer los recursos, los cuales fueron presentados el 19 de julio de 2000, es decir fuera del término previsto en la ley.

Si descendemos al caso concreto, se advierte que la notificación por correo de la Resolución 160 de 31 de agosto de 1999 se produce el 7 de septiembre de 1999, bajo el número consecutivo 001262, y planilla 0273 que da cuenta de introducción al correo el día 6 de septiembre de 1999. (F. 155 reverso y 170).

Pese a lo anterior, se visualiza al respaldo del folio 155 devolución efectuada por Ad postal, sin que se logre identificar la razón de tal hecho. Seguidamente, a folio 168 figura aviso de la aludida resolución publicado en el Diario la República con emisión de 16 de noviembre de 1999; de manera que a 5 de diciembre de 2002, cuando fue presentada la demanda, ya se había agotado el término de 4 meses que dispone el artículo 136 del C.C.A. para iniciar la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada de manera extemporánea por el hoy actor. (F. 70).

En cuanto a la notificación personal en la que insiste la parte demandante con su recurso de apelación, se rescata la taxatividad que se desprende del artículo 100 del Decreto 1909 de 1992, además de la salvedad que hace el Consejo de Estado en el fallo en cita, al precisar, que mediante sentencia de 9 de mayo de 2002, esa Corporación sostuvo que la notificación por correo era por entonces el medio de publicidad principal de las actuaciones aduaneras, y que la notificación personal se practicaba sólo en dos eventos: a) cuando el interesado voluntariamente acude a enterarse del acto; o b) porque fue citado para que lo haga personalmente.

Precisó igualmente el máximo Tribunal de ésta jurisdicción, que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia 096 de 2001, si bien lo válido del sistema de notificación por correo, un acto administrativo no puede tenerse por notificado con la sola introducción del respectivo oficio a dicho medio, sino cuando el afectado recibe efectivamente la comunicación que lo contiene.

En el presente caso, ante la devolución de la notificación por correo, la DIAN acudió al inciso 3ro del artículo 99 del Decreto 1909 de 1992, procediendo a notificar el segundo acto acusado a través de aviso publicado en un diario de amplia circulación; entendiéndose ésta surtida el día 16 de noviembre de 1999, cuando se publicó por aviso, sin que exista constancia en el expediente de que el actor como interesado voluntariamente haya acudido a enterarse personalmente del acto, y que tal derecho le haya sido negado; o, que fuera citado por la DIAN para tal menester.

Al respecto destaca la Sala, que resulta reprochable el actuar de la sociedad demandante, pues conociendo el proceso sancionatorio adelantado en su contra, - tal y como se deduce de la interposición del recurso de reconsideración en contra del primer acto acusado -, se desentiende del acto que estaba obligada la DIAN a expedir en razón de la interposición del aludido recurso, y con el cual se entendería agotada la vía gubernativa, y sólo 4 años después se viene en sede judicial a demandar, alegando, entre otros, cargos de violación al debido proceso y derecho de defensa, por indebida notificación de la Resolución 160 de agosto 31 de 1999.

En suma, tal y como lo consideró la Juez de primera instancia, a partir del 16 de noviembre de 1999 la parte actora, según el artículo 136 del CCA., contaba con cuatro meses para presentar la correspondiente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, y, dicho supuesto fáctico sólo se cumple en diciembre del año 2002, es decir fuera del término previsto en la ley. De manera que encuentra la Sala que la oportunidad legal que tenía el actor para poder ejercer la acción, expiró antes de que se presentara la demanda, lo que impone confirmar la declaratoria de la excepción de caducidad.

No obstante lo anterior, tal declaratoria deberá ser modificada, pues la misma sólo cobija los dos primeros actos (actuación Aduanera), esto es Resolución 0044 de junio 18 de 1998 y 00160 de agosto 31 de 1999.

En cuanto a la Resolución 957 de junio 13 de 2002, difiere la Sala del argumento planteado por la Juez *a-quo*; pues, si bien en atención a lo consagrado en el

artículo 835 del Estatuto Tributario, dentro del proceso de cobro coactivo adelantado por la entidad demandada, los únicos actos enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son las resoluciones que resuelven la excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, esto último no debe interpretarse de manera exclusiva para aquellos actos que en su contenido agoten las dos materias procesales enunciadas, pues, tal y como ocurrió en el presente caso, puede que en el curso de la actuación de cobro coactivo sea expedido un acto que ordene seguir adelante la ejecución, sin que existan excepciones que resolver, y no por esto debe ser considerado como un acto de trámite no susceptible de control.

Bajo ese línea de pensamiento, el acto Resolución 957 de 13 de junio de 2002 si resulta ser de aquellos controlables judicialmente, sin embargo, en el presente caso se imposibilita tal control de legalidad, pues el argumento desde el cual el actor estructura la ilegalidad del mismo, se retrotrae a la indebida notificación de la Resolución 00160 de agosto 31 de 1999, que, de conformidad con los planteamientos arriba expuestos, queda desvirtuada.

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.

En ese sentido, el fallo inhibitorio³, 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 Sala⁴.

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

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la decisión proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, en fecha 26 de marzo de 2010, por la cual declaró

³ Sentencia C-666/96. Los fallos inhibitorios han de ser excepcionales, conforme a la doctrina vigente de la Corte Constitucional, quien ha señalado que...la inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetivamente y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica validera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella...

⁴ 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 resolutive, que implica que el fallo no es inhibitorio. Tanto es así, que el demandante no puede volver a proponer nueva demanda entre las mismas partes, los mismos hechos e idéntico objeto. Lo anteriormente dicho tiene fundamento en otra previsión de Ley, según la cual la caducidad de la acción es excepción de fondo (artículo 97 último inciso C.P.C). El artículo antes citado es claro en indicar que ese hecho constituye por su naturaleza una excepción de fondo, aunque en el proceso civil se puede promover como excepción previa al decir: "También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción..."

probada la excepción de caducidad, - en sus numerales primero y segundo -, que quedarán así:

- a) Declarar probada la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sólo respecto de las Resoluciones 0044 de junio 18 de 1999 y 000160 de agosto 31 de 1999, propuesta por la entidad demandada y de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- b) Como consecuencia de lo anterior, niéguese las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Lo demás se mantiene incólume.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

AUSENTE CON PERMISO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1382
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: CARGA DIRECTA OTM S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2007-00108-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) 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, CUATRO (04) 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, SEIS (06) 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., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Carga Directa OTM S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-012-2007-00108-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 05 de marzo de 2012, por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Carga Directa OTM S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos denominados Requerimiento Especial Aduanero 000130 de 28 de

septiembre de 2006, mediante el cual, el ente demandado propone imponerle una sanción por incurrir en infracción administrativa de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero; Resolución 002781 de 13 de diciembre de 2006, por medio del cual, la entidad accionada le impone la sanción propuesta y, Resolución 000663 de 18 de abril de 2007, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos proferidos por el Grupo de Infracciones de la División de Fiscalización Aduanera, la División de Liquidación 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 cumplió con todas las obligaciones a su cargo conforme a la Continuación de Viaje 0004175 de 18 de junio de 2004 y que no hay lugar a que se ordene hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento 31863153, otorgada por la Compañía Seguros del Estado S.A.

Por último, pide que a la sentencia se le dé cumplimiento dentro del término indicado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

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

Mediante aceptación 2544 de 22 de junio de 2004, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena autorizó la operación de transporte multimodal contenida en la Continuación de Viaje 0004175 de 18 de junio de 2004, para el traslado del contenedor TEXU534475-4 desde la ciudad de Cartagena hasta Medellín, en el vehículo identificado con placas NMJ-826, con destino al Depósito Aduanero Almaviva de Medellín.

La sociedad actora recibió el contenedor debidamente cerrado y con precinto de seguridad 015212 y para cumplir con el transporte terrestre subcontrató a la empresa Tráficos y Fletes S.A.

El reseñado contenedor fue entregado en el depósito aduanero de destino el día 28 de junio de 2004, en buen estado y con el precinto o sello de seguridad intacto.

La División de Fiscalización Aduanera formuló Requerimiento Especial Aduanero 000130 de 28 de septiembre de 2006 a la sociedad demandante, por considerar que incurrió en infracción aduanera por hacer entrega de la mercancía con menos cantidad de la recibida para transportar, proponiendo sancionarla con una multa de veinticinco millones sesenta mil pesos M/Cte (\$25.060.000,00) y la viabilidad de hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento 31863153 de la Compañía Seguros del Estado S.A.

Con Resolución 002781 de 13 de diciembre de 2006, la División de Liquidación de Aduanas resolvió sancionar a la sociedad demandante en el sentido que fue propuesto por la dependencia de fiscalización. Dicha decisión fue objeto de recurso de reconsideración, el cual, fue desatado por la accionada a través de la Resolución 000663 de 18 de abril de 2007, 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 acto acusado infringe los artículos 6º y 29 de la Constitución Política; 8º de la Ley 153 de 1887; 2º, 98, 497 (numeral 3.1.1.), 509 y 519 del Decreto 2685 de 1999; 331 de la Resolución 4240 de 2000; 7º del Decreto 1198 de 2000; 1088 del Código de Comercio; Circulares 188 de 2000 y 175 de 2001 y Concepto Aduanero 0180 de 2000 emitidos por la DIAN. Explicó el concepto de violación de la siguiente manera:

Expone, que según registro de finalización de tránsito con número de radicación 830891, el contenedor se entregó en la aduana de destino con el Precinto 015212 homologado por la DIAN en forma intacta, sin mostrar signos de violencia, resultando inexplicable el faltante que alega la administración aduanera de Cartagena se presentó a la entrega del contenedor en la ciudad de Medellín.

Arguye, que conforme a las normas aduaneras el contenedor es considerado como bulto y que la Circular 0188 de 26 de julio de 2000 establece que sólo los sobrantes o faltantes en el número de bultos operan respecto de carga suelta o de mercancía que llega embalada por unidades. Que en la casilla 16 de la Continuación de Viaje 2544 de 22 de junio de 2004, se dejó registrada la autorización del transporte de un contenedor de 40 pies.

Explica, que de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión 331 de 1993, incluyó en el texto impreso del Documento Andino de Transporte Multimodal PAN012105, en su casilla 14 denominada "Descripción de los bienes", una indicación en contrario del siguiente contexto: "*De conformidad con la declaración del expedidor*". En dicho documento se relacionó en la casilla 5, la Continuación de Viaje autorizada 2544 del 22 de junio de 2004.

Discute el hecho de que le hayan impuesto una sanción con base en lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, toda vez, que la misma no se encuentra establecida de manera expresa para su aplicación por el presunto incumplimiento a la operación de transporte multimodal autorizada. Además, señala que no se indican las normas que legalmente facultan a la administración para la imposición de una sanción por infracciones a las obligaciones derivadas de las operaciones de transporte multimodal, en razón a que por analogía o remisión no puede darse su aplicación a las continuaciones de viaje o transporte multimodal, puesto que sin texto legal, claro y preciso no puede existir sanción.

Que así mismo se ha inobservado el debido proceso, al no informarle las normas legales objetivas y de procedimiento sobre las que la División de Fiscalización se fundó para proponer la sanción y ordenar a la División de Liquidación realizar el estudio para hacer efectivo el seguro de cumplimiento.

Anota, que dejaron transcurrir los términos establecidos en las normas supralegales que regulan y reglamentan el transporte multimodal internacional para el ejercicio de la acción sancionatoria, estando prescrita la misma para la administración de aduanas, ya que a la fecha de expedición del requerimiento especial aduanero y la resolución sancionatoria, habían transcurrido más de veintisiete (27) meses de haberse presentado los supuestos que dan lugar a la alegada infracción.

Considera, que debe buscarse la equidad de la decisión de la administración de aduanas y un equilibrio en la sanción propuesta ante la falta de daño al Estado, teniendo en cuenta que no se estableció la cantidad de mercancía, puesto que no hubo inventario que pudiera confirmar si se presentó o no el alegado faltante, aunado al hecho de que el contenedor fue entregado con el precinto o sello de seguridad intacto.

Concluye diciendo, que la Póliza de Cumplimiento 031863153 de Seguros del Estado S.A., por su naturaleza corresponde a los seguros de daños, lo que implica la protección frente a un perjuicio patrimonial al ocurrir el riesgo asegurado, pero el sólo incumplimiento no constituye por sí mismo un siniestro, pues debe generarse también el perjuicio efectivo, el cual, debe probarse por parte de la administración, de lo contrario se quebranta su naturaleza que es eminentemente resarcitoria e indemnizatoria.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena con auto del 10 de agosto de 2007 (fls.156 - 157),

siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Director Seccional de la ciudad de Cartagena de Indias (fl.162) y al Agente del Ministerio Público.

La entidad demandada presentó contestación de la demanda por fuera del término de fijación en lista (fls.169 – 184), por lo que no fue tomada en cuenta por el *a quo*.

Mediante auto de fecha 13 de junio de 2008 (fls.197 – 198), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, luego, con proveído de 17 de enero de 2012 (fl.370), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el libelo de la demanda (fls.371 – 376).

La parte accionada presentó sus alegatos mediante memorial visible a folios 377 a 390 del expediente, expresando que la mercancía autorizada en el régimen de continuación de viaje en estudio se encuentra amparada en un solo documento de transporte a nombre de dos consignatarios, por lo que se incumple una de las condiciones para que el contenedor sea considerado como bulto.

Alega, que con el acta de inconsistencias se comprueba que la mercancía transportada llegó con un bulto menos, a la luz de lo consignado por el mismo operador de transporte multimodal en la continuación de viaje.

Añade, que el hecho de que los precintos hayan llegado intactos a la aduana de destino, no exonera de su responsabilidad al transportador, toda vez, que la norma no exige como presupuesto para la configuración de la infracción imputada el hecho de que los precintos del contenedor lleguen rasgados o haya algún síntoma de violación en ellos, pues basta que objetivamente esté demostrado que llegó menor cantidad a la declarada en la continuación de viaje.

Esgrime, que el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, al regular lo atinente al incumplimiento de los términos y el acaecimiento del silencio administrativo positivo en materia aduanera, claramente establece que este se presenta cuando el término incumplido es para decidir de fondo y como quiera que el requerimiento especial aduanero no tiene la calidad de acto administrativo de fondo, su expedición por fuera del término establecido en la ley no configura el silencio administrativo positivo.

Finalmente, solicita que se declare oficiosamente la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que en el presente caso resulta obligatoria la presencia de la Compañía Seguros del Estado S.A., ya que fue quien expidió la Póliza de Disposiciones Legales 31863153 con vigencia hasta el 31 de enero de 2005 y, por tanto, aparece como tercero destinatario de los actos acusados. El Ministerio Público guardó silencio.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.612 - 623)

En la sentencia de primera instancia el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, señala que la DIAN en los actos enjuiciados establece que la infracción cometida por la parte actora es la contemplada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, es decir, entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos cantidad de la consignada en la declaración y claramente se señala en cada uno de los documentos soportes de la continuación de viaje hasta su entrega en la aduana de destino, que la mercancía transportada registró una cantidad inferior a la declarada en el Bill of Lading y en el formato de Continuación de Viaje 4175 de 18 de junio de 2004.

Por otro lado, plantea que la empresa demandante alega no haber intervenido en la consolidación de las unidades de carga, lo cual no compromete su responsabilidad en los faltantes de mercancías detectados en la aduana de destino, sin embargo, aplicando los parámetros de responsabilidad del operador de transporte multimodal, considera que no cabe duda que la sociedad actora debió verificar el peso y las cantidades contenidas en las unidades de carga al momento de hacer el embarque y constatar que coincidía con lo declarado, con lo cual, se encuentra indudablemente comprometida su responsabilidad en el incumplimiento de la obligación aduanera.

Que la obligación del transportador no se limita únicamente a la entrega física de la mercancía en la zona aduanera de destino dentro del plazo otorgado para la operación de tránsito, sino que tal obligación debe extenderse hasta la entrega de la mercancía en las cantidades declaradas en los conocimientos de embarque y en la demás documentación presentada a la autoridad aduanera, la cual recibirá y extenderá los cumplidos; sin embargo, en el caso de marras se estableció un faltante de tres (3) bultos, es decir, se comete la infracción por haber entregado la mercancía con menor cantidad a la declarada en razón al faltante detectado.

Por otra parte, aduce que el acto que da inicio al procedimiento administrativo sancionatorio por infracción a la legislación aduanera es el requerimiento especial aduanero, el cual, no es considerado acto definitivo sino de trámite, ya que a partir de este acto la administración tiene conocimiento del hecho constitutivo de la infracción, asimismo, puede tenerse como fecha de ocurrencia de los hechos el día en que la DIAN inició el trámite administrativo, pues sólo ella es la competente para determinar si los hechos constituyen alguna infracción.

Concluye, diciendo que la administración cuenta con un término perentorio de doce (12) meses para culminar con el procedimiento administrativo sancionatorio, contados a partir de la respuesta del requerimiento, como en

efecto se hizo, razón por la cual, en este caso no se configura la caducidad de la acción administrativa, ni el silencio administrativo positivo de que trata el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.625 – 637)

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

En primer lugar, expresa que el juez admite como prueba de un supuesto faltante un documento que no se encuentra firmado o que en la fecha que se dice fue elaborado no fue conocido por el transportador, o que por lo menos no tuvo la oportunidad de discutirlo u oponerse al mismo. A su juicio, resulta inexplicable que se tenga en cuenta el acta de inconsistencias cuando es contradictoria la información allí consignada, toda vez, que se refiere a un faltante de tres (3) bultos y, a su vez, deja constancia de un exceso de peso de 1.665 kg y, peor aun, en la misma se señala que no se verifica el contenido de la mercancía, por lo que el sentido común indica la inexistencia del supuesto faltante.

Alega, que en el expediente administrativo no obra acta de inventario de las mercancías en la aduana de partida en Cartagena, que haga constar que hubo vaciado del contenedor y su posterior llenado y, además, la administración incumplió con la obligación de dejar la consignación de la actuación del funcionario que practicó la diligencia de inspección indicando el resultado de su actuación en el sistema informático aduanero, fecha y hora de inicio y terminación de la inspección física.

Explica, que el contrato de transporte fue pactado en términos FCL/FCL, obligándose la sociedad demandante a transportar una unidad de carga (contenedor); de acuerdo con estos términos el proveedor o expedidor en el

puerto de origen, es decir, en el puerto de embarque, tiene la responsabilidad de cargar y embarcar las mercancías conforme a los términos de venta. Que resultan ajenas a su voluntad las inconsistencias que puedan presentarse al momento del cargue.

De igual manera, expone que el contenedor entregado para el transporte, salió del Puerto de Cartagena sin desconsolidar y las mercancías que se decían en el mismo contenidas, se encontraban destinadas para un único importador y, por supuesto, a través de un único depósito habilitado por la administración de aduanas, lo que descarta la pluralidad de consignatarios, pues la entrega del contenedor se debe hacer sólo a través del depósito autorizado. Por consiguiente, el contenedor es considerado como un solo bulto y como tal fue recibido para su transporte, cumpliendo con su entrega en iguales condiciones en el depósito de destino.

Que está probado en el expediente administrativo que el depósito de destino de Medellín, al recibo del contenedor, no registró o hizo constar adulteraciones o violación del mismo o del precinto, es decir, que la unidad de carga llegó en las mismas condiciones que fue recibida por el transportador, entonces considera, que está acreditado que se transportó una unidad de carga, la cual se entregó en el depósito de destino en iguales condiciones de recibo.

Reitera, que la DIAN le impone una sanción que no se encuentra expresamente establecida, como tampoco la presunta infracción, a la operación de transporte multimodal autorizada con el número 2544, recurriendo por analogía o extensión, a la normatividad que expresamente establece las sanciones dispuestas en caso de infracciones a las operaciones autorizadas en la modalidad de tránsito aduanero.

Insiste en que la administración aduanera de Cartagena de Indias al emitir la resolución sancionatoria no indica las normas que legalmente la facultan a imponer la sanción objeto de discusión, puesto que el numeral 3.1.1 del

artículo 497 del Estatuto Aduanero es aplicable a las operaciones de tránsito aduanero y por analogía o remisión no puede ser extensivo a los operadores de transporte multimodal.

Finalmente, repite que es improcedente el Requerimiento Especial Aduanero 000130 de 28 de septiembre de 2006 y la resolución sancionatoria, puesto que dejaron transcurrir los términos que las normas legales andinas otorgan para el ejercicio de la acción, estando ya prescrita la facultad para su expedición.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 07 de mayo de 2012 (fl.639).

Por medio de proveído de 06 de agosto de 2012 (fl.642), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 25 de septiembre de 2012 (fl.644), 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.645 – 649); la parte demandante a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.650 – 659). El Ministerio Público guardó silencio.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA.

Antes de entrar a realizar el estudio de fondo del presente asunto, debe poner de manifiesto el ponente, que si bien es cierto en casos similares al *sub judice*

venía aplicando el criterio concerniente a la necesidad de vincular a las compañías aseguradoras cuando los actos demandados ordenan la efectividad de la póliza de garantía, en esta oportunidad rectifica su criterio con base en los pronunciamientos que sobre la materia ha expuesto el Consejo de Estado, en los que ha precisado¹:

“...en relación con el litis consorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración. considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litis consorcio cuasinecesario.

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 hasta 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

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

frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.

Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos...”

Valga anotar, que no obstante la jurisprudencia en cita se refiere a un caso de contratación estatal, las consideraciones que desarrolla hacen alusión a las situaciones que de manera general involucren una obligación de un particular frente a una entidad estatal que se encuentre amparada con una póliza de garantía, razón por la cual, tales argumentos se hacen extensivos a casos como el *sub examine*, concluyendo que no resulta obligatorio la comparecencia de la compañía aseguradora para poder proferir sentencia de mérito.

PROBLEMAS JURÍDICOS.

¿Carece de competencia temporal la administración aduanera para expedir requerimiento especial aduanero, cuando se profiere por fuera del término establecido en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999?

¿Resulta inaplicable a los operadores de transporte multimodal el régimen sancionatorio previsto para los transportadores en las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero?

¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos, resolviendo uno a uno los problemas jurídicos planteados:

- **¿Carece de competencia temporal la administración aduanera para expedir requerimiento especial aduanero, cuando se profiere por fuera del término establecido en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999?**

La competencia es la atribución expresa conferida por la Constitución Política o la ley a las autoridades para actuar en determinada forma, materializando a través de sus decisiones la manifestación de la voluntad de la administración.

Desde la óptica del Estado de Derecho y su expresión más evidente que es el principio de legalidad, éste elemento es el inicio del proceso de formación del acto administrativo y a partir del cual se edifican las demás partes que lo estructuran, de suerte que sin la competencia no puede concebirse la más mínima expresión de voluntad del Estado.

De igual forma, la competencia involucra variantes que la determinan, como son el territorio, la función y el tiempo, que dan origen a la clasificación territorial, funcional y temporal de la misma. La primera, hace alusión al espacio geográfico sobre el cual pueden extenderse los efectos del acto y que limitan su exigibilidad. La segunda, se refiere al aspecto material que consulta

la naturaleza de la función desplegada asignada a determinada autoridad. Por su parte, la tercera se relaciona con la vigencia en que pueden desarrollarse las atribuciones otorgadas, de suerte que su duración está limitada en el tiempo.

Descendiendo al caso concreto, se observa, que la parte actora considera que la entidad accionada carece de competencia para expedir el requerimiento especial aduanero que dio origen a los actos administrativo demandados, advirtiendo que fue proferido por fuera del término legal establecido para ello.

Sobre este tópico, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de su jurisprudencia ha precisado²:

“...en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado. El vencimiento de los plazos meramente perentorios puede implicar la responsabilidad personal del agente que se ha demorado en tomar la decisión pero no afecta la validez de la decisión misma. Ese tipo de plazos son los más comunes en el derecho procesal, como por ejemplo, el plazo para dictar la sentencia que instituye tanto el C.C.A. como el C.P.C. Así esté vencido el plazo, la sentencia es válida y eficaz, sin perjuicio de que pueda existir en un momento dado responsabilidad personal del funcionario judicial si el vencimiento del plazo ocurrió injustificadamente. +

En general, las normas de competencia temporal, esto es, por razón del tiempo, que es el tema que subyace en un plazo legal para producir una decisión, deben interpretarse a favor de la competencia misma. Así, sólo cuando está expresamente previsto otro efecto, el vencimiento del plazo no

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de abril de 2012. Exp. 17497, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás

comporta siempre y necesariamente un caso de silencio administrativo positivo y mucho menos de nulidad de los actos administrativos

En el caso concreto no se discute, porque es un hecho reconocido por ambas partes, que la DIAN expidió el requerimiento especial aduanero por fuera del término de los 30 días a que alude el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999. Pero también es un hecho cierto, y no desvirtuado por la parte actora, que la DIAN inició la actuación administrativa para formular la liquidación oficial de revisión de valor dentro del término de firmeza de las correspondientes declaraciones de importación. Estas circunstancias de hecho indican que la DIAN actuó con competencia, pues lo hizo dentro de los plazos legalmente establecidos y, por tanto, no violó el derecho al debido proceso. El desconocimiento del término perentorio de los 30 días, como se comentó, podría implicar la responsabilidad personal del agente que expidió el acto de trámite pero jamás implica la nulidad de las actuaciones surtidas con posterioridad a la expedición de ese requerimiento, con mayor razón si el requerimiento se expide en otra de las oportunidades procesales que prevé la ley para el efecto..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Resulta menester entonces, traer a colación el texto del artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, para verificar si el mismo contempla de manera inequívoca la pérdida de competencia temporal, al no ser proferido el requerimiento especial aduanero dentro del término de treinta (30) días allí previsto:

“Artículo 509. Término para la formulación del requerimiento especial aduanero y contenido del mismo. Establecida la presunta comisión de una infracción administrativa aduanera, o surtidos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de una mercancía, o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales: la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para formular Requerimiento Especial Aduanero, el cual deberá contener como mínimo: la identificación del destinatario del requerimiento, relación detallada de los hechos u omisiones constitutivos de la infracción aduanera o propuesta de Liquidación Oficial, causal de aprehensión y avalúo de la mercancía; las pruebas practicadas, las

normas presuntamente infringidas, término para dar respuesta al Requerimiento y sanción que se propone, si procede."

Tal como quedó demostrado, no existe norma específica que consagre expresamente la pérdida de competencia temporal por parte de la autoridad aduanera, al proferir el requerimiento especial aduanero por fuera del término legal que establece el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la parte recurrente aduce que el tiempo para emitir el requerimiento especial aduanero debía ser contabilizado a partir de cuando se estableció la presunta comisión de la infracción aduanera, lo cual, ocurrió el día en que tuvo conocimiento que la mercancía arribó a la aduana de destino con un faltante de bultos respecto de la cantidad consignada en los documentos de transporte de la misma.

Para la Sala, este argumento hace clara referencia a la caducidad de la acción sancionatoria administrativa, que se encuentra regulada de manera general en el artículo 38³ del Código Contencioso Administrativo, según el cual, esta se produce transcurridos tres (3) años de haberse presentado la infracción. De igual forma, está prevista de manera especial en materia aduanera en el artículo 478⁴ del Decreto 2685 de 1999, por el mismo término, con las variantes atinentes a que cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal el momento en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo y, cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión.

En este caso, el momento en que la autoridad aduanera tuvo conocimiento de la infracción aduanera es el 28 de junio de 2004, fecha en la cual, fue

³ "Artículo 38. Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas."

⁴ "Artículo 478. Caducidad de la acción administrativa sancionatoria. La acción administrativa sancionatoria prevista en este Decreto, caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. Cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo. Cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión."

registrada la Planilla de Recepción 112004100006363 (fl.268), en el sistema de la DIAN; a través de ella se informa que la mercancía arribó a la aduana de destino con cantidad inferior a la registrada, por tanto, la expedición tanto del Requerimiento Especial Aduanero 000130 el día 28 de septiembre de 2006, como de la Resolución 002781 de 13 de diciembre de 2006, se hicieron dentro del término máximo para tomar la decisión de fondo en el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que se concluye, que este punto de la apelación no prospera.

- **¿Resulta inaplicable a los operadores de transporte multimodal el régimen sancionatorio previsto para los transportadores en las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero?**

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372 Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibidem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas

transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía... (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todo los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comentario, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero ”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, para la época de ocurrencia de los hechos, establecía:

“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...

...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:

3.1 Gravísimas...

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Conviene igualmente citar el contenido de la Decisión 331 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, hoy Comunidad Andina de Naciones, en cuanto a la responsabilidad del operador de transporte multimodal, la cual, dispone:

“Artículo 6.- La responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal por las mercancías abarca el período comprendido desde el momento en que toma las mercancías bajo su custodia hasta el momento que las entrega.

Artículo 7 - El Operador de Transporte Multimodal será responsable de las acciones y omisiones de sus empleados o agentes en el ejercicio de sus funciones, o de las de cualquier otra persona a cuyos servicios recurra para el cumplimiento del contrato, como si esas acciones u omisiones fuesen propias.

(...)

Artículo 9.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 11 y 13 a 19 de la presente Decisión, el Operador de Transporte Multimodal será responsable de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en su entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso en la entrega se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia, en los términos del artículo 6, a menos que pruebe que no medió culpa o negligencia de su parte, ni de parte de sus empleados, agentes o cualquiera otra de las personas señaladas en el artículo 7, para ocasionar la pérdida, el daño o el retraso, o contribuir a ello.” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, es del caso atender las voces del artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000⁵, que acerca de la efectividad de las garantías que respaldan las obligaciones de los intervinientes en las operaciones aduaneras, estatuye:

⁵ Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999

“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.

Aunado a ello, se tiene, que las disposiciones en cita, son suficientes para desvirtuar el argumento expuesto en la sentencia apelada, referente a que la autoridad aduanera está haciendo una aplicación extensiva a los operadores de transporte multimodal de la sanción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

En primer lugar, porque el mismo artículo 372 de dicho compendio normativo, que describe las responsabilidades del operador de transporte

multimodal, señala claramente que entre ellas se cuenta el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, situación que sin lugar a dudas permite inferir que el traslado de la mercancía de la aduana de partida a la aduana de destino corresponde realizarlo a dichos operadores.

En segundo lugar, porque el artículo 374 *ibidem*, dispone expresamente que el transporte de la mercancía en esta modalidad debe realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador, dejando abierta la posibilidad de subcontratar a una empresa transportadora para que le preste este servicio, sin que ello dé lugar a la exoneración de cualquier responsabilidad por la pérdida de la mercancía durante el recorrido entre la aduana de partida y la de destino.

Y en tercer lugar, porque es el mismo ordenamiento jurídico aduanero el que permite aplicar todas las disposiciones concernientes al régimen de tránsito aduanero a los operadores de transporte multimodal, entre las que figuran las sanciones que se pueden imponer a los transportadores en virtud del incumplimiento del referido régimen.

Advierte la Sala, que los preceptos nacionales y supranacionales transcritos, confluyen en establecer de forma clara que el operador de transporte multimodal tiene las mismas obligaciones correspondientes a quienes se encuentran bajo el régimen de tránsito aduanero, es decir, es responsable tanto de la entrega de las mercancías en la aduana de destino como de la entrega de los documentos que la respaldan dentro del término señalado por la DIAN.

Esto último es necesario, no para el lleno de un mero formalismo, sino porque le permite a la anotada entidad tener certeza respecto del cumplimiento de la responsabilidad que le compete a cada uno de los obligados aduaneros, incluidos los operadores de transporte multimodal, para así establecer la ocurrencia de la infracción aduanera y la sanción a imponer.

En este orden de ideas, se puede afirmar, que la normativa andina no contraría de manera alguna las disposiciones dadas por el Estatuto Aduanero en cuanto al procedimiento administrativo que debe cumplirse para imponer sanción por la comisión de una infracción administrativa aduanera.

Por las anteriores razones, se tiene, que este cargo de la apelación no tiene vocación alguna de prosperar.

- **¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?**

Como fue explicado precedentemente, el régimen aduanero bajo estudio culmina, entre otras situaciones, por la entrega de la mercancía con menos peso, tratándose de mercancía a granel, o cantidad de la descrita en la declaración de tránsito aduanero, es decir, con el incumplimiento del operador de transporte multimodal.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la conducta sancionable que se le endilga o, si por el contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.222: Continuación de Viaje 0004175 de 18 de junio de 2004 con número de aceptación 2544 de 22 de junio de 2004, en la que consta que la mercancía

sometida a dicha modalidad consta de setecientos cincuenta y ocho (758) bultos, con un peso bruto de 16.035 kg.

-fl.224: Documento Andino de Transporte Multimodal PAN 012105 de 18 de junio de 2004, en el que se señala que la mercancía importada consta de setecientos cincuenta y ocho (758) bultos, con un peso registrado de 16.035 kg, consignada a Carga Directa OTM S.A., Total Logistic Corp., CBS Asesores Ltda., y Zona Aduanera Almaviva Envigado (Colombia).

-fl.226: Documento de Transporte "*Bill of Lading*" PAN 012105 de 18 de junio de 2004, en el que se registra que la mercancía objeto de controversia consta de setecientos cincuenta y ocho (758) bultos, con un peso de 16.035 kg y la modalidad de transporte fue pactada FCL/FCL, consignada a Carga Directa OTM S.A., Total Logistic Corp., CBS Asesores Ltda., y Zona Aduanera Almaviva Envigado (Colombia).

-fl.260: Aviso de Envío de Continuación de Viaje de 21 de julio de 2004, en el que se registra a la mercancía como un (1) sólo bulto y un peso de 17.700 kg

-fl.261: Aviso de Llegada de Continuación de Viaje de 29 de julio de 2004, en el que se consigna que la mercancía arribó con un número de setecientos cincuenta y cinco (755) bultos y un peso de 17.700 kg. En las observaciones se anota que llegó con un faltante de tres (3) bultos.

-fl.268: Planilla de Recepción 112004100006363 de 28 de junio de 2004, en la que se reseña que la mercancía objeto de discusión arribó a la aduana de destino con setecientos cincuenta y cinco (755) bultos y un peso de 17.700 kg, resaltando el faltante de tres (3) cajas respecto de las consignadas en la continuación de viaje y demás documentos de transporte.

- fl.272: Acta de Inconsistencias de 28 de junio de 2004, suscrita por el Depósito Habilitado Almaviva S.A., en la ciudad de Medellín, en la que se

deja anotado que la mercancía arribó con una cantidad de setecientos cincuenta y cinco (755) bultos y un peso de 17.700 kg, presentando un faltante de tres (3) bultos y un exceso de peso de 1.665 kg respecto de la información consignada en la continuación de viaje y demás documentos de transporte.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia registrada en la Continuación de Viaje 0004175 de 18 de junio de 2004 con número de aceptación 2544 de 22 de junio de 2004, constaba de setecientos cincuenta y ocho (758) bultos, con un peso bruto de 16.035 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Documento de Transporte "*Bill of Lading*" PAN 012105 de 18 de junio de 2004 y en el Documento Andino de Transporte Multimodal con igual serie y fecha, lo que permite inferir a esta Sala que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por setecientos cincuenta y ocho (758) bultos.

No es de recibo el argumento expuesto por la parte accionante, referente a que el Acta de Inconsistencias de 28 de junio de 2004, no tiene valor probatorio alguno, puesto que contrario a lo expuesto en el recurso de alzada, la misma si se encuentra signada por un funcionario del Depósito Almaviva S.A., cuyo nombre es Carlos Gallego. Sumado a esto, se tiene, que la sociedad demandante si tuvo la oportunidad de contradecirla, puesto que dicho documento data de 2004 y el requerimiento especial aduanero mediante el cual se inició el procedimiento administrativo sancionatorio que dio origen a la presente controversia, fue proferido el 26 de septiembre de 2006, de lo que se infiere que la mencionada acta pudo ser atacada en la vía administrativa.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Carga Directa OTM S.A., pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menos cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de

los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, lo que evidencia la existencia de inconsistencias entre los datos consignados en la continuación de viaje y demás documentos de transporte y la mercancía recibida, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2º del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibidem*.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por la parte recurrente, se debe precisar que el hecho de que los precintos con los cuales fue sellado el contenedor en el que se embaló la mercancía para ser transportada, hayan llegado en buen estado, no indica que el operador de transporte multimodal se encuentre exonerado de la responsabilidad derivada del faltante de bultos que se registró y comprobó en la aduana de destino, puesto que lo primero constituye una obligación adicional a la de entregar la mercancía en las mismas condiciones a las recibidas, cuyo incumplimiento da origen a una sanción diferente a la analizada en el asunto de marras.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones⁶:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002⁷, 22 de abril de 2004⁸ y 2 de marzo de 2006⁹ y, al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala.

«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al arribar la mercancía a la ciudad de Medellín, que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9 330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y

⁶ 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

⁷ Expediente 7165 M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barreto

⁸ Expediente 7791 M.P. Dr. Carlos Arciniegas Andrade

⁹ Expediente 8471 M.P. Dr. Gabriel E. Menéndez Martelo

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 manera¹⁰

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto

Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye

¹⁰ Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002. Magistrada Ponente, doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

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)

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora de entregar la mercancía completa conforme la recibió en la aduana de partida, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Por otro lado, debe precisarse que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que en los actos demandados se desconoció la doctrina de la DIAN referente a que la mercancía transportada en un solo contenedor es considerada como un bulto, sustentada en el contenido de la Circular 0188 de 2000, expedida por la DIAN.

Frente a ello se debe precisar, que si bien es cierto en ella se establece que “...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores

salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...", no lo es menos que el alcance que se le dio a dicho concepto se limita precisamente a esa actuación, esto es, al informe de inconsistencias previsto en el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, pero no puede hacerse extensivo a la concepción de bulto prevista en el régimen sancionatorio aduanero, específicamente para las situaciones enlistadas en el artículo 497 *ibidem*, atendiendo el postulado del artículo 27¹¹ del Código Civil.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que cuando la importación de una mercancía está soportada en documentos de transporte dirigidos a varios consignatarios dicha postura no es aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, antes de la modificación introducida por el artículo 1º 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 Documento Andino de Transporte Multimodal PAN 012105 de 18 de junio de 2004 (fl.224), se señala claramente en la casilla 3 que la mercancía va consignada a orden de Carga Directa OTM S.A., Total Logistic Corp., CBS Asesores Ltda., y Zona Aduanera Almaviva Envigado (Colombia), lo que pone de relieve que está dirigida a más de un consignatario. De igual manera, en la casilla 2 del Documento de Viaje B/L PAN 012105 de 18 de junio de 2004 (fl.226), se encuentra registrado que la

¹¹ Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu

mercancía está a nombre de las sociedades previamente mencionadas, lo cual, ratifica lo antes dicho.

En ese orden de ideas, se colige, que el contenedor donde se transportaba la mercancía objeto de controversia no puede ser considerado como un bulto, puesto que no reúne los requisitos legales establecidos en la disposición en comento.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la omisión en que incurrió el operador de transporte multimodal en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de setecientos cincuenta y ocho (758) bultos y no de setecientos cincuenta y cinco (755) tal como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, especificada la infracción aduanera en la que incurrió la parte actora y atendiendo que una de las inconformidades que edifican la apelación la hace consistir en la falta de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la infracción, analizará la Sala si hay razones que desdibujen la decisión de la administración aduanera al tasar la referida multa.

Para la infracción aduanera en que incurrió la sociedad actora, que es la contemplada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, la norma faculta a la administración para imponer una sanción equivalente a setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes al propietario, tenedor, poseedor o a quien se haya beneficiado en la operación o, a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías o, a quien de alguna manera intervino en dicha operación.

Así las cosas, no es dable imponer la sanción a prorrata de los copartícipes en atención a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, dado que estos

son atributos de valor y no pueden ser objeto de análisis por la autoridad, salvo que la misma norma que tipifique la infracción establezca una gradualidad en su aplicación, lo que no sucede frente al artículo 497 *ibidem*.

Por otra parte, es del caso resaltar que tampoco existe violación del derecho al debido proceso de la sociedad demandante por la supuesta omisión de la DIAN de señalar las disposiciones que le permitían hacer efectiva la póliza de garantía que respaldaba las obligaciones de la misma, puesto que en el acto demandado Resolución 002781 de 13 de diciembre de 2006, se anotó expresamente que ello era posible en virtud de lo dispuesto en el artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000 (fl.309).

Finalmente, se considera, que si bien el artículo 1027 del Código de Comercio establece que cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe, también es cierto que el artículo 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. Además, la Sala es del criterio, que las condiciones contractuales privadas que tienen que ver con la modalidad bajo la cual se celebra el contrato de transporte con el importador, no son oponibles a la autoridad aduanera en el ejercicio de su potestad de control sobre las operaciones aduaneras en el país, ya que se trata de una actividad legalmente regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, como quedó explicado suficientemente en párrafos anteriores.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 05 de marzo de 2012 emitida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Carga Directa OTM, contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ELICE EANDIÑO GALLO


MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-012-2007-00108-02.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1383
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: JOSUE ROJAS RODRIGUEZ
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2011-00069-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: SEIS (06) 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, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) 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., seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Reparación Directa**
Demandante : **Josué Rojas Rodríguez**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-006-2011-00069-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2012, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Josué Rojas Rodríguez, contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de reparación directa según lo indica el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare a la entidad accionada administrativamente responsable por los perjuicios materiales sufridos con ocasión de la

aprehensión y posterior decomiso de una mercancía de su propiedad por más de nueve (9) meses y luego haberse ordenado su devolución.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita que se condene a la DIAN a pagarle como reparación o indemnización, los perjuicios de orden material y moral, los cuales estima en la suma de ciento sesenta y cinco millones novecientos mil pesos M/Cte (\$165.900.000.00).

Por último, pide que la condena sea actualizada en la forma prevista por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y se reajuste su valor tomando como base para la liquidación el Índice de Precios al Consumidor (IPC), desde la fecha de aprehensión injusta del bien hasta la fecha de ejecutoria de la resolución que ordenó la entrega del mismo a su favor; además, requiere que se dé cumplimiento a lo establecido en los artículos 176 y 177 *ibidem*.

HECHOS

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

Señala la parte actora, que mediante Acta de Aprehensión 8323063-064 de 18 de julio de 2008, la División de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Administración Local de Impuestos de Sincelejo, le aprehendió una mercancía descrita en el DIAM 3923100429 de la misma fecha, consistente en un “Vehículo CAMIÓN, marca, VOLVO GMC, clase: VOLQUETA. Tipo: Platón. Color Blanco, Modelo 1993, Placa ZVL-564, Motor No 34683954. SERIE: #VIJBAME5PR821760, CHASIS 821760”, amparada en la causal prevista en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Afirma, que al momento de ser aprehendido el vehículo, estaba ejecutando el contrato de transporte de materiales suscrito con el señor Iván Rosso Barragán, en desarrollo de la Oferta Mercantil CB-0022008 para la

construcción de la infraestructura del Peaje Flores, localizado en el tramo vial Sincelejo/Corozal, fechado el 15 de junio de 2008.

Con posterioridad, por medio de Resolución 000376 de 24 de diciembre de 2008, el ente demandado ordenó el decomiso de la mencionada mercancía, decisión contra la cual, interpuso el respectivo recurso de reconsideración que fue despachado favorablemente a sus intereses a través de Resolución 000627 de 06 de abril de 2009, que resolvió revocar la anterior. En virtud de ello, mediante Acta de Devolución de Mercancías 002 de 23 de abril de 2009, se dispuso perfeccionar la entrega del bien aprehendido.

Agrega, que el ente demandado procedió a decomisar el vehículo en cuestión desconociendo que el mismo había sido adquirido por acta de remate al Fondo Rotatorio del Ejército Nacional, dejando de lado que ésta lo remató y adjudicó, privándolo de su uso y destinación económica, evitando que percibiera el lucro derivado de la actividad de transporte que desempeñaba y, por el contrario, le correspondió asumir cuantiosas erogaciones para poder defender y esclarecer que tanto la aprehensión como el decomiso efectivamente eran injustos, aspectos que asegura generan un daño derivado directamente de la actuación desplegada por la administración, el cual, debe ser resarcido, pues es evidente que existe una actuación administrativa, un daño antijurídico y una relación de causalidad entre estas.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue repartida inicialmente a este tribunal, el cual, mediante auto de fecha 10 de diciembre de 2010 (fls. 131 – 133), resolvió declarar su falta de competencia y ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

Por reparto le correspondió su conocimiento al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que a través de providencia adiada el 13 de junio de

2011 (fl.135), procedió a admitir la demanda, siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Director Seccional en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.140) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista, la entidad accionada contestó la demanda (fls.142 – 156), expresando que la DIAN tiene competencia para desarrollar los controles necesarios para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras y verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan al territorio aduanero nacional.

Alega, que al verificar la veracidad de documentos, identificación e individualización de mercancías extranjeras mediante un procedimiento dado, no está actuando ilegalmente o faltando a preceptos constitucionales algunos y, para llevar a cabo dicha investigación, se hace necesario cumplir el procedimiento aduanero establecido para estos efectos, el cual, por ser de orden público es de estricto cumplimiento.

Esgrime, que el demandante dentro del proceso de definición de la situación jurídica del vehículo se limitó a probar la manera como lo adquirió, pero no demostró el cumplimiento de las obligaciones aduaneras que están determinadas en los artículos 3º y 87 del Decreto 2685 de 1999, sin embargo, fue la administración en uso de sus facultades fiscalizadoras la que desplegó todo su poder probatorio y así logró determinar que el vehículo a pesar de no tener un documento que acreditara su legal introducción al país, estaba soportado en una calidad administrativa especial dada por el Decreto 2640 de 2002.

Añade, que no existe responsabilidad administrativa de la DIAN en el presente caso, porque el hecho de investigar la legalidad de la mercancía, soportado momentáneamente en un decomiso fundamentado legalmente, no genera un daño para el administrado.

Que la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado ha establecido que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño es menester que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión y, señala, que esta imputación se rompe cuando el hecho dañoso ocurre por culpa de un tercero o de la propia víctima, como en el presente caso, en donde la responsabilidad de ingresar la mercancía por el puerto habilitado es del importador y de sus agentes comerciales, navieros y aduaneros.

Asimismo, manifiesta que el demandante no ha probado el supuesto daño causado y mucho menos los perjuicios derivados de él, toda vez, que pretende incluir unas facturas de repuestos y reparaciones del vehículo que se denotan del mantenimiento del mismo aún si la DIAN no lo hubiese retenido; aunado a ello, resalta que los gastos de un proceso innecesario no son responsabilidad de dicha entidad, quien estaba actuando dentro del ejercicio legítimo que le confiere la ley de ejercer controles aduaneros.

Finalmente, propone la excepción de *"FALTA DE DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA"*, basada en que el actor pretende que se le repare un daño y no establece la cuantía del mismo, que viene a ser de vital importancia para determinar la competencia del juzgador.

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 repartido al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fl.396).

Mediante auto de fecha 1º de diciembre de 2011 (fls.397 – 398), el juzgado prescindió del periodo probatorio y en el mismo proveído ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte

demandante reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio (fls.399 – 401); la parte demandada no presentó alegatos en dicha oportunidad; el Ministerio Público guardó silencio.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.402 - 422)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, despacha desfavorablemente la excepción propuesta y, acto seguido, señala que a los documentos obrantes en copias simples en el expediente les dará valor probatorio, de acuerdo a lo establecido por el H. Consejo de Estado en sentencia de 09 de mayo de 2011¹, en aplicación del principio de buena fe.

Por otro lado, esboza que la acción de reparación directa si es procedente para solicitar la indemnización de los perjuicios causados por la aprehensión y posterior decomiso de un vehículo automotor, cuando posteriormente dicha decisión es revocada por la DIAN.

Plantea, que la autoridad aduanera al realizar el trámite de aprehensión y decomiso del vehículo objeto de controversia, actuó dentro de las competencias que le confieren los artículos 469 a 471 del Estatuto Aduanero, respetándole el derecho de audiencia y defensa al demandante y, además, entregó el vehículo en condiciones aceptables, lo cual, se infiere del hecho de no haberse alegado lo contrario en la demanda, por lo que considera que no se configuró ninguna falla en el servicio.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 09 de mayo de 2011. Exp 36912. C.P. Enrique Gil Botero

Por lo anterior, analiza el caso desde la perspectiva del régimen del daño especial, el cual, a su juicio, se encuentra configurado, ya que está demostrado el daño consistente en la aprehensión y posterior decomiso del vehículo que en ese entonces era objeto de un contrato de transporte de materiales y, además, el mismo se constituye en antijurídico, puesto que rompió las cargas que deben soportar todos los ciudadanos, toda vez, que el vehículo se encontraba amparado por documentos expedidos por otra entidad del Estado que había rematado el bien, los cuales, reemplazaban tanto la factura como la declaración de importación.

Concluye, que no es de recibo el argumento de la DIAN consistente en que el demandante por ser el tenedor de un vehículo introducido presuntamente de manera indebida al país tenía la obligación de soportar ese daño, ya que resulta ilógico que en el caso particular se le exigiera cumplir con el requisito de presentar la declaración de importación o la factura de compraventa del mismo, puesto que el mencionado bien, como ya se ha dicho, había sido rematado por el Fondo Rotatorio del Ejército Nacional por encontrarse en un estado deplorable, tanto así que no fue posible identificar siquiera el número del chasis ni la forma en que había ingresado al territorio nacional, situación que además fue certificada por la citada entidad en el curso del proceso aduanero y que está prevista en el Decreto 2640 de 2002.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.425 – 429)

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandada, se contraen a los siguientes aspectos:

En primer lugar, muestra su desacuerdo con el fallo apelado manifestando que al revisar la fuerza probatoria de cada uno de los documentos anexados por el demandante, con los cuales pretendía unas erogaciones, observa que no

cumplen los requisitos de validez para ser tenidos en cuenta. Que pretende la parte actora demostrar la existencia de un contrato con un documento presentado ante un notario (es decir, de fecha cierta) 12 de agosto de 2010, el cual, bajo su criterio, no es prueba de la existencia de un contrato.

llama la atención acerca de que la juez reconoce la existencia del contrato que supuestamente celebró el actor, por la totalidad del valor del mismo, pero sin tener en cuenta que un vehículo soporta gastos como gasolina, aceite, repuestos, etc., sin descontar nada de esto del monto reconocido.

Expresa, que el supuesto contrato está soportado en una oferta mercantil de fecha cierta 02 de septiembre de 2009, cuyo encabezado es de fecha 16 de mayo de 2008, sin embargo se denota que esta oferta para hacerse efectiva necesita una serie de requisitos y, posteriormente, para empezar la ejecución del contrato otros tantos, sin tener en cuenta, por ejemplo, si fue adjudicado o no, si fue iniciada efectivamente la obra en esas fechas, incluso sin ningún otro tipo de prueba que acreditara que en menos de dos (2) meses se iniciara un contrato de tal magnitud.

Reitera, que la DIAN tiene competencia para desarrollar los controles necesarios para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras y verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan al territorio aduanero nacional.

Finaliza diciendo, que una vez comprobó la legalidad del vehículo, realizó la entrega correspondiente y se tomó el término que la ley da en cada etapa del proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía, establecido en los artículos 502 y siguientes del Decreto 2685 de 1999, por lo que no debe quedar duda de su actuar legítimo en el presente caso.

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 Acta de Audiencia de Conciliación de fecha 11 de septiembre de 2012 (fl.455).

Por medio de proveído de 20 de noviembre de 2012 (fl.460), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 31 de enero de 2013 (fl.462), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandante reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.463 – 467); la parte demandada a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.468 – 471). El Ministerio Público guardó silencio.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO.

Se centra en determinar si la actuación de la DIAN concretada en la aprehensión y decomiso de una mercancía de propiedad del accionante, que luego le fue devuelta por estar demostrado que ingresó legalmente al país, constituye responsabilidad de la administración derivada en la obligación de indemnizar los daños presuntamente sufridos por el demandante.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandada, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

En el presente asunto la parte actora pretende que se le indemnice por los presuntos daños causados por la DIAN, al haberle aprehendido una mercancía consistente en un vehículo tipo camión, por considerar que el mismo había ingresado ilegalmente a territorio nacional y, luego de establecerse la legalidad del mismo, le fue devuelto, dejando de percibir durante el término de duración de la aprehensión el pago correspondiente a un contrato de transporte de materiales celebrado entre el propietario del vehículo y el señor Iván Rosso Barragán en virtud de la Oferta Mercantil CB-0022008 presentada por este último al Consorcio La Bonga.

Por su parte, la autoridad aduanera alega que no existe responsabilidad administrativa de parte suya en el presente caso, toda vez, que el hecho de sufrir una retención temporal de una mercancía mientras se define su situación jurídica, es una de las cargas mínimas que debe padecer el administrado cuando es requerido por la autoridad aduanera para que demuestre la legalidad de la misma.

A su vez, la juez de primera instancia en primer lugar descartó la aplicación del régimen de falla del servicio en el *sub examine*, ya que a su juicio, la DIAN realizó los trámites aduaneros correspondientes dentro del marco de competencia conferido por los artículos 469 a 471 del Decreto 2685 de 1999, respetando el derecho al debido proceso del administrado y, aunado a ello, hizo entrega del vehículo en buenas condiciones, lo que deduce de no haber sido alegado lo contrario en el libelo introductorio.

No obstante ello, consideró que le asiste responsabilidad al ente demandado en el presente caso en virtud del régimen del daño especial, el cual, bajo su criterio se encuentra configurado al existir un daño que desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados, concretado en la aprehensión y decomiso del vehículo y, que además, el mismo se torna antijurídico al ser producto de una exigencia legal que no se encontraba obligado a cumplir el

accionante por las condiciones especiales de adquisición del bien objeto de controversia.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

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 daño especial, esto es, una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas.

En los hechos de la demanda se planteó que el daño cuyo resarcimiento se pretende se produjo como consecuencia del rompimiento de las cargas públicas en el marco de la actuación surtida por la entidad accionada al ejecutar la aprehensión y decomiso de un vehículo de propiedad del actor, el cual, luego de ser verificada su legal introducción a territorio nacional, le fue devuelto, siendo privado del lucro que el mismo le proporcionaría durante el periodo que estuvo retenido.

En tal medida, en el presente proceso es aplicable el título de imputación de daño especial, en el marco del cual la parte demandante está obligada a demostrar (i) el daño consistente en la imposición a la víctima de una carga que no estaba obligada a soportar, (ii) la conducta u omisión estatal y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos, mientras que la entidad pública demandada se verá forzada, para eximirse de responsabilidad, a probar la configuración de una causa extraña.

En torno del daño especial resulta ilustrativo traer a colación las siguientes precisiones contenidas en sentencia de 03 de mayo de 2007 proferida por el Consejo de Estado²:

“...El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir:

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.”³

Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal

“Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración. En este sentido,

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 03 de mayo de 2007. Exp 16696, C.P. Enrique Gil Botero

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, expediente 4655, C.P. Antonio José Iruarriz Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del consejo de Estado, primer trimestre de 1989. Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250

respecto de las calidades del perjuicio sufrido, se estableció por el Consejo de Estado desde los primeros años de implementación de esta teoría.

"El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado."⁴ -negrilla fuera de texto-

Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas: y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

"En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría

⁴ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de septiembre de 1949, C.P. Pedro Gómez Parra

del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto...”

Hechas las anteriores precisiones, corresponde a la Sala examinar los hechos que se encuentran demostrados en el expediente, con el fin de verificar si efectivamente se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado que se reclama. En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

- **Documentos aportados en copias simples:**

-fls.13 – 19: Resolución 597 de 2005 *“Por la cual se efectúa la adjudicación del proceso de permuta 001 de 2005 de un lote de vehículos automotores obsoletos de propiedad del Ejército Nacional, por vehículos automotores último modelo, con tecnología de punta, los cuales serán destinados para la defensa y seguridad nacional.”*, expedida por el Fondo Rotatorio del Ejército adscrito al Ministerio de Defensa Nacional. Dicha resolución en el artículo octavo de su parte resolutive dispuso que para acreditar la propiedad de los vehículos entregados en permuta el Fondo Rotatorio del Ejército expediría un acta de entrega en la que estaría registrada la identificación y características generales del vehículo a nombre del adjudicatario o quien Automayor S.A. designe.

-fls.21 – 26: Contrato de Permuta 001 de 2004, suscrito entre el Fondo Rotatorio del Ejército y Automayor S.A., cuyo objeto es *“Permutar un lote de vehículos obsoletos, inservibles o en desuso, de propiedad del Ejército Nacional, relacionados en el anexo “A” del pliego de condiciones, el cual hace parte de integral del presente contrato por: tres (3) camionetas, marca Chevrolet, tipo Rodeo; seis (6) camionetas marca Chevrolet, tipo Blazer y un*

(1) campero marca Chevrolet, tipo Vitara, con destino a la Dirección de Transportes del Ejército Nacional.”

-fl.27: Constancia expedida por el Fondo Rotatorio del Ejército adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, en la que certifica que dentro del proceso de permuta 001 de 2004 fueron encontrados diferentes vehículos de diversas características y marcas que no presentaban número de identificación en su chasis, lo cual implica, que deban identificarse con el número de acta, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Acuerdo 051 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2640 de 2002.

-fl.95: Acta de Devolución de Mercancías 002 de 23 de abril de 2009, expedida por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo – División de Gestión Administrativa y Financiera, a través de la cual, hace entrega al señor Josué Rojas Rodríguez del vehículo de su propiedad que fue objeto de decomiso.

Sobre el valor probatorio de los documentos aportados en copias simples a un proceso judicial, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado, señalando que las mismas tienen plena validez siempre que las partes hayan tenido la posibilidad de contradecirlas y tacharlas de falsas. La providencia es del siguiente contexto⁵:

“...Lo primero que cubierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, prima facie, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 07 de marzo de 2011, Exp. 20111 CP Enrique Gil Botero

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

En el caso sub examine, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acació, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

- *El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso...”*

Lo anterior permite concluir que mientras el documento se encuentre obrante en el proceso con la posibilidad de contradecirse y no haya sido tachado de falso, debe el juez otorgarle pleno valor probatorio.

El artículo 253⁶ del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267⁷ del Código Contencioso Administrativo, autoriza que se aporten al proceso documentos en copia y, en todo caso, prevé que la parte contra la cual se exponen, puede ejercitar el derecho de contradicción mediante la tacha de falsedad, la solicitud de una inspección sobre el documento original o el cotejo, en armonía con lo previsto en los artículos 244⁸ y 255⁹ *ibidem*.

En el *sub iudice* se advierte que las copias reseñadas corresponden a documentos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito tanto de quien los aporta (artículo 276¹⁰ *ejusdem*) como del demandado, por tanto, no puede descartarse de plano su valor probatorio.

Esta Sala es del parecer que en aplicación del principio de buena fe, que a partir del año 1991 adquirió rango constitucional, normas como los artículos 25¹¹ del Decreto 2561 de 1991¹² y 11¹³ de la Ley 446 de 1998¹⁴, confirieron autenticidad a los documentos aportados al proceso, independientemente de si se trata de originales o reproducciones mecánicas.

⁶ "Artículo 253 Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento."

⁷ "Artículo 267 Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo."

⁸ "Artículo 244 Procedencia de la inspección. Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse de oficio o a petición de parte, el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos."

⁹ "Artículo 255 Cotejo de documentos. La parte contra quien se adhira copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original o a falta de éste con una copia auténtica expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante inspección judicial dentro de la oportunidad para prácticas pruebas."

¹⁰ "Artículo 276 Reconocimiento implícito. La parte que aporte al proceso un documento privado, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Existe también reconocimiento implícito en el caso contemplado en el numeral 3.º del artículo 252."

¹¹ "Artículo 25. Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, teneren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros."

¹² Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales.

¹³ "Artículo 11. En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros."

¹⁴ Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

En ese orden y dando aplicación al principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades, la Sala estima que las documentales reseñadas, se les debe reconocer valor probatorio, tal como lo concluyó la juez de primera instancia.

- **Documentos aportados en original o copias auténticas:**

-fl.31: Certificado de Tradición expedido por el Inspector de Tránsito y Transporte Municipal de Ubaté (Cundinamarca), del vehículo de características: Placa: ZVL 564, Modelo: 1998, Clase: Camión, Marca: G.M.C., Servicio: Público, Color: Blanco, Carrocería: Volco, Motor: 34683954, Chasis: 821760, Puertas: 2. Importación o Remate: Acta, Documento: 0597 de 29 de diciembre de 2005, Propietario: Josué Rojas Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía 79.708.370.

-fl.38: Contrato de Transporte de Materiales celebrado el día 15 de junio de 2008 entre los señores Iván Rozo Barragán (contratante) identificado con cédula de ciudadanía 11.347.909 y Josué Rojas Rodríguez (contratista) identificado con cédula de ciudadanía 79.708.370, cuyo objeto es la realización del transporte de materiales en el desarrollo de la Oferta Mercantil CB-002-2008 para la construcción de la infraestructura del Peaje Flores, localizado en el tramo vial Sincelejo – Corozal, a través de la volqueta identificada con Placas ZVL 564, por valor de ciento cincuenta y ocho millones setecientos veinte mil pesos M/Cte (\$158.720.000,00).

-fls.39 – 43: Oferta Mercantil CB-002-2008 de 16 de mayo de 2008, presentada al Consorcio La Bonga (contratante) por el señor Iván Rozo Barragán (oferente) para la construcción de la infraestructura del Peaje Flores, localizado en el tramo vial Sincelejo – Corozal.

-fl.98: Documento de Egreso 3923100412 proferido por la DIAN el día 23 de abril de 2009, en el que deja constancia de la devolución del vehículo aprehendido al demandante.

-fl.99: Factura de Venta 0366 de 18 de septiembre de 2009 expedida por el Abogado Luis Alberto Rubiano Sánchez a nombre del señor Josué Rojas Rodríguez por valor de dos millones un mil pesos M/Cte (\$2.001.000,00), por concepto de honorarios por presentación de solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa de Cartagena.

-fls.101 a 113: Facturas de venta, cotizaciones y volantes de varias consignaciones realizadas por la parte actora, sin especificar el concepto por las que fueron realizadas.

-fl.114: Factura Cambiaria de Compraventa 0039 de 10 de mayo de 2009 expedida por el Taller de Mantenimiento y Mecánica El Mono a nombre del demandante, por concepto de la compra de varios repuestos para la reparación de la volqueta con Placas ZVL 564, modelo 1998, que asciende a la suma de catorce millones quinientos treinta mil pesos M/cte (\$14.530.000,00).

-fl.115: Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana 01287242, celebrado entre la señora Isabel Cristina Gómez Jaraba (arrendadora) y el señor Josué Rojas Rodríguez (arrendatario), sobre un inmueble ubicado en la calle 32 con carrera 37 - 36 de Corozal (Sucre), por un (1) año, cuyo canon de arrendamiento fue pactado en la suma de seiscientos mil pesos M/Cte (\$600.000,00) mensuales.

-fls.117 - 126: Facturas de compras realizadas por la parte actora sin especificar el concepto por las que fueron efectuadas.

-fls.175 – 176: Oficio GRAUT/ADEPE de 17 de julio de 2008, expedido por la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional de Colombia, por medio del cual, pone a disposición de la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN el vehículo decomisado, señalando como motivo del mismo las inconsistencias encontradas en sus documentos de matrícula como son el Acta de Remate 5889, ya que de acuerdo al estudio técnico anexo y al número de identificación vehicular, éste es modelo 1993 y no 1998 como se pretende hacer creer.

-fls.177 – 178: Estudio Técnico realizado por la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional de Colombia, de fecha 17 de julio de 2008, en el que explican que el modelo del auto es 1993.

-fl.179: Acta de inmovilización de vehículo levantada por la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional de Colombia en la ciudad de Sincelejo el día 17 de julio de 2008, sobre el vehículo de las siguientes características: Marca: G.M.C., Clase: Camión, Tipo: Volco, Motor: 34683954, Chasis: 821760, Modelo: 1993, Color: Blanco, Serie: 4V1JBAME5PR821760, Placa: ZVL 564, por presentar inconsistencias en los documentos de importación y matrícula.

-fl.184: Oficio 100-110-39 de 29 de diciembre de 2005, suscrito por el Jefe Sección de Remates del Fondo Rotatorio del Ejército adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, el cual, tiene como asunto la confirmación del Acta de Entrega 5989 de la misma fecha, la cual ampara el vehículo objeto de decomiso.

-fl.196: Inventario de Ingreso y Salida de Vehículos expedida por Almagrario S.A., documento en el cual queda registrado el ingreso del vehículo inmovilizado el día 18 de julio de 2008.

-fl.213: Oficio 1848 DGAL-ALOJD de 22 de julio de 2008, proferido por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, cuyo asunto es la confirmación del Acta de Entrega 5989 de 29 de diciembre de 2005, del vehículo objeto de controversia.

-fl.215: Acta de Entrega 5989 de 29 de diciembre de 2005, expedido por la Sección de Remates del Fondo Rotatorio del Ejército adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, en la que se consigna la información sobre la venta del vehículo decomisado.

-fls.299 – 300: Contrato de Compraventa de Vehículo Automotor de fecha 11 de septiembre de 2007, celebrado entre el señor Josué Rojas Rodríguez (comprador) y los señores Luis Ángel Vargas y John Henry Jara (vendedores), sobre el vehículo de las siguientes características: Clase: Camión, Marca: G.M.C., Modelo: 1998, Color: Blanco, Puertas: 2, Capacidad: 20/2, Motor: 34683954, Chasis: 821760, Manifiesto: Acta 5989 de 29 de diciembre de 2005, Placa: ZVL 564, Servicio: Público.

-fls.307 – 321: Resolución 000376 de 24 de diciembre de 2008, expedida por la Jefe División de Gestión de Fiscalización de la DIAN, mediante la cual, ordena decomisar a favor la Nación el vehículo antes descrito.

-fls.389 – 394: Resolución 000627 de 06 de abril de 2009, expedida por el Jefe División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena de Indias, por medio de la cual, resolvió un recurso de reconsideración interpuesto por el demandante contra la anterior decisión, ordenando su revocatoria, señalando que en el presente caso no procede la aplicación de lo establecido en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, en virtud de lo expresamente expuesto en el artículo 1º del Decreto 2640 de 2002.

Luego de revisar el acervo probatorio contenido en la foliatura, observa la Sala, que la aprehensión y posterior decomiso del vehículo objeto de discusión se llevó a cabo con base en la causal prevista en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, el cual, es del siguiente tenor:

“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...

...1.6 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, o se encuentre una cantidad superior a la señalada en la Declaración de Importación, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, salvo que estos últimos se hayan subsanado en la forma prevista en los numerales 4 y 7 del artículo 128 y en los párrafos primero y segundo del artículo 231 del presente decreto, en cuyo caso no habrá lugar a la aprehensión...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En efecto, según las consideraciones de la resolución mediante la cual se ordenó el decomiso del vehículo en cuestión, éste no se encontraba amparado en una factura de compraventa o declaración de importación que respaldara su legal ingreso a territorio nacional, lo que al entender de la autoridad aduanera implicaba que el mismo había sido introducido en forma indebida al país, hecho que en principio hacía procedente la aprehensión de dicho bien.

Ahora bien, en el desarrollo del proceso de verificación de la legalidad del vehículo, la DIAN pudo determinar que el mismo ostentaba una calidad especial de adquisición que le exoneraba de portar tales documentos, por haber sido obtenido a través de un proceso de remate adelantado por el Fondo Rotatorio del Ejército, los cuales podrán ser registrados con el acta de adjudicación en la que conste procedencia y características del vehículo, según

lo dispuesto en el artículo 80 del Acuerdo 051 de 1993, en concordancia con los artículos 1° y 4° del Decreto 2640 de 2002, que a la letra dicen:

“Artículo 80. Cuando los números de identificación del chasis del vehículo estén adulterados o no existan, para efectos de su grabación se colocará el número del acta de remate o de su adjudicación.

Parágrafo. La entidad rematadora o adjudicadora deberá expedir un acta por cada vehículo para efecto de su registro.”

“Artículo 1°. Los vehículos automotores no registrados de propiedad de las entidades de derecho público, rematados o adjudicados, sobre los cuales no exista certificado particular de aduana, declaración de importación, ni factura de compra, podrán ser registrados con el acta de adjudicación en la que conste procedencia y características del vehículo.

La entidad que remata el automotor o que lo adjudica expedirá un acta por cada vehículo, para efectos de su registro.”

“Artículo 4°. Para el caso en que los números de identificación del chasis del vehículo de propiedad de las entidades de derecho público, objeto de remate no existan, para efectos de su grabación se colocará el número del acta de adjudicación.” (Subrayado fuera de texto)

En el informativo está debidamente acreditado que el vehículo decomisado había sido adquirido a través de un proceso de remate, tal como consta en el Oficio 100-110-39 de 29 de diciembre de 2005 (fl.184), el Oficio 1848 DGAI.-AI.OJD de 22 de julio de 2008 (fl.213) y en el Acta de Entrega 5989 de 29 de diciembre de 2005 (fl.215) y que luego fue enajenado al accionante mediante compraventa celebrada el día 11 de septiembre de 2007 con los señores Luis Ángel Vargas y John Henry Jara (fls.299 – 300).

De igual manera, está plenamente verificado que dicho vehículo fue objeto de aprehensión y decomiso por parte de la autoridad aduanera, como se puede

corroborar a través del Documento de Egreso 3923100412 de 23 de abril de 2009 (fl.98), el Oficio GRAUT/ADEPE de 17 de julio de 2008 (fls.175 – 176), el Acta de inmovilización del vehículo levantada por la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional de Colombia en la ciudad de Sincelejo el día 17 de julio de 2008 (fl.179), el Inventario de Ingreso y Salida de Vehículos expedida por Almagrario S.A., de fecha 18 de julio de 2008 (fl.196), el Acta de Devolución de Mercancías 002 de 23 de abril de 2009 (fl.95) y las Resoluciones 000376 de 24 de diciembre de 2008 (fls.307 – 321) y 000627 de 06 de abril de 2009 (fls.389 – 394).

Lo anterior permite asegurar, que los elementos constitutivos de responsabilidad patrimonial del Estado a título de daño especial, se encuentran demostrados, ya que está acreditado el daño que sufrió la parte actora con el simple decomiso del vehículo de su propiedad; además, también está probado que lo anterior implica la imposición de una carga que no estaba obligado a soportar el demandante, ya que el accionar de la DIAN estuvo basado en la exigencia de una documentación que éste no debía portar y, asimismo, es obvio que entre estas dos circunstancias existe un nexo causal inexorable.

Aunado a ello, se tiene, que la entidad demandada no acreditó ninguna causal que le permitiera ser exonerada de la responsabilidad que se le endilga, ni tampoco certificó la configuración de alguna causa extraña que le eximiera de indemnizar los daños que haya sufrido el actor con ocasión del decomiso del vehículo plurimencionado.

Es innegable para esta Sala que existió un decomiso de mercancía de propiedad del demandante por parte de la DIAN, la cual, estuvo aprehendida entre el 17 de julio de 2008 y el 23 de abril de 2009, es decir, 09 meses y 06 días. Por otro lado, se tiene, que la administración aduanera encontró que la mercancía había ingresado al país en legal forma y, por tanto, procedió a devolverla, lo que permite inferir que le asiste el derecho a la parte accionante a recibir una indemnización por lucro cesante.

Considera la Sala, que si bien es cierto el Estado tiene facultades y competencias otorgadas para el ejercicio y cumplimiento de sus funciones, que de una u otra manera permiten que en determinados casos y dadas algunas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico, las personas y sus bienes puedan estar sometidas administrativa y judicialmente a procedimientos que buscan definir el estado de certeza sobre ciertas situaciones, no lo es menos, que aunque esas actuaciones se realicen de acuerdo con el ordenamiento jurídico y aunque los administrados las deben soportar, atendiendo al deber de cumplir con la Constitución y la ley, en ocasiones rompen el principio de igualdad frente a las cargas públicas y pueden causar daños resarcibles.

El rompimiento de igualdad de las cargas públicas consiste en el padecimiento de una carga mayor por parte de algunos administrados que tiene como fin el mantenimiento del orden social, pero que de manera correlativa da nacimiento al derecho que tiene quien la soportó injustificadamente a ser indemnizado, en aras del buen funcionamiento de la administración de justicia.

Tal como quedó demostrado, la parte actora estaba en la obligación de soportar la carga de poner a disposición de la DIAN la mercancía mientras duraba el proceso de verificación de su legalidad. ahora bien, esta carga rompe el principio de igualdad de las cargas públicas al momento de que al comprobarse que la mercancía era legal y ser devuelta a su propietario, éste ya no pueda percibir el pago del contrato de transporte que supuestamente ejecutaba al momento de la aprehensión del vehículo.

En virtud de lo anterior, la Sala encuentra administrativamente responsable a la DIAN bajo el título de daño especial, por lo señalado en párrafos precedentes respecto al rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas; corresponde ahora entrar a analizar si la condena impuesta por la juez de primera instancia fue tasada de manera correcta.

LA INDEMNIZACIÓN.

- **Daño emergente.**

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* condenó a la entidad demandada al pago de una suma equivalente a dos millones setecientos seis mil cuatrocientos ochenta y seis pesos M/cte (\$2.706.486,00), por concepto de daño emergente, correspondientes a los honorarios pagados por el demandante al abogado Luis Alberto Rubiano Sánchez por la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa de Cartagena, en aras de agotar el requisito de procedibilidad para iniciar la presente demanda en ejercicio de la acción de reparación directa.

Bajo el criterio de la Sala, tal condena es improcedente en el *sub judice*, ya que la misma hace referencia a las agencias en derecho, que son la parte de las costas atribuibles a la defensa judicial en cabeza del litigante victorioso y a cargo del vencido en el juicio, las cuales sólo puede reclamar quien resulta triunfador. Ahora bien, como las agencias en derecho hacen parte de las costas, su reconocimiento depende de que la parte vencida en un proceso judicial sea condenada al pago de las mismas.

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 y, por ende, se debe denegar esta pretensión.

- **Lucro cesante.**

En el fallo recurrido la DIAN fue condenada a pagarle al actor la suma de ciento cuarenta y seis millones quinientos seis mil doscientos cincuenta y dos pesos M/Cte (\$146.506.252,00), por concepto de lucro cesante, correspondiente a la falta de productividad con ocasión del decomiso del vehículo.

Señaló la juez de primera instancia, que el lucro cesante en el asunto de marras deriva de lo dejado de percibir por el demandante por la no ejecución del contrato de transporte de materiales celebrado por éste con el señor Iván Rozo Barragán en desarrollo de la **Oferta Mercantil CB-002-2008**, para la construcción de la infraestructura del Peaje Flores localizado en el tramo vial Sincelejo – Corozal (Sucre). El término de duración de dicho contrato fue pactado en seis (6) meses por un valor total de ciento cincuenta y ocho millones setecientos veinte mil pesos M/Cte (\$158.720.000,00) a razón de doce mil ochocientos metros cúbicos (12.800 m³) de material transportado, que sería pagado en cortes quincenales, esto es, doce (12) cuotas en total de trece millones doscientos veinticinco mil pesos M/Cte (\$13.225.000,00) cada una (fl.38).

Concluyó la juez *a quo*, que teniendo en cuenta que el periodo en que estuvo aprehendido el vehículo fue concomitante con el plazo en que debía ejecutarse el contrato de transporte a que se hizo alusión, resulta evidente que tal situación conllevó a que el actor no pudiera cumplir con el objeto del mismo y, por ende, a no recibir el pago correspondiente. Sumado a esto, al momento de determinar el monto total de la condena por lucro cesante, procedió a descontar el valor de dos (2) quincenas que a su parecer se le debían haber pagado al actor para la fecha en que fue aprehendido el vehículo de su propiedad.

Para esta Sala de Decisión, tampoco está demostrado el lucro cesante reconocido por la Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, como se pasa a explicar a continuación:

En primer lugar, porque el contrato de transporte de materiales celebrado entre el actor y el señor Iván Roza Barragán se celebró en virtud de la Oferta Mercantil CB-002-2008 presentada por este último al Consorcio La Bonga (fls.39 – 45), en el que se estipuló expresamente que “...*la presente oferta mercantil para la celebración de un contrato de obra civil, el cual se entenderá perfeccionado con la aceptación de la presente oferta mediante la emisión por su representada de la correspondiente orden de servicios...*”

En el expediente no reposa la emisión de la correspondiente orden de servicios a que hace mención la Oferta Mercantil CB-002-2008 como requisito indispensable para la aceptación de la misma, situación que permite inferir que dicho contrato no se perfeccionó y, por tanto, no se llevó a cabo el contrato de transporte de materiales que se ejecutaría en virtud del mismo.

En segundo lugar, tampoco milita en la foliatura constancia del pago de las dos (2) primeras cuotas que al parecer de la juez de primera instancia, debían haber sido pagados al accionante al momento de ser aprehendido el vehículo en cuestión.

Las anteriores circunstancias resultan suficientes para obtener certeza acerca de la no acreditación del perjuicio por lucro cesante derivado de la supuesta ejecución del contrato de transporte de materiales alegado por la parte actora.

Ahora bien, no puede desconocerse que en tratándose de lucro cesante derivado de la afectación de bienes, el factor para tasar la indemnización es la utilidad líquida que dejó de producir el bien y no la diferencia de ingresos.

En ese sentido es pertinente citar al doctrinante Juan Carlos Henao, que al respecto puntualizó¹⁵:

“...El lucro cesante cuando la lesión se produce directamente sobre un bien está constituido por lo que éste deja de producir en razón del hecho dañino.

“De todas formas, se debe descontar del daño lo que su propietario como empresario gastaba a título de costo de producción.... lo cual es apenas lógico en la medida en que sólo se indemniza lo que él dejó de ganar, la utilidad líquida... Es así que cuando se trata de determinar el lucro cesante, se debe descontar aquello que la víctima habría tenido que gastar para obtener la ganancia...” (Negrilla fuera de texto)

En punto a la diferencia entre la certeza del daño y la de su cuantía, se traen a colación las siguientes precisiones del autor Javier Tamayo¹⁶:

“...no debe confundirse la certidumbre del daño con la de su cuantía. Para que exista un fallo condenatorio basta la prueba de que la víctima ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la acción lesiva del demandado¹⁷. Desde que el juez tenga la íntima convicción que ese daño ha existido o existirá, no podrá abstenerse de condenar so pretexto de que no aparece suficientemente cuantificado. Ésta solución que fuera muy discutida anteriormente, es pacífica actualmente en nuestro derecho, pues el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 impuso al juez la obligación de fijar el monto indemnizable acudiendo a la equidad como criterio de cuantificación. En consecuencia, si no es posible determinar con exactitud matemática la cuantía del daño, el juez deberá condenar ex aequo et bono¹⁸, es decir, será su sano criterio el que le permitirá en equidad fijar una indemnización...”

Así las cosas, demostrado indiciariamente que la entidad demandada causó al libelista perjuicios por lucro cesante desde el 17 de julio de 2008 hasta el 23 de abril de 2009, correspondientes a las utilidades dejadas de recibir durante

¹⁵ Henao, Juan Carlos. El Daño, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, págs. 223 a 225.

¹⁶ Tamayo Tamayo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial Legis, Bogotá, 2011, pág. 338.

¹⁷ “Por medio de indicios, el juez puede inferir la existencia del daño si no dispone de pruebas directas e irrefutables. Probar por indicios no es lo mismo que presumir.”

¹⁸ Equivalentemente, de acuerdo con factores externos, tales como el nivel de vida de la víctima o de los demandantes, etc.

ese lapso y como quiera que en el plenario no obran medios probatorios que permitan cuantificar técnicamente el monto de ese daño material irrogado a la actora, la Sala dará aplicación a lo previsto en el artículo 172¹⁹ del Código Contencioso Administrativo y condenará en abstracto a la demandada al pago de dicho perjuicio, con base en el criterio de equidad, el cual, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998²⁰ y por virtud del principio *pro damnato*, debe ser tenido en cuenta con miras a la reparación integral del daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, cuando encontrándose acreditados los elementos de responsabilidad estatal, resulte altamente improbable recaudar pruebas que permitan tasar en forma matemáticamente exacta el monto del daño a indemnizar.

Por consiguiente, el monto indemnizatorio del lucro cesante consolidado causado al demandante desde el 17 de julio de 2008 hasta el 23 de abril de 2009, será liquidado mediante trámite incidental que deberá promoverse ante el *a quo* dentro del término de sesenta (60) días contados desde la notificación del auto de obediencia al superior.

Para la liquidación incidental en concreto se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

El parangón se efectuará frente a cada mes del periodo durante el cual estuvo decomisado el vehículo objeto de controversia, respecto del mismo mes del año inmediatamente anterior.

En ese orden de ideas, el monto indemnizatorio corresponderá a la sumatoria de las diferencias entre las utilidades percibidas mes a mes y por fracción

¹⁹ Artículo 172. *Condenas en abstracto.* Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación contemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

²⁰ Artículo 16 de la ley 446 de 1998. "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

desde el 17 de julio de 2008 al 23 de abril de 2009, frente a lo devengado en esos meses entre los años 2007 y 2008.

La indemnización que deberá pagarse al extremo activo a título de lucro cesante consolidado, corresponderá a la sumatoria de los montos que arrojen las anteriores operaciones aritméticas.

Los datos requeridos para efectuar la liquidación en concreto de esta condena serán acreditados con las copias auténticas de los documentos contables que certifiquen los ingresos que obtuvo el demandante durante los meses indicados, con ocasión de la explotación comercial del vehículo materia del presente debate.

Las utilidades sobre la base de las cuales se tasará el lucro cesante consolidado serán actualizadas mediante la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a las utilidades del mes correspondiente, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la liquidación en concreto) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las utilidades).

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, con excepción del numeral segundo, de conformidad con las razones previamente explicadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 26 de abril de 2012 emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Josué Rojas Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía 79.708.370 expedida en Bogotá, contra la DIAN, con excepción del numeral segundo de la parte resolutive, el cual, quedará de la siguiente manera:

“**SEGUNDO:** CONDENAR a la DIAN a pagar al señor Josué Rojas Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía 79.708.370, a título de lucro cesante consolidado desde el 17 de julio de 2008 al 23 de abril de 2009, la suma que resulte liquidada como consecuencia del respectivo incidente, con fundamento en las pautas indicadas en la parte considerativa de esta providencia. La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ELIÉCER FANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-006-2011-00069-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1384
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION POPULAR
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO
DEMANDANTE	: ENITH MARIA TAPIA OICATA
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2010-00655-00
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 SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS. -
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

**SALA DE DECISIÓN**

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

Magistrado ponente: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO
Referencia : Clase de proceso: Acción Popular
Actor: Enith María Tapia Oicatá
Demandado: Distrito de Cartagena y otros
Radicado: 13-001-23-31-003-2010-00655-00

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora Enith María Tapia Oicatá, actuando a nombre propio, ha instaurado acción popular contra el Distrito de Cartagena, Ministerio de la Cultura y la Sociedad Organización Publicidad Exterior S.A. (OPE), por considerar vulnerados los derechos colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, la defensa del patrimonio cultural de la Nación, el goce del espacio público, la utilización y la defensa de los bienes de público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

PRETENSIONES

"1.1 Ordenen a las accionadas, que en el término máximo de dos días, siguientes a la sentencia que será proferida, retiren del espacio público la valla que se encuentra instalada frente a la cortina de Muralla adyacente a la Torre del Reloj y a menos de 10 metros de estos monumentos culturales e históricos nacionales, en Cartagena de Indias.

1.2 Que se establezca a cargo de los accionados el monto económico por el cual deberán prestar la garantía bancaria o póliza de seguros que asegure el estricto cumplimiento de la sentencia, conforme lo ordenado por el artículo 42 de la ley 472 de 1998.

1.3 que se ordene la conformación del "comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia" y se me permita hacer parte del mismo.

1.4 Que se fije en mi favor el incentivo económico estipulado por el artículo 39 de la ley 472 de 1999. "



HECHOS

"1) Con el objetivo de proteger el ambiente histórico del centro histórico de Cartagena de Indias y su área de influencia, el Plan de Ordenamiento Territorial de esta ciudad (Decreto No.0977 de 2001, proferido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias), entre otras cosas en su artículo 469, consagró:

"ARTICULO 469. Vallas. No se permite la colocación e instalación de vallas comerciales o publicitarias en los siguientes lugares:

1. En los monumentos históricos, artísticos, templos y todos aquellos inmuebles que se encuentren incluidos en el Centro Histórico.
2. En las vías, espacios públicos, del área de influencia del Centro Histórico.
3. En los espacios públicos aledaños a las fortificaciones."

2) De acuerdo con el mismo Plan de Ordenamiento Territorial, conforman el catálogo de monumentos nacionales y distritales:

"ARTICULO 413. CATALOGO DE MONUMENTOS NACIONALES Y DISTRITALES. Conforman el Catálogo de Monumentos Distritales y Nacionales los señalados a continuación:

CENTRO HISTÓRICO

1.1. Fortificaciones del Centro Primitivo

Puerta principal (hoy el reloj)

"{...}"

Cortina entre los Baluarte de la Contaduría y San Ignacio

"{...}"

3) Respecto de los avisos del centro histórico y su área de influencia, la misma norma consigna:

"ARTICULO 467: Avisos Permanentes. Los avisos tanto de identificación de establecimientos como uso de placas de profesionales, especialistas y residenciales deben cumplir con los siguientes requisitos.

1. Material: Se deben hacer preferiblemente en hierro forjado, bronce, madera, piedra coralina abusardada, mármol.

No se permiten avisos de neón, acrílicos, de plástico luminosos o iluminados en forma fija o intermitentes, pintados sobre el pavimento, directamente al muro, sobre los marcos, hojas de puertas, columnas o pilastras de portadas.

2. Dimensiones: Establecimientos Comerciales: Las dimensiones máximas para todos los avisos son de 25 cms. Por 70 cms.

Uso Residencial, placas profesionales y especialistas: Las dimensiones máximas para todos estos avisos es de 35 cms. Por 15 cms.

3. Ubicación: Podrán estar situados sobre la puerta de ingreso a un local o a un lado del mismo. Pueden ser colocados paralelos perpendiculares a la fachada en ese caso no podrá sobresalir más de 30 cms. del paramento.



No podrá colocarse ningún tipo de aviso sobre balcón, pilastras, columnas dinteles de portadas, rejas, ventanas jambas y elementos decorativos de la fachada del inmueble. Sólo se permite un (1) aviso por establecimientos comercial a excepción de los establecimientos ubicados en esquina donde se permiten dos (2) avisos. Uno (1) por cada fachada exterior.

Para la instalación de avisos comerciales y de uso profesional se requiere obtener la correspondiente autorización de la Secretaría de Planeación Distrital.

ARTICULO 468. Avisos Transitorios. Quedan prohibidos los avisos transitorios y pasacalles en los barrios del Centro, San Diego, Getsemaní y Matuna.

El tratamiento publicitario de fachada de teatro (o salas de cines) obtendrán Licencia de la Secretaría de Planeación Distrital, previo Visto Bueno del Consejo de Monumentos Nacionales, Seccional Bolívar.

Las señales de tránsito, los distintivos de tránsitos, la nomenclatura urbana, los avisos no permanentes colocados por las Empresas de Servicios Públicos, y de la Administración Pública. Obtendrán Licencia de la Secretaría de Planeación Distrital, previo Visto Bueno del Consejo de Monumentos Nacional, seccional Bolívar. "

4) Contrariando las normas antes citadas y afectando el patrimonio cultural e histórico de Cartagena de Indias y el ambiente que lo conforma, la sociedad ORGANIZACIÓN PUBLICIDAD EXTERIOR S.A., amparada en la omisión del Ministerio de Cultura y del Distrito de Cartagena de Indias en la efectiva custodia del patrimonio cultural e histórico de Cartagena de Indias; tiene instaladas desde hace más de un año una valla frente a la cortina de Muralla adyacente a la Torre del Reloj y a menos de 10 metros de estos monumentos culturales e históricos nacionales.

5) en esta valla, la ORGANIZACIÓN PUBLICIDAD EXTERIOR S.A., fija avisos transitorios, principalmente de vicios (licores).

6) La valla, además de afectar el ambiente cultural e histórico, disminuye considerablemente la visibilidad del cordón amurallado y de la torre del reloj para las personas que transitan cerca de dicho elemento.

7) La degradación del ambiente cultural e histórico que produce esta valla se agrava en horas nocturnas con la iluminación eléctrica que tiene puesta y con los avisos de licores que es corriente observar fijados en ella, tal y como se observa en la fotografías que adjunto.

8) Es triste observar a los turistas nacionales y extranjeros luchando por tomarse fotografías en el sector, sin registrar la inaceptable publicidad contenida en dicha valla.

9) Es totalmente reprochable la conducta del Ministerio de Cultura y del Distrito de Cartagena de Indias, al permitir la instalación y prolongada permanencia de la citada valla.

10) No conozco orden de desmonte de dicha valla, proferida por el Distrito de Cartagena de Indias, ni acto administrativo del Ministerio de Cultura reclamando el retiro de dicha publicidad y por este motivo promuevo la presente acción popular."

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA****DISTRITO DE CARTAGENA (fl. 16-18)**

A través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando concretamente que, el Distrito de Cartagena de Indias bajo mandato constitucional y legal, ha ejercido el control respectivo en cada uno de los monumentos históricos a través de Instituto de Patrimonio y Cultura IPCC, el cual vela para que toda la herencia de la ciudad se conserve, y que además no existe ninguna valla en el lugar que menciona el accionante.

Propuso la excepción de inexistencia de la vulneración de un derecho colectivo, ya que el Distrito viene adelantando todas las acciones, preventivas y activas pertinentes dentro de un plan debidamente elaborado para evitar cualquier daño a los bienes catalogados como patrimonios culturales e históricos, no solo en Cartagena sino también en la humanidad.

MINISTERIO DE CULTURA (fl. 52-67)

A través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, en lo que tiene que ver con esa entidad, por cuanto considera que la misma no es la causante de los hechos relacionados en la demanda, por cuanto el cuidado, mantenimiento, conservación y protección del espacio público del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias es competencia del Distrito de Cartagena, porque lo que concierne al Ministerio de Cultura es el manejo de los monumentos nacionales y de los bienes de interés cultural del ámbito nacional.

Indicó que de los hechos y pruebas aportados a la demanda no existe prueba que permita indicar o establecer que el Ministerio de Cultura por acción o por omisión, haya permitido la instalación de la valla que ocupa la presente acción, no existiendo razón que permita endilgar responsabilidad al Ministerio de Cultura.

Presentó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

ORGANIZACIÓN PUBLICIDAD EXTERIOR S.A. (OPE) (fl. 143-148)

Esta sociedad se opuso a las pretensiones de la demanda, e indicó que la misma carece de fundamentos de hecho y de derecho, por cuanto lo que se encuentra instalado en el sitio indicado por la accionante, no es una "valla" sino un elemento del mobiliario urbano de la ciudad, instalado acorde con la normatividad vigente, y en



desarrollo del contrato de concesión MUPE 001-2002; y que con esto no se ha vulnerado interés colectivo alguno, no se ha puesto en peligro ningún derecho, tampoco se ha incurrido en amenaza de los derechos o intereses públicos o privados, por lo tanto no hay daño que prevenir ni hacer cesar.

Propuso la excepción de improcedencia de la acción popular por inexistencia de violación o amenaza de violación de derechos e intereses colectivos, porque a su parecer no es cierto que el espacio público de Cartagena se encuentre siendo vulnerado por la empresa OPE S.A., y se hayan instalado "vallas" en sitios prohibidos por la ley, ya que lo instalado en Cartagena de Indias, en el espacio público, es amoblamiento urbano que por mandato legal puede y debe ser instalado en el espacio público, el cual puede ser concesionado para estos efectos.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

La audiencia de pacto de cumplimiento de la presente acción popular se realizó el 5 de abril de 2013, sin embargo, se observa que fue declarada fallida, ante la inasistencia de la actora popular. (fl. 193-194).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **Ministerio de Cultura** alegó de conclusión (fl. 334-340), reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda y a modo de conclusión expuso:

"1- De conformidad con la definición de Valla que trae el Acuerdo 041 de 2007 y de la inspección practicada por su despacho se puede llegar a concluir que se trata de una Valla publicitaria.

2- En la Inspección Judicial, se puede llegar a determinar que la valla se encuentra en el Centro Histórico de Cartagena el cual está definido en la Resolución 043 del 26 de octubre de 1994 del Consejo de Monumentos Nacionales (...).

3- En el artículo 76 de la resolución 043 del 26 de octubre de 1994 del Consejo de Monumentos Nacionales, y decreto 0977 del 2001 proferido por el Alcalde Distrital se consignó: "VALLAS. No se permite la colocación e instalación de vallas comerciales o publicitarias en los siguientes lugares: 1. En los monumentos históricos, artísticos y religiosos. 2. En las vías y espacios públicos. 3- en los espacios públicos contiguos a las fortificaciones."

4- Igualmente el acuerdo 041 de 2007, numeral (sic), dispone que está prohibido la colocación de vallas en las zonas históricas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 del Plan de Ordenamiento Territorial, edificios o sedes de entidades públicas y embajadas, salvo que se trate de los avisos que indican el



nombre de las entidades, embajadas y lugares históricos y de la publicidad exterior visual que de manera eventual anuncie obras de remoción o eventos artísticos.

5- Las investigaciones y sanciones administrativas por el hecho de colocar vallas en sitios prohibidos le corresponde aplicarla el Alcalde o su delegado. Las resoluciones así emitidas y en firme presentarán mérito ejecutivo (sic)

(...)"

Las demás partes no presentaron alegatos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

No habiendo encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada, se procederá a resolver de fondo la cuestión debatida, previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

El caso bajo estudio es de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, pues se están cuestionando omisiones de las entidades públicas accionadas, que presuntamente han afectado los derechos colectivos relacionados el con el goce de un ambiente sano, la defensa del patrimonio cultural de la Nación, el goce del espacio público, la utilización y la defensa de los bienes de público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Además, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de este asunto, atendiendo al factor territorial, por el lugar de ocurrencia de las omisiones presuntamente vulneratorias del mencionado derecho colectivo (artículo 16 ibídem), e igualmente por ser una de las accionadas una entidad del orden nacional, de conformidad con el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

2. Cuestión previa

2.1. Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva



En la contestación de la demanda, el Ministerio de Cultura, propuso la excepción de falta de legitimación de la causa por pasiva, fundamentado en que no es de su competencia atender los hechos narrados en la demanda, porque estos le corresponden por disposición legal a las entidades territoriales, en este caso, el Distrito de Cartagena.

Sin embargo, considera la Sala que el Ministerio de Cultura sí debe hacer parte dentro del presente asunto, pues a esta entidad le corresponde la declaratoria y manejo de los monumentos nacionales y los bienes de interés cultural del ámbito nacional, según lo previsto en el artículo 8º de la Ley 397 de 1997, modificada por la ley 1185 de 2008, teniendo el Ministerio competencia para autorizar o denegar cualquier intervención que se pretenda hacer en estos bienes o en sus áreas de influencia.

Adicionalmente, en los términos del Decreto 1746 de 2003, la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura es la encargada de coordinar, elaborar, dirigir y ejecutar los proyectos y programas relacionados con la valoración, protección, conservación, restauración y atención de emergencias en los bienes de interés cultural.

En este sentido, no es cierto que el asunto objeto de debate en la presente acción popular sea ajeno a las competencias del Ministerio de Cultura, y en consecuencia, la excepción no prospera.

2.2. En la contestación de la demanda, el Distrito de Cartagena propuso la excepción de inexistencia de la vulneración a derechos colectivos, y la sociedad OPE propuso la excepción de improcedencia de la acción popular por inexistencia de violación o amenaza de violación de derechos e intereses colectivos. Sin embargo, tales excepciones corresponden al problema jurídico a resolver y por tanto, serán resueltas una vez se estudie el marco jurídico, los hechos y las pruebas.

3. Problema jurídico

El problema jurídico principal está dado en determinar si la instalación del objeto denominado como "valla" por la demandante, o "mobiliario urbano" por la sociedad Organización Publicidad Exterior S.A., en una zona configua a la denominada Torre del Reloj, en el Centro Histórico de Cartagena de Indias, es causa de vulneración de derechos colectivos invocados.

4. Marco jurídico

4.1 De las acciones populares.



Frente a las acciones populares tenemos que, el artículo 88 de la Constitución Política las consagra como el medio para la protección constitucional 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"*.

Esta disposición fue desarrollada por el artículo 2º inciso segundo de la Ley 472 de 1998, señalando que las mismas se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Por su parte, el artículo 9º *ibidem* dispone que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. De allí que se hayan establecido los siguientes requisitos para la procedencia de la acción popular:

- a) Que exista un interés colectivo que se encuentre amenazado, en peligro o vulnerado por una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.
- b) Que la acción se promueva durante el tiempo en que subsista la amenaza o peligro al derecho y/o interés colectivo.
- c) Que la acción se dirija contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo.

4.2 La normativa que establece la especial protección de los bienes denominados patrimonio cultural de la Nación y la Humanidad.

Con el fin de desarrollar lo dispuesto en los artículos 70, 71 y 72 y demás normas concordantes de la Constitución Política¹, dictar normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, entre otros aspectos, el legislador expidió la Ley 397 de 7 de agosto de 1997. De esta ley resulta relevante destacar, para los efectos de esta decisión, lo dispuesto en los artículos 4 y 11:

"Artículo 4º.- Definición de patrimonio cultural de la Nación. El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las

¹ El artículo 70 de la Constitución Política preceptúa que el Estado tiene la obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, en tanto que la cultura y/o los valores culturales son el fundamento de la nacionalidad colombiana, el artículo 71, por su parte, dispuso que el Estado creará incentivos para fomentar las manifestaciones culturales; y el artículo 72 *ibidem* consagró que *"El Patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado"*, que *"El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles"*, y que *"la ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares"*.



costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plásfico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.

Las disposiciones de la presente ley y de su futura reglamentación serán aplicadas a los bienes y categorías de bienes que siendo parte del Patrimonio Cultural de la Nación pertenecientes a las épocas prehispánicas, de la Colonia, la Independencia, la República y la Contemporánea, sean declarados como bienes de interés cultural, conforme a los criterios de valoración que para tal efecto determine el Ministerio de Cultura.

Parágrafo 1º.- Los bienes declarados monumentos nacionales con anterioridad a la presente ley, así como los bienes integrantes del patrimonio arqueológico, serán considerados como bienes de interés cultural.

También podrán ser declarados bienes de interés cultural, previo concepto del Ministerio de Cultura, aquellos bienes que hayan sido objeto de reconocimiento especial expreso por las entidades territoriales." (negritas de la Sala).

En el artículo 4º de La Ley 163 de 1959 "Por la cual se dictan medidas sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la Nación", se estableció lo siguiente:

"Artículo 4: Declárense como monumento nacional los sectores antiguos de las ciudades de Tunja, Cartagena, Mompós, Popayán, Guaduas, pasto y Santa Marta (especialmente la Quinta de San Pedro Alejandrino, y las residencias de reconocida tradición histórica).

Parágrafo. Para los efectos de la presente Ley se entenderán por sectores antiguos los de las ciudades de Tunja, **Cartagena**, Mompós, Popayán, Guaduas, pasto, Santa Marta, Santa Fe de Antioquia, mariquita, Cartago, Villa de Leyva, Cali, Cerrito y Buga, las calles, plazas, plazoletas, **murallas**, inmuebles, incluidos casas y construcciones históricas en los ejidos, muebles, etc., incluidos en el perímetro que tenían estas poblaciones durante los siglos XVI, XVII y XVIII." (negritas de la Sala).

Así mismo, a través del Decreto 1911 del 2 de noviembre de 1995, el Presidente de la República declaró como Monumento Nacional, una serie de inmuebles en la ciudad de Cartagena, entre ellos, la denominada Puerta del Reloj o Boca del Puente y la Cortina entre los Baluartes de La Contaduría y San Ignacio.

En ese orden, la Puerta del Reloj o Boca del Puente y la Cortina entre los Baluartes de La Contaduría y San Ignacio del centro histórico de la ciudad de Cartagena fueron declarados Monumento Nacional y, como tal, conforme al parágrafo 1º del artículo 4º de la Ley 397 de 1997, deben ser considerados como bienes de interés cultural de la Nación.



De otro lado, el Decreto No. 0977 del 20 de noviembre de 2001², "Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias", sobre el espacio público, los monumentos nacionales, avisos y vallas, dispone:

"ARTICULO 84: AREAS Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESPACIO PUBLICO DISTRITAL. Constituyen el espacio público distrital las siguientes áreas y elementos:
(...)

2. AREAS Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL SISTEMA ARTIFICIAL. Son estos:

Los que hacen parte del subsistema hídrico: Los canales, jagüeyes y fuentes.

Los que conforman el subsistema de circulación peatonal: Las plazas y plazuelas, los andenes, los bulevares, los camellones y alamedas y los malecones y paseos turísticos.

Los que hacen parte del subsistema de circulación vehicular: Las vías terrestres, las ciclorutas, los canales de navegación, las intersecciones viales, los puentes y los muelles.

Los que componen el subsistema del patrimonio cultural: El área del centro histórico de la ciudad y los elementos arquitectónicos de los inmuebles privados que hacen parte de ella, el área de influencia del centro histórico, las áreas de protección del patrimonio histórico, las áreas del patrimonio inmueble sumergido, los monumentos nacionales y distritales y la Unidad Deportiva."

"ARTICULO 173: COMPONENTES DEL SISTEMA ARTIFICIAL O CONSTRUIDO. Son los que se señalan en los numerales subsiguientes

(...)

4: SUBSISTEMA DE CONSERVACIÓN Y PRESERVACIÓN DE LAS OBRAS DE INTERÉS PÚBLICO. **Debido a su origen y a la declaratoria de Patrimonio de la Humanidad, el Concejo de Cartagena deberá elaborar la reglamentación para la adecuación del espacio público circundante a los elementos urbanísticos, arquitectónicos, históricos, zonas arqueológicas, monumentos, cementerios, catedrales, áreas culturales, áreas recreativas y artísticas que las integren a la imagen general y forma general del espacio público. Dicha reglamentación deberá responder a las características particulares de tipo urbanístico, arquitectónico y funcional de cada uno de los elementos que constituyen el espacio público. Las redes de servicios públicos.**

Definición. Todos los elementos que permiten conservar y recordar la historia, mantener las costumbres, identificar y dar identidad a la ciudad y a sus ciudadanos y preservar las tradiciones fortaleciendo la cultura cartagenera. El espacio público deberá reforzar y consolidar los elementos propios de este subsistema.

Clasificación.

Los monumentos conmemorativos, culturales e históricos.

Las áreas declaradas como de protección y conservación del patrimonio cultural.

Las obras arquitectónicas y las áreas urbanísticas de interés general."

² Consultado en

http://www.cartagena.gov.co/secplaneacion/Documentos/pages/pol/files/diagnostico/DECRETO_0977_DE_2001.pdf



"ARTICULO 411. MONUMENTO NACIONAL. *Calificación y valoración que el gobierno nacional hace a un bien cultural, como reconocimiento a sus calidades y representatividad histórica, artística y cultural, en el proceso de desarrollo del país. Dicho reconocimiento se hace por solicitud del Consejo de Monumentos Nacionales ante el Ministerio de Educación Nacional, quien lo ratifica mediante Acuerdo."*

"ARTICULO 413. CATALOGO DE MONUMENTOS NACIONALES Y DISTRITALES. *Conforman el Catálogo de Monumentos Distritales y Nacionales los señalados a continuación:*

CENTRO HISTÓRICO

1.1. Fortificaciones del Centro Primitivo

Puerta principal (hoy el reloj)

Baluarte de la Contaduría (O San Juan)

Cortina entre los Baluarte de la Contaduría y San Ignacio

(...)"

"ARTICULO 420. Constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto para la circulación peatonal, como vehicular, las áreas para recreación pública activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de aguas, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos para la **instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones**, para la 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 los elementos vegetativos, arenas y corales y en general por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en la que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguientes zonas para el uso y el disfrute colectivo.

La Secretaría de Planeación Distrital actuará como entidad coordinadora de los organismos del orden Nacional, Departamental, y Distrital, que tengan competencia sobre el espacio público del Centro, Area de Influencia y de la periferia histórica de Cartagena. Los proyectos elaborados por las entidades del orden nacional, departamental, y Distrital requieren aprobación del Consejo de Monumentos Nacionales y licencia la Secretaría de Planeación Distrital."

"ARTICULO 467: Avisos Permanentes. Los avisos tanto de identificación de establecimientos como uso de placas de profesionales, especialistas y residenciales deben cumplir con los siguientes requisitos.

1. Material: Se deben hacer preferiblemente en hierro forjado, bronce, madera, piedra coralina abusardada, mármol.

No se permiten avisos de neón, acrílicos, de plástico luminosos o iluminados en forma fija o intermitentes, pintados sobre el pavimento, directamente al muro, sobre los marcos, hojas de puertas, columnas o pilastras de portadas.

2. Dimensiones: Establecimientos Comerciales: Las dimensiones máximas para todos los avisos son de 25 cms. Por 70 cms.

Uso Residencial, placas profesionales y especialistas: Las dimensiones máximas para todos estos avisos es de 35 cms. Por 15 cms.

3. Ubicación: Podrán estar situados sobre la puerta de ingreso a un local o a un lado del mismo. Pueden ser colocados paralelos perpendiculares a la fachada en ese caso no podrá sobresalir más de 30 cms. del paramento.

No podrá colocarse ningún tipo de aviso sobre balcón, pilastras, columnas dinteles de portadas, rejas, ventanas jambas y elementos decorativos de la



fachada del inmueble. Sólo se permite un (1) aviso por establecimientos comercial a excepción de los establecimientos ubicados en esquina donde se permiten dos (2) avisos. Uno (1) por cada fachada exterior.

Para la instalación de avisos comerciales y de uso profesional se requiere obtener la correspondiente autorización de la Secretaría de Planeación Distrital."

"ARTICULO 468. Avisos Transitorios. Quedan prohibidos los avisos transitorios y pasacalles en los barrios del Centro, San Diego, Getsemaní y Matuna.

El tratamiento publicitario de fachada de teatro (o salas de cines) obtendrán Licencia de la Secretaría de Planeación Distrital, previo Visto Bueno del Consejo de Monumentos Nacionales, Seccional Bolívar.

Las señales de tránsito, los distintivos de tránsitos, la nomenclatura urbana, los avisos no permanentes colocados por las Empresas de Servicios Públicos, y de la Administración Pública. Obtendrán Licencia de la Secretaría de Planeación Distrital, previo Visto Bueno del Consejo de Monumentos Nacional, seccional Bolívar."

"ARTICULO 469. Vallas. No se permite la colocación e instalación de vallas comerciales o publicitarias en los siguientes lugares:

1. En los monumentos históricos, artísticos, templos y todos aquellos inmuebles que se encuentren incluidos en el Centro Histórico.
2. En las vías, espacios públicos, del área de influencia del Centro Histórico.
3. En los espacios públicos aledaños a las fortificaciones."

4.3. La regulación de la publicidad exterior visual

La Ley 140 de 1994, "por la cual se reglamenta la Publicidad exterior Visual en el territorio nacional", dispone:

"Artículo 1º. Campo de aplicación. La presente Ley establece las condiciones en que puede realizarse Publicidad Exterior Visual en el Territorio Nacional.

Se entiende por Publicidad Exterior Visual, el medio masivo de comunicación destinado a informar o llamar la atención del público a través de elementos visuales como leyendas, inscripciones, dibujos, fotografías, signos o similares, visibles desde las vías de uso o dominio público, bien sean peatonales o vehiculares, terrestres, fluviales, marítimas o aéreas.

No se considera Publicidad Exterior Visual para efectos de la presente Ley, la señalización vial, la nomenclatura urbana o rural, la información sobre sitios históricos, turísticos y culturales, y aquella información temporal de carácter educativo, cultural o deportivo que coloquen las autoridades públicas u otras personas por encargo de éstas, que podrá incluir mensajes comerciales o de otra naturaleza siempre y cuando éstos no ocupen más del 30% del tamaño del respectivo mensaje o aviso. Tampoco se considera Publicidad Exterior Visual las expresiones artísticas como pinturas o murales, siempre que no contengan mensajes comerciales o de otra naturaleza.

Artículo 2º. Objetivos. La presente Ley tiene por objeto mejorar la calidad de vida de los habitantes del país, mediante la descontaminación visual y del paisaje, la protección del espacio público y de la integridad del medio



ambiente, la seguridad vial y la simplificación de la actuación administrativa en relación con la Publicidad Exterior Visual.

La ley deberá interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta los anterior objetivos.

Artículo 3°. Lugares de ubicación. Podrá colocarse Publicidad Exterior Visual en todos los lugares del territorio nacional, salvo en los siguientes:

a) En las áreas que constituyen espacio público de conformidad con las normas municipales, distritales y de las entidades territoriales indígenas que se expidan con fundamento en la Ley 9° de 1989 o de las normas que la modifiquen o sustituyan. **Sin embargo, podrá colocarse Publicidad Exterior Visual en los recintos destinados a la presentación de espectáculos públicos, en los paraderos de los vehículos de transporte público y demás elementos de amoblamiento urbano, en las condiciones que determinen las autoridades que ejerzan el control y la vigilancia de estas actividades;**

b) **Dentro de los 200 metros de distancia de los bienes declarados monumentos nacionales;**

c) **Donde lo prohiban los Concejos Municipales y Distritales conforme a los numerales 7° y 9° del artículo 313 de la Constitución Nacional;**

d) **En la propiedad privada sin el consentimiento del propietario o poseedor;**

e) **Sobre la infraestructura, tales como postes de apoyo a las redes eléctricas y telefónicas, puentes, torres eléctricas y cualquier otra estructura de propiedad del Estado."**

El Concejo Distrital de Cartagena, mediante el Acuerdo 041 de 2007, reglamentó la publicidad exterior visual en el Distrito de Cartagena.

5. Hechos relevantes probados.

5.1. En inspección judicial realizada el 21 de junio del año 2013 (fl. 243-247), se constató que "se encuentra instalada una pieza de mobiliario urbano de la empresa OPE (valla publicitaria), cuyas dimensiones son: 2.27 metros del alto por 1.37 de ancho, y la cual se encuentra ubicada aproximadamente a 24 metros de la esquina izquierda de la muralla que comprende la torre del reloj. Así mismo entre la valla y el sardinel que separa el andén de la calzada, se verifica una distancia aproximada de 3 metros; adicionalmente, entre un poste de alumbrado público que se encuentra cercano, y el mobiliario, se verifica una distancia de 2.43 metros; como constancia de ello se toman 11 fotografías, las cuales hacen parte de la inspección judicial."

5.2. Según consta de folios 237 a 241 y 250 a 320, el 27 de diciembre de 2002 entre el Distrito de Cartagena y la sociedad Organización Publicidad Exterior Ltda. OPE, por un plazo de 20 años, se suscribió el Contrato MUPE-001-2002, cuyo objeto es la comercialización, instalación, administración, diseño, mantenimiento y explotación múltiple de los elementos que constituyen el amoblamiento urbano del Distrito de Cartagena, de acuerdo con las condiciones estipuladas en él y en los Términos de



Referencia de la Licitación Pública Nacional MUPE-001-2002, que antecedió a la celebración del mismo.

En el Anexo No. 6 de los Términos de Referencia de la Licitación Pública No. MUPE-001-002, se indican las especificaciones técnicas de los mupi en acero inoxidable, los mogadores, las canecas, las bancas en madera, los paraderos en acero inoxidable, y como parte del "AMOBILIAMIENTO URBANO PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL" en el "PROGRAMA DE INVERSIÓN INICIAL" se indican entre los elementos requeridos 40 "Elementos de Publicidad (mupis)".

5.3. Mediante Acuerdo No. 007 del 3 de julio de 2002, el Consejo de Cartagena reglamentó aspectos del amoblamiento urbano correspondiente al Distrito de Cartagena, y concedió autorización al Alcalde Mayor para adelantar el proceso de contratación por la modalidad de concesión. (Fl. 326-328)

5.4. En Oficio IPCC-OFI-000507-2013 recibido el 19 de junio de 2013, el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena certificó que no se ha tomado decisión alguna, para colocar o retirar vallas frente a la muralla adyacente a la Torre del Reloj. (fl. 235)

5.5. Con la demanda a folio 5 y 6 se aportaron registros fotográficos nocturnos del elemento de mobiliario urbano objeto de la acción popular. Sin embargo, en atención a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con las fotografías, además de que resulta imposible establecer su autenticidad, bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas³.

6. El caso concreto

La actora popular pretende la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la defensa del patrimonio cultural de la Nación, el goce del espacio público, la utilización y la defensa de los bienes de uso público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Conforme quedó visto en el marco jurídico del caso, para que la acción popular proceda se requiere que de los hechos de la demanda se pueda al menos deducir

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de febrero de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18034.



una amenaza a los derechos colectivos, en consideración a que esta acción no se concibió para atender cualquier vulneración de la ley, omisión o irregularidad, sino para prevenir o remediar la protección de derechos e intereses colectivos, que se presenten en la realidad y que, por ende, de ésta se pueda percibir la potencialidad de su violación o amenaza. En esa medida, dentro del expediente debe quedar probada con suficiencia la amenaza o vulneración a los derechos colectivos, pues se exige que esta sea cierta, potencial o inminente.

Así mismo, tal como se expuso en el marco jurídico, de conformidad con la Ley 397 de 1997 y el Plan de Ordenamiento Territorial, la Puerta del Reloj o Boca del Puente y la Cortina entre los Baluartes de La Contaduría y San Ignacio, por ser Monumentos Nacionales deben ser considerados como bienes de interés cultural de la Nación.

Del material probatorio allegado al expediente, y en particular de la inspección judicial y las fotografías tomadas en el curso de la misma, estima la Sala que, tal como se alegó en la demanda, frente a la cortina de muralla adyacente a la Torre del Reloj, se encuentra instalada una pieza de mobiliario urbano de la empresa OPE, que en sus características técnicas corresponde a un **"mupi en acero inoxidable"**, y no a una valla, tal como se describe en el Anexo No. 6 de los Términos de Referencia de la Licitación Pública No. MUPE-001-002, según se observa de folios 310 a 312.

La anterior afirmación de la Sala se sustenta en que, las características del mencionado elemento de mobiliario urbano no encuadran en la definición de valla que prevé el Acuerdo 041 de 2007, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 8º.- Definición. Entiéndase por valla todo anuncio permanente o temporal utilizado como medio masivo de comunicación, que permite difundir mensajes publicitarios, cívicos, comerciales, turísticos culturales, políticos, institucionales, artísticos, informativos o similares; que se coloca, para su apreciación visual en lugares exteriores y que se encuentra montado sobre una estructura metálica u otro material estable con sistemas fijos; el cual sé integra física, visual, arquitectónica y estructuralmente al elemento que lo soporta y al entorno."

Adicionalmente, en la diligencia de inspección judicial, se encontró que tal elemento presenta unas dimensiones de: 2.27 metros de alto por 1.37 de ancho, se encuentra ubicado en espacio público, a unos 24 metros de la esquina izquierda de la muralla que comprende la Torre del Reloj y a 3 metros del sardinel que separa el andén de la calzada; y de acuerdo a lo corroborado en el curso de la diligencia y a lo aceptado por la sociedad Organización Publicidad Exterior S.A., en el hecho



quinto de la contestación de la demanda, en él se exhibe publicidad comercial de variada índole.

De acuerdo a lo previsto en el numeral 3º, literales a y b de la Ley 140 de 1994, si bien en los elementos de amoblamiento urbano, dentro de los cuales se encuentran los mupis, se puede exhibir publicidad exterior visual, ésta se encuentra prohibida dentro de los 200 metros de distancia de los bienes declarados monumentos nacionales.

En consonancia con lo anterior, el Acuerdo 041 de 2007, "por medio del cual se reglamenta la publicidad exterior visual en el Distrito de Cartagena, se conceden facultades al Alcalde Mayor de Cartagena de Indias D. T. y C. y se establecen otras disposiciones especiales necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del Distrito", en su artículo 3º, estipula:

"ARTÍCULO 3.- Prohibiciones. No podrá colocarse publicidad exterior visual además de los sitios señalados en la ley 140 de 1994, en los siguientes:

a) En las áreas que constituyan espacio público de conformidad con las normas Distritales y la Ley 9º de 1989, o con las normas que las modifiquen, complementen o sustituyan y el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

b) En las zonas históricas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 del Plan de Ordenamiento Territorial, edificios o sedes de entidades públicas y embajadas, salvo que se trate de los avisos que indican el nombre de las entidades, embajadas y lugares históricos y de la publicidad exterior visual que de manera eventual anuncie obras de remoción o eventos artísticos.

c) En las zonas declaradas como reservas naturales, hídricas y las zonas declaradas de manejo y preservación ambiental, excepto las vallas de tipo institucional que informen sobre el cuidado de estas zonas, las cuales en todo caso deberán ser armónicas con el objeto de esta norma.

d) En lugares en los que su colocación obstaculice el tránsito peatonal, en donde interfiera con la visibilidad de la señalización vial, informativa y de la nomenclatura urbana, aún cuando sean removibles.

e) Sobre vías arteriales, no se permitirá publicidad exterior visual en movimiento, ya sea como pasavía en estructura de cualquier naturaleza o en soporte tubular.

f) En los sitios en que la reglamentación específica que de este acuerdo expida el Alcalde Mayor, lo prohíba."



Así las cosas, es claro para la Sala que en el Distrito de Cartagena se encuentra prohibida la colocación de publicidad exterior visual en los espacios públicos del área de influencia del Centro Histórico y alrededores a las fortificaciones, tales como la Torre del Reloj y la Cortina entre los Baluartes de La Contaduría y San Ignacio.

También debe resaltar la Sala, que al encontrarse ubicado el elemento de amoblamiento urbano con fines publicitarios una zona prohibida, por ser aledaña a un bien de interés cultural de la Nación, es indudable que el mismo produce una afectación al ambiente cultural e histórico circundante, además de una disminución visual del cordón amurallado, tal como se observa en las fotografías visibles de folio 243 a 246, tomadas en el curso de la inspección judicial.

Finalmente, en cuanto al Contrato de Concesión No. MUPE-001-2002 de 27 de diciembre de 2002, con fundamento en el cual la sociedad OPE afirma que lo que se encuentra instalado en el espacio público es un elemento del mobiliario de la ciudad, acorde con la normatividad vigente; considera el Tribunal que, aunque en virtud de tal contrato de concesión la sociedad Organización Publicidad Exterior Ltda.-OPE tiene a su cargo la comercialización, instalación, administración, diseño, mantenimiento y explotación múltiple de los elementos que constituyen el amoblamiento urbano del Distrito de Cartagena, ello no implica que éste se pueda ejecutar con desconocimiento de la normatividad que protege los bienes de interés cultural de la Nación, y que resulta aplicable en el caso concreto por demostrarse la calidad de monumentos nacionales que ostentan los inmuebles cercanos al elemento de amoblamiento urbano con fines publicitarios cuestionado.

En síntesis, en el presente asunto para la Sala es claro que el objeto que se encuentra ubicado en la zona contigua a la muralla de la Torre del Reloj y la Cortina entre los Baluartes de La Contaduría y San Ignacio, si bien técnicamente es definido como mobiliario urbano, su fin es mostrar publicidad en una zona prohibida, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito de Cartagena, que afecta el entorno histórico representado por los pluricitados Monumentos Nacionales.

En consecuencia, considera la Sala que se encuentran vulnerados los derechos colectivos a la defensa del patrimonio cultural de la Nación, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la Sala concederá las pretensiones de la demanda, ordenando concretamente el retiro del mupi del lugar donde se encuentra, sin perjuicio de que dicho elemento pueda ser reubicado en otro sector de la ciudad, en donde no cause ninguna violación a la normatividad existente.



La orden de retiro estará dirigida tanto al Distrito de Cartagena, como al Ministerio de Cultura – Dirección de Patrimonio – Grupo de Protección de Bienes de Interés Cultural y a la sociedad Organización Publicidad Exterior S.A.- OPE, pues estas tres estarán encargadas de actuar en el retiro del elemento de amoblamiento urbano denominado mupí, conforme a sus competencias. Como primera medida la operación de desmonte deberá ser efectuada concretamente por la Organización Publicidad Exterior S.A. – OPE. No obstante, el Distrito de Cartagena y el Ministerio de Cultura – Dirección de Patrimonio – Grupo de Protección de Bienes de Interés Cultural, en el marco de sus competencias, deberán realizar todas las actuaciones administrativas necesarias para que se cumpla el desmonte del elemento de amoblamiento urbano objeto de la presente acción popular.

Es preciso aclarar que con esta orden no se deberá presentar ninguna modificación o afectación en el contrato MUPE 001-2002, en razón a que si bien el mupí deberá ser removido, este podrá ser reubicado por el contratista en cualquier otra parte de la ciudad en donde no incumpla con la normatividad que protege los bienes de interés cultural de la Nación y del Distrito de Cartagena.

El término para el retiro del elemento de amoblamiento urbano será de un (1) mes.

Por otro lado, se procederá a ordenar la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, el cual estará integrado por el Magistrado Ponente, el Alcalde del Distrito de Cartagena o su delegado, un delegado del Grupo de Protección de Bienes de Interés Cultural de la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura y la actora popular.

Para la Sala, aunque la demandante también alegó como derechos colectivos amenazados y vulnerados el goce de un ambiente sano y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; no se observa la vulneración de los mismos, ya que, no se demostró ninguna afectación del medio ambiente ni que se haya adelantado algún tipo de construcción o edificación.

7. Del incentivo

Si bien los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 establecían un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, estas normas fueron derogadas por la Ley 1425 de 2010, por lo que la Sala se relevará de efectuar pronunciamiento al respecto.



A lo anterior debe agregarse que en todo caso, la Corte Constitucional en sentencia C-630 de 2011 declaró la exequibilidad de la Ley 1425 de 2010, y que el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2013⁴, unificó la jurisprudencia en relación con la derogatoria del incentivo económico en el marco de las acciones populares a partir de la promulgación, en diciembre de 2010, de la Ley 1425, así como en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425.

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: Amparar los derechos e intereses colectivos a la defensa del patrimonio cultural de la Nación, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar al **Representante Legal de la sociedad Organización Publicidad Exterior S.A.- OPE**, al **Alcalde del Distrito de Cartagena**, y al **Ministerio de Cultura - Dirección de Patrimonio - Grupo de Protección de Bienes de Interés Cultural**, que en el término de un (1) mes, procedan al retiro de elemento de amoblamiento urbano denominado mupi, ubicado en la esquina izquierda de la muralla que comprende la Torre del Reloj y la Cortina entre los Baluartes de La Contaduría y San Ignacio. La operación de desmonte deberá ser efectuada concretamente por la Organización Publicidad Exterior S.A. - OPE y el Distrito de Cartagena y el Ministerio de Cultura - Dirección de Patrimonio - Grupo de Protección de Bienes de Interés Cultural, en el marco de sus competencias, deberán realizar todas las actuaciones administrativas necesarias para que se cumpla con el retiro del elemento de amoblamiento urbano objeto de la presente acción popular.

TERCERO: Ordenar la conformación de un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, el cual estará integrado por el Magistrado Ponente, el Alcalde del Distrito de Cartagena o su delegado, un delegado del Grupo de Protección de Bienes de Interés Cultural de la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura y la actora popular.

⁴ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONSEJERO PONENTE, Mauricio Fajardo Gómez. Proceso: (AP) 170013331001200901566 01.



CUARTO: No reconocer el incentivo por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, y una vez cumplidas las órdenes dadas en el numeral tercero, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

HIRINA MEZA RHENALS

Hoja de firmas de la sentencia de primera instancia proferida en la acción popular radicada 13001-23-31-000-2010-00655-00, promovida por Enith Tapia Olcata contra el Distrito de Cartagena y otros.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1385
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO
DEMANDANTE	: GISCOL S-A-E-S-P
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO D E BOLIVAR- NACION-MUNICIPIO DE VILLANUEVA Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2011-00814-00
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 SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) 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, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

**SALA DE DECISIÓN**

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

Magistrado ponente: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Referencia : Clase de proceso: Acción Popular

Actor: Giscal S.A. E.S.P.

Demandado: Electricaribe S.A. E.S.P. – Municipio de Santa Rosa– Municipio de Villanueva – Municipio de San Estanislao de Kotska – Municipio de Soplaviento– Departamento de Bolívar –Nación – Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

Radicado: 13-001-23-31-000-2011-00814-00

Procede la Sala a proferir sentencia de primera Instancia en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La sociedad Giscal S.A. E.S.P., actuando a través de apoderado, instauró acción popular contra Electricaribe S.A. E.S.P., los Municipios de Santa Rosa, Villanueva, San Estanislao de Kotska y Soplaviento, el Departamento de Bolívar, y la Nación – Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por considerar vulnerados los derechos colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que a su prestación sea eficiente y oportuna.

El señor Jorge Enrique Blanco Taján, en su calidad de Representante Legal de la Empresa Intermunicipal de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P., y el señor Jaiison Pérez Naváez coadyuvaron la presente acción.

PRETENSIONES

"PRIMERA: Restablecer los derechos vulnerados y amenazados en el Artículo (sic) 4º el GOZE (sic) DE UN AMBIENTE SANO (literal a), LA SALUBRIDAD PUBLICA (literal g) Y EL ACCESO A LOS SERVICIOS PUBLICOS Y A QUE SE PRESTACION SEA EFICIENTE Y OPORTUNA (literal j), así mismo el Artículo (sic) 9º prescribe que la acción popular procede contra TODA ACCIÓN U OMISIÓN DE LAS AUTORIDADES PUBLICAS O DE LOS PARTICULARES, QUE HAYAN VIOLADO O AMENACEN VIOLAR LOS DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS vulnerados por la empresa ELECTRICARIBE S.A.- ESP, LOS ALCALDES DE LOS MUNICIPIOS DE SANTA ROSA, VILLANUEVA, SAN ESTANISLAO DE KOTSKA Y SOPLAVIENTO, LA GOBERNACION, LA NACION Y OTROS.



SEGUNDO: Sírvase ordenar señor Juez, a la Empresa ELECTRICARIBE S.A. – ESP, que en un plazo no mayor a una (1) semana, contados a partir de la notificación de esta providencia, reemplace los cinco postes caídos y en general los postes en mal estado que afecten la conexión de esta línea del Canal del Dique, arregle las líneas de baja tensión, instale los elementos de protección del transformador (corto circuito, pararrayos y revisión de tierras), revise su carga, y en caso de ser necesario, reemplace los hasta ahora existentes, para asegurar el manejo de sus redes para que el suministro de energía eléctrica, sea continuo las 24 horas del día y con las calidades requeridas, que son tener 440/460 voltios en cada una de sus tres fases del sistema trifásico que alimenta el transformador de 225KVA para la bocatoma y las demás instalaciones de bombeo para el servicio público domiciliario de agua potable que conforma el Sistema de Acueducto Regional de la Línea y sin oscilaciones, conforme a normas técnicas regulatorias del servicio, incluidos los elementos o dispositivos de monitoreo, registro documentado y protecciones técnicas, conforme cuando menos a su normatividad técnica para estos servicios esenciales, para que el servicio sin oscilaciones sea prestado de inmediato y con prelación al servicio público domiciliario de agua potable al menos durante dieciocho (18) horas al día, de acuerdo a los motivos que fundan esta Acción Popular.

TERCERO: Sírvase ordenar a la empresa ELECTRICARIBE S.A. – ESP, resolver e implantar de inmediato los dispositivos técnicos necesarios en la red de servicio a estas poblaciones para asegurar que en aras de garantizar con la capacidad técnica disponible se de (sic) prelación técnica a la prestación del servicio de energía eléctrica en los tres puntos esenciales aquí referidos (los tres principales dispositivos de bombeo de agua) para asegurar la prestación del servicio de agua potable a la población.

CUARTO: Sírvase señor juez, ordenar a la empresa ELECTRICARIBE S.A. – ESP que de manera urgente en un plazo no mayor a una (1) semana, contados a partir de la notificación de esta providencia, se instale en cada sitio técnicamente pertinente un analizador de voltaje con registro documentado continuo y demás elementos o dispositivos pertinentes, con el objetivo de obtener datos de mediciones reales para llevar un control detallado del servicio que se presta por parte de ELECTRICARIBE en todos los sistemas de bombeo que se operan para la prestación del servicio público esencial de agua potable. Igualmente requerir a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia respecto de asegurar la prestación prioritaria de este servicio de energía eléctrica para asegurar la prestación del servicio de agua potable.

QUINTO: Sírvase señor juez, PREVENIR al representante legal de la Empresa ELECTRICARIBESA, ESP, para que en lo sucesivo, la entidad solucione con prontitud y prelación propia de este criterio de servicio público aún más esencial para la vida que es el agua potable y el saneamiento básico, y así atender la solución a las fallas que puedan presentarse en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica en la estación de captación N° 1 de Bocatoma, en la Planta de Tratamiento de Agua Potable N° 2 y la N° 3 Estación de rebombeo de este sistema; además de responder con prelación y de manera oportuna y sustancial las peticiones que ante ella se eleven. Igualmente requerir a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia respecto de si la entidad omite el cumplimiento de estas obligaciones conforme a los contemplado (sic) en el Decreto 2591 de 1991.



SEXTO: *Sírvase señor juez, ORDENAR, para lo de sus respectivas competencias que ELECTRICARIBE, la Gobernación de Bolívar, la del Atlántico o los respectivos Ministerios del ramo y demás entidades del Orden Nacional, Departamental o Municipal, en el término máximo de una semana, establezcan el escenario económico real para la puesta en servicio de la Subestación San Estanislao de Kotska u otros dispositivos que sean necesarios poner en servicio para que se cumpla la prestación del servicio de energía eléctrica para los Municipios de San Estanislao de Kotska, Soplaviento, Villanueva y Santa Rosa, con prelación a la prestación del servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento básico, para que en el mismo plazo celebren los convenios interadministrativos que sean necesarios, declaren de ser ello pertinente la urgencia manifiesta y efectúen las apropiaciones presupuestales suficientes, celebren los contratos a que técnica y económicamente hubiere lugar, y en general tomen las acciones que les competen para resolver de manera efectiva y permanente los problemas administrativos que vienen afectando la prestación conforme a la normativa de este servicio de energía.*

SEPTIMO: *Sírvase señor juez, ORDENAR, por medio de Secretaría de esta Corporación, remitir copia de esta providencia a la Superintendencia de Servicios Públicos, a la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República para que investiguen y hagan seguimiento en lo de sus respectivas competencias."*

HECHOS

Los fundamentos fácticos de la demanda, en síntesis, son:

Afirmó la parte accionante, que el sistema de acueducto regional de La Línea, es un dispositivo especial de los Municipios de San Estanislao, Soplaviento, Santa Rosa de Lima y Villanueva, en el Departamento de Bolívar, el cual existe para atender el servicio público domiciliario de agua potable de las cabeceras urbanas de estos municipios, cuya población agregada supera las 80.000 personas.

Sostuvo que, este servicio se presta con muchas limitaciones y restricciones, y que dentro de las mayores limitaciones en la actualidad es el suministro continuo y estable de energía eléctrica, servicio a cargo de Electricaribe S.A. E.S.P., para operar un complejo dispositivo de tres estaciones de bombeo: en Bocatoma sobre el Canal del dique, en la planta de tratamiento en Arenal y en rebombeo en Patón - Villanueva, para aprovechar la totalidad de la capacidad instalada del sistema matriz a 100 litros por segundo, y así llegar a las comunidades de los mencionados centros urbanos.

Agregó que, en estos municipios se cuenta con un pésimo servicio de energía eléctrica, que en promedio no alcanza las 8 horas al día continuas y sin fuertes oscilaciones de voltaje, lo que además de afectar a la comunidad en este servicio, impide la operación



del servicio aún más esencial de agua potable y causa frecuentes daños de consideración a los equipos del sistema de acueducto.

Explicó que, la empresa Electricaribe S.A. E.S.P., en diferentes reuniones con los directivos, les ha informado de forma verbal y escrita que está construida una subestación de energía para los municipios de La Línea, específicamente con cobertura a los municipios de San Estanislao de Kotska, Soplaviento, San Cristóbal con sus corregimientos, la cual suministrará energía eléctrica para la Estación de Bocatoma, la planta de tratamiento y que los municipios de Santa Rosa y Villanueva continuarán con la estación al parecer denominada "Subestación Bayunca", que es la que actualmente está suministrando la energía a los 5 municipios.

Señaló que, mientras no se suministre el servicio de energía eléctrica de manera continua y sin oscilaciones de voltaje, al menos 12 horas, es imposible prestar el servicio de acueducto a las poblaciones de Soplaviento y San Estanislao, las más cercanas a la planta de tratamiento de agua potable, siquiera en condiciones restringidas de continuidad, presión y calidad organoléptica para el mínimo vital de las poblaciones; y que si el servicio de energía eléctrica no alcanza las 18 horas continuas y sin oscilaciones de voltaje o tensión, el servicio de agua potable no alcanza a llegar de manera siquiera análogamente restringida a las poblaciones de Villanueva y Santa Rosa de Lima, las más apartadas de la planta, con suministro de agua racionado por días alternos.

Finalmente, expuso que la discontinuidad del servicio de energía afecta el proceso de calidad del agua.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MUNICIPIO DE VILLANUEVA (fl. 178-180)

A través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que si bien los municipios de La Línea no poseen un servicio permanente de agua potable, en razón al bajo voltaje que existe en los mismos y que no permite que funcionen los motores que impulsan el agua hacia la planta de tratamiento del Municipio de San Estanislao y a la estación de rebombeo de Patón en el Municipio de Villanueva; tal problema es única y exclusivamente de la empresa Electricaribe S.A., que es la encargada de suministrar la energía eléctrica, por lo que depende ella que se soluciones la problemática.

Sostuvo que, ese municipio ha llevado a cabo gestiones a fin de que el servicio de agua potable mejore, y que ese ente territorial no tiene ninguna injerencia en las



determinaciones que a bien pudiere tener Electricaribe S.A.E.S.P., en lo que tiene que ver con el servicio de energía eléctrica y el funcionamiento de la subestación eléctrica que se construye en el Municipio de San Estanislao de Kotska.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR (fl. 188-190)

A través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, en lo que tiene que ver con esa entidad, y aclaró que, si bien es cierto que Gíscol S.A. E.S.P. ha sido contratada como constructor para la gestión, financiación, operación, rehabilitación, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias en los municipios de la regional La Línea, no le consta que los trabajos que debieron ser entregados por dicha entidad y entrar en funcionamiento, no se hayan podido realizar por la deficiente prestación del servicio de energía por parte de Electricaribe S.A. E.S.P.

Sostuvo que, respecto a la deficiente prestación del servicio de energía, el Departamento de Bolívar, a través de la Secretaría de Minas y Energía, ha venido tratando la problemática e incluso, mediante un convenio suscrito en el mes de junio de 2012, la Gobernación de Bolívar y Electricaribe se comprometieron a repotencializar de energía a los municipios de La Línea.

Propuso la excepción de inexistencia de la vulneración.

ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. (fl. 241-251)

A través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, por carecer de motivaciones fácticas o jurídicas para invocarlas y lograr una sentencia favorable. Lo anterior lo sustenta en las siguientes razones:

Afirma que el servicio que presta Electricaribe S.A. E.S.P. es eficiente, de acuerdo con los parámetros permitidos en la ley y las resoluciones que regulan esta materia, y que la responsabilidad sobre lo que se pretende es de la función pública, inherente al ejercicio de la gestión administrativa que deben asumir las entidades estatales igualmente demandadas.

Manifestó que, Gíscol S.A. E.S.P. ha incurrido en mora sobre obligaciones de primer orden como aspecto, como es la mora en el pago del servicio.



Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del nexo causal por culpa o concurso exclusivo de quien demanda y otras entidades estatales, cumplimiento de obligaciones por parte de Electricaribe S.A. E.S.P., inexistencia de la vulneración por ausencia de responsabilidad de parte de Electricaribe S.A.E.S.P., inexistencia de violación de derechos colectivos e innominada.

El **MUNICIPIO DE SANTA ROSA**, el **MUNICIPIO DE SAN ESTANISLAO DE KOTSKA**, el **MUNICIPIO DE SOPLAVIENTO** y la **NACIÓN – MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE**, no contestaron la demanda.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

La audiencia de pacto de cumplimiento de la presente acción popular se realizó el 24 de octubre de 2012, sin embargo, se observa que fue declarada fallida, ante la inasistencia de los Alcaldes de Soplaviento, San Estanislao de Kotska y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible, (fl. 386-387).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Electricaribe S.A. E.S.P. (fl. 624-635)

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y además manifestando que el fundamento de las excepciones propuestas fueron ratificados y probados plenamente con los documentos aportados, la prueba testimonial y la inspección judicial practicada.

Municipio de Villanueva (fl. 636-637)

Hizo referencia a lo mismo que expuso en la contestación de la demanda.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (fl. 638-641, 717-720)

Solicitó que se declarara una falta de legitimación en la causa por pasiva, porque el Ministerio no es el sujeto o parte legitimada para responder por la eventual violación de los derechos colectivos presuntamente vulnerados, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 74 de la Ley 715 de 2001.



Giscol S.A. E.S.P. (fl. 642-654)

Luego de hacer un análisis de las pruebas practicadas, concluyó lo siguiente:

"En esta misma instancia es preciso informarle, que aunque ciertamente se ha dado una mejora importante en el servicio de energía en San Estanislao y en Soplaviento y con ello una mejora en el servicio de agua potable, pues allí se encuentran la bocatoma y la planta de tratamiento del sistema regional de acueducto, aún se mantienen muy precarias condiciones de servicio para más del 60% de la población atendida por el Sistema de Acueducto Regional de La Línea, debido a la deficiencia en el servicio de energía eléctrica a las poblaciones de Villanueva y Santa Rosa de Lima, las más apartadas de la Planta de Tratamiento de Agua Potable, puesto que se siguen presentando recurrentes fallas de servicio de energía eléctrica para la Estación de Rebombeo de agua potable en Patón, emplazada en la conducción hidráulica intermunicipal antes de Villanueva, donde se continúan presentando fallas y suspensiones en el fluido eléctrico en lo que va corrido del año 2013, provocando en dicha estación de bombeo despresurización de las líneas de conducción de agua potable, la que alimenta el tanque succión Patón, proveniente de la planta de tratamiento de agua potable en San Estanislao (distante más de 15 Km) y la alimentación de los tanques de almacenamiento y suministro en el alto de Cabras (diferencia de nivel de caso 130 metros), por lo anterior se ve afectado el suministro de agua potable a las redes de distribución a estos dos municipios. La estación de Rebombeo de Patón se encuentra ubicada en la parte rural entre los municipios de Villanueva y Santa Rosa de Lima y la cual está alimentada por el Circuito Bayunca I, y no de la Subestación de Arenal recientemente puesta en servicio el 28 de Octubre de 2012; para constancia de lo anterior, me permito anexar copia de las reclamaciones presentadas ante la entidad Electricaribe S.A. E.S.P., en fecha 15 de Abril de 2013 y 07 de Junio de 2013, presentada vía email y de forma personal.

La Estación de Rebombeo de Patón, ubicada entre los municipios de San Estanislao de Kotska y Villanueva, no queda (sic) dependiendo de la subestación San Estanislao, sino que siguió dependiendo de la estación Bayunca I, cuyas fallas o suspensiones son de consideración, ya que no permite una continuidad del servicio en serie de Bocatoma, Planta de Tratamiento y Estación de Rebombeo Paton, estaciones que trabajan en conjunto. Para mayor claridad me permito hacer una breve pero concisa explicación de las reclamaciones presentadas ante ELECTRICARIBE S.A. – ESP: 01 de Enero al 06 de Abril de 2013, se contabilizan aproximadamente 95 días, de los cuales se presentaron 32 días de fallas, en términos generales esta discontinuidad equivale a una desproporción del 31%, que impide la operación en la Estación de Bombeo Paton y por lo tanto desbalance e impide la adecuada prestación del servicio de agua potable a la población.

Las fallas posiblemente obedecen a que no fueron renovadas y/o cambiadas las redes de energía eléctrica, específicamente en el casco rural. En esta instancia vemos pertinente solicitar que la Estación de Rebombeo Patón sea anexada al circuito de San Estanislao, ya que ayudaría a que no colapse el sistema para Villanueva y Santa Rosa de Lima."

Departamento de Bolívar (fl. 710-712)

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que el Departamento de Bolívar no es el responsable de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de los municipios, y que por tanto, no es entendible el nexo causal que



pretende el accionante por la presunta vulneración de unos derechos colectivos, frente al papel del Departamento de Bolívar respecto de la adecuada prestación del servicio público de energía.

También manifestó, que no se puede confundir la implementación de ciertos planes de apoyo, acompañamiento y coordinación, como se hizo mediante el convenio que celebró el Departamento con la empresa Electricaribe en el año 2012, con las competencias de cada ente territorial.

Las demás partes no presentaron alegatos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

No habiendo encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada, se procederá a resolver de fondo la cuestión debatida, previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones populares originadas en "actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas". En este sentido, basta verificar la connotación de "entidad pública" que detentan algunos de los sujetos procesales presentes en la acción, para concluir que el conocimiento de ésta le corresponde a esta jurisdicción especializada, en consideración al denominado "fuero de atracción".

Además, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de este asunto, atendiendo al factor territorial, por el lugar de ocurrencia de las omisiones presuntamente vulneratorias del mencionado derecho colectivo (artículo 16 ibidem), e igualmente por ser una de las accionadas una entidad del orden nacional, de conformidad con el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.



2. Cuestión previa

El Municipio de Villanueva propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, porque considera que por el deficiente servicio domiciliario de agua potable, la entidad llamada a responder es Electricaribe S.A. E.S.P., por el voltaje bajo, las fluctuaciones y permanentes suspensiones del servicio de energía eléctrica.

Para la Sala esta excepción no prospera, ya que, la prestación del servicio de acueducto es responsabilidad directa de los municipios, según lo disponen los artículos 365 y 366 de la Constitución Política, 3-5 de la Ley 136 de 1994 y 5-1 de la Ley 142 de 1994 cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 365 CP.- Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos (...) podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente (...) En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

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

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

LEY 136 de 1994

Artículo 3º. Funciones. Corresponde al municipio,

[...]

5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda, recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley ¹.

LEY 142 DE 1994

Artículo 5. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos.

Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

¹ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.



5.1. *Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente².*

De otro lado, Electricaribe S.A. E.S.P. también propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, porque consideró que la responsabilidad política, administrativa, jurídica y económica en la gestión pública de planificación y de financiación de los planes de gobierno para que funcione eficientemente el sistema de acueducto regional de La Línea, recae directamente en las entidades territoriales intervinientes en el contrato o convenio estatal con participación administrativa de la asociación especial de los Municipios de Santa Rosa, Villanueva, San Estanislao de Kotska y Soplaviento y el Departamento de Bolívar.

Sin embargo, considera la Sala que esta excepción tampoco prospera, porque como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado³: *"la legitimación en la causa por pasiva supone la verificación de que quien es demandado tenga la titularidad para defender el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas -lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial - sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial. En consecuencia, la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso⁴";* y al dirigirse la pretensiones de la demanda a que, en términos generales, se ordene a Electricaribe S.A. E.S.P. que preste un servicio de energía eficiente en las tres estaciones de bombeo del sistema de acueducto regional de la La Línea, es evidente que tal empresa de servicios públicos sí está legitimada por pasiva para comparecer a este proceso.

La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Bolívar y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en los alegatos de conclusión no será tenida en cuenta, ya que, el artículo 23 de la Ley 472 de 1998 dispone que la oportunidad para proponer excepciones es la contestación de la demanda.

² Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones

³ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02074-01(21859).

⁴ "[E]n los procesos contenciosos la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante..." DEVIS Echarría, Hernando "Teoría General del Proceso", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 260



De otro lado, en la contestación de la demanda, Electricaribe propuso las excepciones de inexistencia del nexo causal por culpa o concurso exclusivo de quien demanda y otras entidades estatales, cumplimiento de obligaciones por parte de Electricaribe S.A. E.S.P., inexistencia de la vulneración por ausencia de responsabilidad de parte de Electricaribe S.A. E.S.P., inexistencia de violación de derechos colectivos; y el Departamento de Bolívar la excepción de inexistencia de la vulneración. Sin embargo, tales excepciones corresponden al problema jurídico a resolver y por tanto, también serán resueltas una vez se estudie el marco jurídico, los hechos y las pruebas.

3. Problema jurídico

El problema jurídico está dado en determinar si las entidades accionadas vulneraron de los derechos e intereses colectivos alegados por la actora popular, al no poderse prestar de forma eficiente el servicio público de acueducto en los Municipios de San Estanislao de Kotska, Soplaviento, Santa Rosa de Lima y Villanueva, por deficiencias en la prestación del servicio de energía en las tres estaciones de bombeo del sistema de acueducto regional de La Línea.

4. Marco jurídico

4.1. De las acciones populares.

Frente a las acciones populares tenemos que, el artículo 88 de la Constitución Política las consagra como el medio para la protección constitucional 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"*.

Esta disposición fue desarrollada por el artículo 2º inciso segundo de la Ley 472 de 1998, señalando que las mismas se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Por su parte, el artículo 9º *ibidem* dispone que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. De allí que se hayan establecido los siguientes requisitos para la procedencia de la acción popular:

- a) Que exista un interés colectivo que se encuentre amenazado, en peligro o vulnerado por una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.



- b) Que la acción se promueva durante el tiempo en que subsista la amenaza o peligro al derecho y/o interés colectivo.
- c) Que la acción se dirija contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo.

4.2. El goce de un medio ambiente sano.

La Carta Política en su artículo 79, reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano y le atribuye al Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural.

4.3. La salubridad pública

Sobre el concepto de "salubridad pública" ha sostenido el Consejo de Estado, de manera coincidente con la Corte Constitucional:

"En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los conceptos de seguridad y salubridad públicas; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad." "...Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria. Es decir, que al momento de ponerse en funcionamiento determinadas proyectos de los cuales se pueda derivar algún perjuicio para los ciudadanos, se deben realizar los estudios previos y tomar las medidas conducentes para evitar que se produzca un impacto negativo en las condiciones de salud y seguridad de los asociados"⁵.

4.4. Acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna mediante una infraestructura adecuada

⁵ Consejo de Estado - Sección Tercera Sentencia de 15 de julio de 2004. AP 1834. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.



En lo que respecta al derecho o interés colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, se trata también de un derecho o interés colectivo de origen constitucional.

En este sentido, el artículo 365 sí bien no hace alusión a su naturaleza colectiva, establece que es deber del Estado garantizar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Así mismo, hace parte de la lista enunciativa del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 (literal j) que indiscutiblemente le atribuye su dimensión colectiva y en numerosas disposiciones legales relativas a los servicios públicos en general.

En lo que respecta a los servicios públicos domiciliarios de manera particular, se establece (artículo 9.3 de la Ley 142 de 1994) sobre derechos de los usuarios, el derecho de éstos a "obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes."

El derecho de acceso a los servicios públicos en este sentido, está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o receptores o beneficiarios de aquellas actividades susceptibles de catalogarse como servicios públicos.

Esta sola condición, sin embargo, no basta; a esta capacidad debe agregársele el cumplimiento de unos requisitos que deben cumplir los prestadores de estos servicios: eficiencia y oportunidad.

Por eficiencia, que como se anotó es un imperativo constitucional de los servicios públicos, debe entenderse la prestación de estos utilizando y disponiendo del mejor modo posible los instrumentos o recursos necesarios para cumplir los fines propuestos; por oportunidad, en cambio, se debe entender la respuesta dentro de un plazo razonable que debe tener un usuario cuando requiera estos servicios, así como la permanencia de la prestación de los mismos.

La vulneración de este derecho colectivo entonces se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna. Para ello se hace necesario una acción o una omisión frente al requerimiento de la comunidad de convertirse en usuaria del respectivo servicio; también acciones precisas pueden atentar contra los atributos de eficiencia y oportunidad que deben caracterizar a los servicios públicos.



Para evitar efectivas lesiones a este derecho o interés colectivo, el juez de la acción popular ordenará prestar el servicio determinado a quienes detenten esta expectativa, o impondrá algunas medidas o requerimientos que redunden en eficiencia y oportunidad y consecuentemente en un mejor estado de cosas para los usuarios.

5. Objeción por error grave al dictamen pericial

Antes de entrar a resolver el problema jurídico, procede la Sala a resolver la objeción por error grave presentada por Electricaribe S.A. E.S.P. contra el dictamen del perito ingeniero electricista, el cual obra de folio 602 a 611.

Los puntos de la objeción por error grave, son los siguientes:

- a. El perito cambió el objeto del peritazgo para hacer conjeturas de tiempo pasado, cuando al absolver el primer interrogante ya había contestado la realidad que debía comprobar: el buen servicio que presta Electricaribe y de lo cual el perito dejó constancia, pero incurre en el error grave de elucubrar hechos sobre los cuales nada puede asegurar, al contestar los puntos 2, 3 y 4.

Considera la Sala que esta objeción no prospera, porque los puntos 2, 3 y 4 que el perito resolvió, fueron puntos adicionados al objeto del dictamen pericial que debían ser resueltos, y se entiende que las respuestas a los mismos son producto de las verificaciones que a partir de su conocimiento técnico llevó a cabo el perito.

- b. El perito en las respuestas 5 a la 10 y de la 10 a la 13 no rinde su propio peritazgo, simplemente opina, sin haber verificado directamente los reales hechos y sustentos, sobre un Informe supuestamente elaborado por "Applus Norcontrol" que no es plena prueba.

En cuanto a las respuestas 5 a 10, considera la Sala que la objeción no prospera, toda vez que, el perito se limitó a dar respuesta, a partir de su conocimiento técnico y especializado, de los métodos utilizados por la empresa Applus Norcontrol y de las normas que regulan las tensiones máximas y mínimas, los límites de corriente y los límites de factor de potencia.

Respecto de los puntos 10 a 13, estima la Sala que sí prospera la objeción por error grave, toda vez que, se evidencia que las respuestas allí dadas se derivan del informe de Applus Norcontrol y no de la verificación hecha directamente por el perito ingeniero electricista.



- c. El perito inventa daños haciendo conjeturas y mostrándose como perito de oídas.

Prospera la objeción por error grave contra el punto 15 del dictamen pericial, en el que se dice "de acuerdo a los registros de Daños los cuales se verificaron en sitio se concluye que estos daños en un 90% fueron ocasionados por la calidad en el servicio de energía que en ese momento según los reportes presentados no cumplían con lo establecido en la ley 142 de servicios públicos, Creg 108 de 1997 y la Creg 024 de 2005. Se verifica también que estos daños y cambios de equipo según personal de mantenimiento sucedieron por las continuas fallas en la prestación del servicio de energía eléctrica." Lo anterior, en razón a que el perito no aportó ninguna prueba que sustente cuáles son los registros de daño a que se refiere, ni a que daños concretos se refiere, ni explica de donde obtuvo el porcentaje ni demuestra una comprobación directa de los hechos que afirma.

6. Tacha de testigos

Dentro de la oportunidad prevista en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, el apoderado de Electricaribe S.A. E.S.P. tachó el testimonio de los señores Ramón Barrios Arroyo, Pablo Emilio Vargas Ramos, Carlos Julio Palacio Restrepo, por su vinculación personal con la sociedad Giscol S.A. E.S.P.

Así mismo, dentro de la misma oportunidad, la apoderada de Giscol S.A. tachó el testimonio del señor Agner Manrique Ramos, por su vinculación con Electricaribe S.A. E.S.P.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente sobre los testigos sospechosos:

" (...)

Respecto del tema de "testigo sospecho", dentro del sistema que adopta el C.P.C. para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de "sospechoso", ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano. El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en



un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso."⁶

En igual sentido, el Consejo de Estado ha manifestado que:

"La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha". "El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verdícas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez. Lo cual autoriza a decir que lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredibilidad".⁷

De acuerdo con lo anterior, resalta la Sala que los testigos sospechosos pueden declarar ante el juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del C.P.C. y su declaración no puede ser rechazada de plano sino que debe ser evaluada con los demás elementos probatorios animados al proceso.

En vista de lo anterior, el juez al momento de apreciar la prueba, tendrá que aplicar las reglas de la sana crítica para su estudio y determinar que tan sospechoso puede ser.

7. Hechos relevantes probados.

7.1. Mediante oficios de fecha 31 de mayo de 2011, 8 de junio de 2011, 19 de septiembre de 2011, el Gerente Operativo de Giscol S.A. E.S.P. le informó a los Alcaldes de San Estanislao de Kotska y Villanueva, la ineficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica por parte de la empresa Electricaribe S.A. E.S.P., y las dificultades que ocasionaba la misma en el proceso de bombeo del agua. (fl. 22-27)

7.2. En Oficio del 14 de octubre de 2011, el Gerente General de Giscol S.A. E.S.P. puso en conocimiento de la Empresa Intermunicipal de Servicios Públicos, entre otros temas, el deterioro progresivo del servicio de energía eléctrica. (fl. 28-33)

⁶ Expediente Rad. núm. 2003-01445, Actor: Carlos Campos Martínez, Consejero ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO, Sección Primera, Consejo de Estado.

⁷ Expediente Rad. núm. 2006-02791, Actor: Tiberio Villareal Ramos, Consejero ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON Sección Primera, Consejo de Estado.



- 7.3. En Oficios presentados el 26 de septiembre de 2011, el 26 de octubre de 2011, el 18 de noviembre de 2011, el 5 de diciembre de 2011, el Gerente Comercial y Operativo de Giscol S.A. E.S.P. solicitó ante Electricaribe S.A. E.S.P. el mejoramiento urgente del servicio de energía eléctrica en el sistema de acueducto regional de La Línea. (fl. 34-60)
- 7.4. En Oficio del 18 de marzo de 2011, el Gerente Comercial y Operativo de Giscol S.A. E.S.P. envió escrito al Gerente de Electricaribe S.A. E.S.P., por medio de correo electrónico, en el que le informó los daños causados por los cortes del suministro de energía eléctrica, en las estaciones de bombeo de Giscol S.A. E.S.P. (fl. 61)
- 7.5. En Oficio del 18 de marzo de 2011, el Gerente Comercial y Operativo de Giscol S.A. presentó ante Gerente de Electricaribe S.A. E.S.P. por medio de correo electrónico, requerimiento de restablecimiento de servicio de energía a Giscol S.A. E.S.P. (fl. 62-63)
- 7.6. En Oficio del 18 de marzo de 2011, el Gerente Comercial y Operativo de Giscol S.A. E.S.P. solicitó ante el Gerente de Electricaribe S.A. E.S.P. reconexión del servicio de energía en las instalaciones de Bombeo, Bocatoma, Patón y Planta de tratamiento, ubicados en el municipio de San Estanislao de Kostka. (fl. 64)
- 7.7. En Oficio del 29 de mayo de 2011, el Gerente Comercial y Operativo de Giscol S.A. E.S.P. informó al Gerente de Electricaribe S.A. E.S.P. acerca de problemas en la prestación del servicio de energía a Giscol S.A. E.S.P. (fl. 65)
- 7.8. El 8 de junio de 2011, el Gerente Comercial y Operativo de Giscol S.A. E.S.P. presentó al Gerente de Electricaribe S.A. E.S.P. segundo oficio informando anomalías en el servicio de energía, tensiones y oscilaciones eléctricas, paralización del motor, específicamente en la estación de la Bocatoma. (fl. 66)
- 7.9. En Oficio de 30 de junio de 2011, el Gerente Comercial y Operativo de Giscol S.A. E.S.P. envió, por medio de correo electrónico, reporte de daño N° 1254237 por corto en planta de tratamiento de Giscol S.A. E.S.P. (fl. 67)



7.10. La Coordinación Operativa y Electromecánica de Giscol S.A. E.S.P. realizó control diario de lecturas de las fases eléctricas, entre el 24 de mayo de 2011 y el 13 de junio de 2011. (fl.68-72)

7.11. Mediante oficio de 12 de octubre de 2011, Electricaribe S.A. E.S.P. dió respuesta a la petición de fecha de 26 de septiembre de 2011 presentada por Giscol S.A. E.S.P., respecto a la deficiencia del servicio de energía, informando que realizó correctivos en el circuito Bayunca 1. (fl.73- 74)

7.12. De folio 75 a 122 se observan informes de análisis de la calidad de agua para consumo humano realizados por el Laboratorio Departamental de Salud Pública de Bolívar, los cuales se resumen así:

Lugar de Toma (Municipio)	Fecha de Toma	Hora de toma	Nivel de Riesgo
Villanueva	25 de enero de 2011	10:00	Sin riesgo
Villanueva	25 de enero de 2011	10:30	Sin riesgo
Villanueva	25 de enero de 2011	11:00	Sin riesgo
Villanueva	15 de febrero de 2011	9: 20	Sin riesgo
Villanueva	15 de febrero de 2011	9: 50	Sin riesgo
Villanueva	15 de febrero de 2011	10:30	Sin riesgo
Villanueva	14 de marzo de 2011	10:30	Alto
Villanueva	14 de marzo de 2011	11:00	Alto
Villanueva	14 de marzo de 2011	11:30	Alto
Villanueva	11 de abril de 2011	9: 10	Alto
Villanueva	11 de abril de 2011	9: 40	Alto
Villanueva	11 de abril de 2011	10:30	Sin riesgo
Villanueva	11 de abril de 2011	8: 50	Sin riesgo
Villanueva	9 de mayo de 2011	10: 30	Alto
Villanueva	9 de mayo de 2011	11: 00	Alto
Villanueva	9 de mayo de 2011	11: 30	Alto
San Estanislao	11 de junio de 2011	8: 00	Bajo
Villanueva	9 de mayo de 2011	10:00	Sin riesgo
Soplaviento	9 de mayo de 2011		Sin riesgo
Soplaviento	12 de julio de 2011	6: 25	Sin riesgo
San Estanislao	11 de julio de 2011	8: 00	Bajo
San Estanislao	16 de marzo de 2011	7: 30	Sin riesgo
San Estanislao	16 de marzo de 2011	8: 00	Alto
San Estanislao	16 de marzo de 2011	8: 20	Inviabile sanitariamente
San Estanislao	11 de abril de 2011	7: 30	Sin riesgo
San Estanislao	11 de abril de 2011	8: 00	Alto
San Estanislao	9 de mayo de 2011	8: 30	Sin riesgo
San Estanislao	9 de mayo de 2011	7: 30	Sin riesgo
San Estanislao	9 de mayo de 2011	8: 00	Sin riesgo
San Estanislao	14 de junio de 2011	8: 00	Alto
San Estanislao	14 de junio de 2011	8: 30	Alto
San Estanislao	14 de junio de 2011	9: 00	Alto
Soplaviento	14 de marzo de 2011	6: 20	Sin riesgo
Soplaviento	14 de marzo de 2011	6: 00	Sin riesgo
Soplaviento	14 de marzo de 2011	6: 10	Sin riesgo
Soplaviento	11 de abril de 2011	6: 00	Sin riesgo



Soplaviento	11 de abril de 2011	6:10	Alto
Soplaviento	11 de abril de 2011	6: 20	Alto
San Estanislao	14 de Febrero de 2011	8: 00	Sin riesgo
San Estanislao	14 de febrero de 2011	8: 30	Alto
San Estanislao	14 de febrero de 2011	9: 00	Alto
San Estanislao	12 de septiembre de 2011	8: 00	Sin riesgo
San Estanislao	12 de septiembre de 2011	8: 45	Sin riesgo
San Estanislao	12 de septiembre de 2011	9: 30	Sin riesgo
San Estanislao	25 de enero de 2011	13: 05	Alto
San Estanislao	25 de enero de 2011	13: 35	Alto

7.13. El Alcalde del Municipio de Villanueva presentó un informe cronológico de la gestión adelantada para el suministro de agua potable en ese municipio entre el 15 de diciembre de 2011 y el 18 de abril de 2012.(fl.183-185, 485-487)

7.14. Mediante oficio de 15 de junio de 2012, Electricaribe S.A. E.S.P dió respuesta al Gerente técnico de Gíscol S.A. E.S.P., respecto de la reclamación por las constantes fallas y oscilaciones del fluido eléctrico del sistema de bombeo de la empresa Gíscol S.A., informando que la prestación del servicio de energía está dentro de los niveles de tensión permitidos por la regulación y amparados en la ley, además de advertir la próxima notificación de las fechas de inicio para la ejecución de las obras de redes de la subestación eléctrica de San Estanislao.(fl. 254)

7.15. Por medio de oficio de 15 de junio de 2012, Electricaribe S.A. E.S.P. dió respuesta a Gíscol S.A. E.S.P., respecto de la queja N° DOC88875 por constantes fallas y oscilaciones de fluido eléctrico que afectan el sistema de bombeo de Gíscol S.A.; informándole que la prestación del servicio de energía está dentro de los niveles de tensión permitidos por la regulación y amparados en la ley, además que la empresa procedió a suspender el proceso de terminación del contrato y que en caso de incurrir en mora se reactivaría el proceso de terminación.(fl. 255)

7.16. En oficio de fecha de 1 de junio de 2012, Electricaribe S.A. E.S.P resolvió recurso de reposición interpuesto por la empresa Gíscol S.A. E.S.P. (fl. 257-260)

7.17. En oficio de 12 de octubre de 2011 y 25 de mayo de 2012, Electricaribe S.A. E.S.P dió respuestas a derechos de petición presentados por Gíscol S.A. E.S.P., donde se informa acerca de planes de contingencias por parte de



Electricaribe para mejorar el servicio de energía en el circuito de Bayunca 1. (fl. 261-264)

- 7.18. Mediante oficio de 24 de mayo de 2012 Electricaribe S.A. E.S.P. dio respuesta al Gerente Técnico de Giscol S.A., sobre una reclamación de calidad de servicio de energía en el acueducto La Línea. (fl.265-276)
- 7.19. En oficio de fecha 30 de marzo 2012, Electricaribe S.A. E.S.P. reiteró al Gerente General de Giscol S.A. E.S.P. que la prestación del servicio de energía está dentro de los niveles de tensión permitidos por la regulación y amparados en la ley, y entre otros, informó que la Gobernación de Bolívar le dió viabilidad para iniciar la contratación tendiente a la finalización de los trabajos de la subestación eléctrica de la Línea, que dará por terminado la problemática de los voltajes que se presentan en dicha zona, y que respecto a la reclamación por los equipos dañados, Giscol S.A. debería presentar los hechos por dichos daños para abrir Investigación y así poder resarcir los daños si hubieren. (fl. 277-278)
- 7.20. Por medio de oficio de 13 de febrero de 2012, Electricaribe S.A. E.S.P. reiteró a Giscol S.A. que a pesar de los diferentes niveles de tensión en las horas picos, la prestación del servicio de energía está dentro de los niveles de tensión permitidos; y que además esa empresa ha efectuado en los últimos años inversiones en las redes del Circuito B1, que han mejorado la prestación del servicio en la zona. (fl. 279)
- 7.21. En oficio de fecha de 12 de diciembre de 2011, Electricaribe S.A. E.S.P. informó a Giscol S.A. E.S.P. que realizó los correctivos en el circuito Bayunca 1 y que instalaría un analizador de red el día 15 de diciembre, en la estación de bombeo ubicada en la Planta Patton, para identificar el desbalance de energía. Adicionalmente, se dijo que respecto a la mejora en la prestación de energía definitiva en la zona de la Línea, es imperante colocar en marcha la subestación eléctrica ubicada en el municipio de San Estanislao. (fl. 280-281)
- 7.22. En oficio de 12 de octubre de 2012, Electricaribe S.A. E.S.P. dio respuesta a un derecho de petición de Giscol S.A. informando que realizó los correctivos en el circuito de Bayunca 1, haciéndole mantenimiento a la Subestación (fl. 282-283)



- 7.23. El 18 de mayo de 2012, se celebró entre Electricaribe S.A. E.S.P y la Gobernación del Departamento de Bolívar para la terminación de las obras Línea Calamar – San Estanislao y Subestación San Estanislao y puesta en operación por parte de la Secretaría de Minas - Gobernación de Bolívar (fl. 285- 295), con objeto de:
1. *Construcción de los tramos de red: Tramo Calamar – Santa Lucía (Estructuras E50 a E54), Compuertas (Atlántico), (Estructuras E256 a E258) y Compuercas – Villa Rosa (Estructuras E311 a E320), total Dieciocho (18) estructuras afectadas, en aproximadamente 2.5 Km de red, en conductor ACSR 477 MCM.*
 2. *Construcción y Cimentaciones Especiales, que garanticen la seguridad y estabilidad de toda la línea Calamar – San Estanislao.: consistentes en Anclajes y Ángulos Fuertes ($\rightarrow 20^\circ$); para salvaguardar la estabilidad de la misma.*
 3. *Construcción de las obras faltantes para la puesta en funcionamiento de la Subestación San Estanislao a 34.5/-13.8/KV – 10/12.5 MVA."*
- 7.24. El 17 de octubre de 2008, Electricaribe S.A. E.S.P suscribió un acuerdo de prestación del servicio de energía de zonas especiales con los Municipios de Clemencia, San Cristóbal, San Estanislao, Santa Catalina, Santa Rosa, Soplaviento y Villanueva, a quienes se cataloga como suscriptor comunitario. (fl. 316-336)
- 7.25. En sentencia de 13 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Indias, se denegaron las pretensiones en una acción popular en la que se pretendía que se declarara responsable a Electrocosta S.A. E.S.P, por la vulneración a los derechos colectivos a la prestación eficiente de los servicios públicos y a los derechos de los usuarios del servicio de energía eléctrica en el Municipio de San Estanislao de Kotska (fl. 337-340)
- 7.26. Según testimonio del señor Ramón Barrios Arroyo, quien desde 2005 presta los servicios eléctricos, de mantenimiento y reparación en las plantas de Giscal S.A. E.S.P., desde el año 2005 esta empresa presenta problemas de variaciones del voltaje suministrado para operar las plantas, pero que en la actualidad, debido a que Electricaribe inauguró una subestación de 300-600 mega vatios, las estaciones de Villanueva, Arenal, Santa Rosa y Soplaviento, operan en normal funcionamiento porque el voltaje que está llegando es el requerido para la operación de las plantas.(fl. 491 a 495)
- 7.27. Según testimonio del señor Pablo Emilio Vargas Ramos, quien desde el 26 de enero de 2008 es Coordinador de Redes de Giscal S.A. E.S.P., durante el año



2008 se presentaron caídas de voltajes de energía, a partir de las 6 de la tarde, ocasionando una diferencia de más de 100 voltios, que impedían el normal funcionamiento de las estaciones del acueducto, que en el año 2010 se acrecentaron los problemas de voltaje, porque de las 12 o 14 horas que se podía trabajar en el 2008, se redujeron a 7 u 8 horas con interrupciones, no continuas; y que a partir del 26 de octubre de 2012, cuando entró en funcionamiento la nueva subestación, el sistema se encuentra funcionando bien y está recibiendo en cada una de sus fases los 13200 voltios requeridos. El testigo aportó fotocopias de las bitácoras que se llevan en cada una de las 3 estaciones y plantas de tratamiento. (fl. 496 a 501, cuaderno de pruebas)

- 7.28. Según testimonio del señor Carlos Julio Palacio Restrepo, quien se encuentra vinculado laboralmente con Giscal S.A. E.S.P. desde el 18 de septiembre de 2008, la empresa Giscal S.A. ha realizado gestiones para mitigar las problemática de suministro de agua potable como inversiones en adquisición e instalación de equipos electromecánicos, mejoramiento de instalaciones eléctricas, construcción de sistemas de almacenamiento, mejoramiento e instalación de redes de 10 kilómetros aproximadamente; expresando además, que se presentó la disminución de la cobertura en el servicio de agua para algunos de los municipios del acueducto regional La Línea, aumentando la cartera, para lo cual adjuntó un informe operativo, donde se discrimina el comportamiento del recaudo por municipios (fl.509-531). Planteó que la solución dada por Electricaribe fue la construcción de la sub-estación Arenal o San Estanislao y que hasta la fecha no se ha cancelado ningún daño ocasionado por aquella a pesar de los reclamos vía correo electrónico, entregando al Tribunal copia de un escrito de fecha 11 de octubre de 2012 de daños y reparaciones en las estaciones de bombeo La Línea (fl.532-537); además de un diagnóstico de estudio de calidad de suministro, realizado por la firma consultora APPLUS NORCONTROL COLOMBIA Ltda. (fl. 502 a 507, 538-566)
- 7.29. Según testimonio del señor Agner Manrique Ramos, quien se dedica al mantenimiento de redes de Electricaribe S.A. E.S.P., en determinados momentos la prestación del servicio de Bayunca 1 no ha sido óptimo por causas ajenas a Electricaribe como: daños que han ocurrido en fincas que no dejan entrar al personal de Electricaribe, daños en activos de la red de distribución de particulares, por vandalismos en la zona, efectos naturales y vendavales muy frecuentes. Manifestó que actualmente el servicio de energía eléctrica de la sub- estación de San Estanislao se encuentra en



estado óptimo, además que al circuito de Bayunca I se le han hecho una serie de inversiones a lo largo y ancho del circuito, y que se han realizado mantenimientos preventivos de acuerdo a la planeación estipulada en la unidad de mantenimiento. (fl. 567 a 573)

- 7.30. Los señores Luis Alfredo Pérez Tapia y Dilson Daniel Dagobeth Rivas, hicieron un relato de la problemática vivida en los servicios de energía eléctrica y acueducto de los Municipios de La Línea, así como la mejoría de los mismos a partir de la entrada en funcionamiento de la Subestación de San Estanislao de Kostka. (fl. 32-39)
- 7.31. Inspección judicial llevada a cabo en las instalaciones de Giscol S.A. E.S.P. situada en las tres estaciones de bombeo en Bocatoma sobre el Canal del Dique, en la Planta de Tratamiento en Arenal y en Rebombeo en Patón – Villanueva. En el curso de dicha diligencia, en la **Bocatoma sobre el Canal del Dique en el Municipio de San Estanislao de Kostka**, el Ingeniero Químico Hernán Felipe Vega Puerta, quien manifestó ser inspector operativo de plantas y tratamientos de la Empresa Intermunicipal de Servicios Públicos Domiciliarios, expresó que la prestación del servicio por parte de Electricaribe en cuanto a la calidad del servicio de energía era muy inestable por el voltaje, pero que ha mejorado mucho con la entrada de la subestación eléctrica; y como medida para suplir la deficiencia de energía, Giscol contaba con una planta generadora de energía, que desde el 26 de octubre de 2012 no se ha vuelto a utilizar, porque es suficiente con la subestación Eléctrica de San Estanislao; expuso las medidas tomadas por Giscol S.A. para la mejora del sistema eléctrico. En la **Planta de Tratamiento de San Estanislao de Kostka**, el Sr. Pablo Emilio Vargas quien manifestó ser Coordinador Operativo de Giscol, realizó una explicación del proceso que se llevaba a cabo en la planta de tratamiento, indicó que la situación del suministro de agua empeoró para los años 2011 y 2012 por las suspensiones del servicio de energía y bajos voltajes y explicó las labores realizada por Giscol para mejorar la potencia de energía. En la estación de Rebombeo Patón ubicada en el Municipio de San Estanislao de Kostka, el Sr. Rómulo Yanes Ruiz, quien manifestó ser operario de Giscol S.A. y expresó que las condiciones del servicio de electricidad mejoraron cuando entró en funcionamiento la Subestación de San Estanislao. (fl. 574-590)
- 7.32. En dictamen pericial, el perito ingeniero electricista Luis Fernando Torres Lozano, se absolvió, entre otros puntos (fl. 602-611):



"1. Describir en líneas generales la conformación del sistema de alimentación de energía eléctrica desde las redes públicas que opera Electricaribe hasta la bocatoma a orillas del Canal del Dique, la Planta de Tratamiento de Aguas en San Estanislao y la Estación de Rebombear de Patón en Villanueva que conforman los principales puntos de impulsión por bombeo del Sistema de Acueducto Regional de La Línea - SARL para los cuatro municipios. Precisar las condiciones de voltaje (tensión), potencia de arranque, continuidad del servicio, oscilaciones de voltaje, y demás aspectos técnicos que requieren las instalaciones electromecánicas para operar continua y simultáneamente.

Rta./ El sistema Eléctrico que alimenta la Bocatoma y Patón, hoy muestran niveles sólidos de Voltaje para alimentar cualquier subestación la subestación (sic) de energía Arenal suministra el circuito en Media Tensión suficiente para un buen funcionamiento.

En la actualidad los arranques de los motores de bombeo no presentan inconvenientes porque los niveles de voltaje son estables sin oscilaciones. (...)"

8. El caso concreto

En relación como los testigos calificados como sospechosos, la Sala, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, valorará lo manifestado por los señores Ramón Barrios Arroyo, Pablo Emilio Vargas Ramos, Carlos Julio Palacio Restrepo y Agner Manrique Ramos, pues aunque ostentan una relación de subordinación tanto con la parte demandante como con una de las entidades demandadas, son personas idóneas para explicar tanto la operación del sistema de acueducto como el funcionamiento de las redes de energía que abastecen a los Municipios de Santa Rosa, Villanueva, San Estanislao de Kotska y Soplaviento, por lo que, de conformidad con los demás elementos probatorios allegados al proceso es posible establecer la veracidad de sus afirmaciones.

De las múltiples pruebas documentales allegadas al proceso, de los testimonios de los señores Ramón Barrios Arroyo, Pablo Emilio Vargas Ramos, Carlos Julio Palacio Restrepo, Agner Manrique Ramos, Luis Alfredo Pérez Tapia y Dilson Daniel Dagobeth Rivas y de la inspección judicial, encuentra la Sala demostrado que si bien los Municipios de Santa Rosa, Villanueva, San Estanislao de Kotska y Soplaviento contaban con servicios públicos de energía eléctrica y acueducto, su prestación no era eficiente ni oportuna, al momento de presentación de la demanda.

De ello dan cuenta las comunicaciones surtidas entre Giscal S.A. E.S.P. y Electricaribe S.A. E.S.P., relacionadas en el acápite de hechos relevantes probados, y el señor Agner Manrique Ramos, quien se dedica al mantenimiento de redes de Electricaribe S.A. E.S.P., en los que se manifiestan las fallas en el servicio de energía, sus causas, así como las actividades tendientes a lograr mejoras en el suministro del mismo.



Así mismo, los testimonios de los señores Ramón Barrios Arroyo, quien desde 2005 presta los servicios eléctricos, de mantenimiento y reparación en las plantas de Giscol S.A. E.S.P.; Pablo Emilio Vargas Ramos, quien desde el 26 de enero de 2008 es Coordinador de Redes de Giscol S.A. E.S.P.; y Carlos Julio Palacio Restrepo, quien se encuentra vinculado laboralmente con Giscol S.A. E.S.P. desde el 18 de septiembre de 2008; dan cuenta de dificultades en la prestación del servicio de acueducto, alegando como causa deficiencias en la prestación del servicio de energía.

Del mismo modo, encuentra la Sala que, inclusive, la salubridad pública de los habitantes de los Municipios de Villanueva y San Estanislao de Kotska se ha visto en peligro, por encontrarse en determinadas ocasiones, como consta a folios 75 a 122, que el agua suministrada tiene un nivel alto de riesgo o es inviable sanitariamente, situación que es justificada por Giscol S.A. E.S.P., en el hecho quinto de la demanda, como consecuencia de la discontinuidad en el servicio, que a su vez depende del servicio de energía para arrancar los motores en las estaciones de bombeo.

No obstante, de las siguientes pruebas, encuentra la Sala, que en la actualidad, el problema de la deficiencia de la prestación de los servicios de energía y acueducto en los Municipios de Santa Rosa, Villanueva, San Estanislao de Kotska y Soplaviento, situación objeto de la controversia, se considera superada:

- Según testimonio del señor Ramón Barrios Arroyo, quien presta los servicios eléctricos, de mantenimiento y reparación en las plantas de Giscol S.A. E.S.P., las estaciones de Villanueva, Arenal, Santa Rosa y Soplaviento, operan en normal funcionamiento porque el voltaje que está llegando es el requerido para la operación de las plantas. (fl. 491 a 495)
- Según testimonio del señor Pablo Emilio Vargas Ramos, Coordinador de Redes de Giscol S.A. E.S.P., a partir del 26 de octubre de 2012, cuando entró en funcionamiento la nueva subestación, el sistema se encuentra funcionando bien y está recibiendo en cada una de sus fases los 13200 voltios requeridos. (fl. 496 a 501)
- Según testimonio del señor Agner Manrique Ramos, quien se dedica al mantenimiento de redes de Electricaribe S.A. E.S.P., actualmente el servicio de energía eléctrica de la sub- estación de San Estanislao se encuentra en estado óptimo. (fl. 567 a 573)
- Según testimonio de los señores Luis Alfredo Pérez Tapia y Dilson Daniel Dagobeth Rivas, los servicios de energía eléctrica y acueducto de los Municipios de La Línea han mejorado a partir de la entrada en funcionamiento de la Subestación de San Estanislao de Kotska. (fl. 32-39)



- En el curso de la inspección judicial llevada a cabo en las instalaciones de Gíscol S.A. E.S.P., en la Bocatoma sobre el Canal del Dique en el Municipio de San Estanislao de Kostka, el Ingeniero Químico Hernán Felipe Vega Puerta, manifestó que la prestación del servicio por parte de Electricaribe en cuanto a la calidad del servicio de energía ha mejorado mucho con la entrada de la subestación eléctrica; y en la estación de Rebombao Patón ubicada en el Municipio de San Estanislao de Kostka, el Sr. Rómulo Yanes Ruiz, quien manifestó ser operario de Gíscol S.A. expresó que las condiciones del servicio de electricidad mejoraron cuando entró en funcionamiento la Subestación de San Estanislao.

En conclusión, la Sala evidencia que las circunstancias que venían produciendo la vulneración de los derechos colectivos han desaparecido en el curso del proceso al haberse construido y puesto en funcionamiento una subestación eléctrica en el Municipio de San Estanislao de Kostka, que permite una prestación eficiente tanto del servicio de energía como del servicio de acueducto.

Al respecto, conviene precisar que la carencia de objeto por haberse superado el hecho vulnerador que originó la acción, se da cuando se comprueba que entre la presentación de ésta y el momento de dictar el fallo cesó la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se había solicitado⁸. En tal circunstancia, ya no será necesaria la orden de protección, pero en todo caso, debe el juez declarar que la mencionada amenaza o vulneración existió pero desapareció.

En consecuencia, la Sala declarará la vulneración de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la salubridad pública de los habitantes de los Municipios de Santa Rosa, Villanueva, San Estanislao de Kostka y Soplaviento, pero en razón a la cesación de la mencionada vulneración se declarará el hecho superado por carencia actual de objeto.

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 la vulneración de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la salubridad pública de los

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00617-01(AP). Actor: LUIS CARLOS DOMÍNGUEZ PRADA. Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN Y OTROS.



habitantes de los Municipios de Santa Rosa, Villanueva, San Estanislao de Katska y Soplaviento, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar el hecho superado por carencia actual de objeto, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

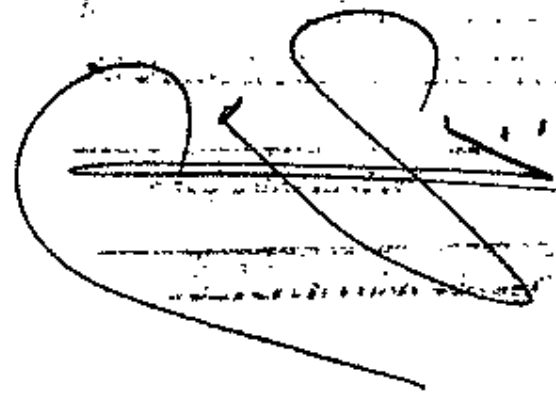
HIRINA MEZA RHENALS

Hoja de firmas de la sentencia de primera instancia proferida en la acción popular radicada 13-001-23-31-000-2011-00814-00, promovida por Giscol S.A. E.S.P. contra Electricaribe S.A. E.S.P. y otros.

12/12/13

NOV-26-2013

21

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop on the left and a long, sweeping stroke on the right.