



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1260
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: LUIS PAJARO VASQUEZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL D ELA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2008-00728-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO(25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Par el Secretario,


JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

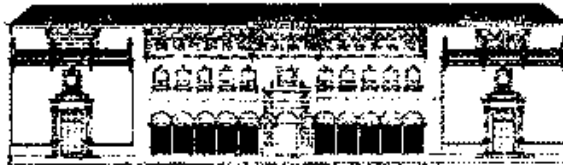
CONSTANCIA:

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

Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1260
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: LUIS PAJARO VASQUEZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL D ELA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2008-00728-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO(25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 28812013

Cartagena de Indias, D. T. y C., Veinticinco (25) de Octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Privación Injusta de la Libertad.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 004 2008 00728 00

II. PARTES

Demandante: LUIS PAJARO VASQUEZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a decidir la demanda de

reparación directa interpuesta por el señor LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ (Víctima directa); NELCY DEL CARMEN MARTINEZ AGUILAR (Esposa de la víctima) quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija MICHELLY KATHERINE PAJARO MARTINEZ (Hija menor de la víctima); KAREN PAOLA PAJARO MARTINEZ y MAYERLY LUCIA PAJARO MARTINEZ (Hijas de la víctima); MANUEL FRANCISCO PAJARO ALVAREZ y ELSA MARINA VASQUEZ ORTEGA (Padres de la víctima); LEDDYS MARIA PAJARO VASQUEZ, FABIO RAFAEL PALMERA VASQUEZ, MIGUEL SANTIAGO PAJARO SIERRA, JUAN CARLOS PAJARO SIERRA y JOSE FRANCISCO PAJARO SIERRA (Hermanos de la víctima), contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

1. *En el año de 2003 la Fiscalía General de la Nación, seccional Cartagena, abrió una investigación penal en contra de varias personas (diez), entre las cuales se encontraba el señor **LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ**, por el supuesto delito de REBELION. Dicha investigación está radicada con el número 11-116.142 en la Fiscalía Seccional N^o 11 de Cartagena.*

2. *Es destacable mencionar que la investigación estuvo en manos de varias fiscalías y a su vez en ellas en manos de varios fiscales, a saber: abre la investigación: Fiscal Seccional 33, participa en el allanamiento y practica la captura en el acto: Fiscalía Seccional 18, doctor LUIS EDUARDO MARIN PADILLA. Profiere medida de aseguramiento: Fiscalía Seccional 11, doctor LUIS EDUARDO MARIN PADILLA; Niega la revocatoria de la medida de aseguramiento y posteriormente concede la libertad por vencimiento de términos: Fiscal Seccional 11. Profiere la preclusión de la investigación el Fiscal seccional 11, doctor DENY DULCE PACHECO.*

3. *La investigación penal fue iniciada por la Fiscalía teniendo como base dos elementos: declaraciones de supuestos informantes y un informe del grupo "RINCA" (Regional de Inteligencia Naval del Caribe de la Armada Nacional). Este informe se dirigió solo a identificar e individualizar a las personas que indicaron los supuestos informantes y le fue entregado a la Fiscalía la cual sin verificar, ponderar, confrontar ni investigar el dicho de los informantes procedió a abrir la investigación y*

posteriormente ordenó la captura de DIEZ sindicatos entre los cuales se encontraba el señor **LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ**.

4. La captura fue ordenada para todos los sindicatos, entre ellos para LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ, el día 21 de marzo del año 2003, mediante oficio N° 622. Para tal efecto esta comisionó al CTI a la SIJIN y al DAS.

5. Para realizar la labor encomendada, la Fiscalía seccional N° 18 por comisión, en asocio con los funcionarios del CTI, ARMADA NACIONAL y el DAS, el día cuatro (4) de abril del año 2003, realizaron un allanamiento en la residencia del señor LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ, ubicada en el Barrio Bellavista tercera calle del municipio de Turbaco, donde efectivamente se produjo la captura de mi apadrinado.

6. El Fiscal Seccional once de Cartagena, el día veintidós (22) de abril de 2003 definió la situación jurídica de LUIS FELIPE PAJARO con medida de aseguramiento de detención preventiva y por lo tanto ordenó la detención intramural en la Cárcel San Sebastián de Ternera.

7. Y solo recuperó la libertad por vencimiento de términos hasta el día 9 de octubre de 2003, cuando mediante resolución el señor Fiscal seccional 11 ordenó concederla.

8. En consecuencia, este ciudadano permaneció privado de manera injusta de su libertad más de NUEVE (9) MESES, y quedó obviamente vinculado a la investigación, hasta que, mediante resolución de fecha 27 de abril de 2007, la misma Fiscalía pero Fiscal diferente, ordenó la preclusión de la investigación.

9. Después de haber transcurrido **MAS DE CUATRO AÑOS** haber sido privado de su libertad el demandante de manera injusta, haber sido sometido al escarnio público, haberte causado enormes perjuicios a él y a su familia, la misma fiscalía 11 (pero un nuevo funcionario) lo que mantuvo en tales condiciones resolvió por fin dictar **PRECLUSION DE LA INVESTIGACION**, que benefició no solo a mi mandante, sino a las demás nueve personas que estaban vinculadas al mismo proceso.

10. El señor Fiscal en la resolución al valorar el informe RINCA y los testimonios de los dudosos informantes, manifiesta:

"Grupo RINCA (Harold Adolfo Segura Sierra: "... En la cual manifiesta las laborales de inteligencia llevadas a cabo por su grupo de acuerdo a las información ofrecidas por los informantes en el presente plenario, pero sin dejar en claro la clara responsabilidad penal de los sindicatos."

De la declaración de MIGUEL ANTONIO ANILLO MUNARIS, dice: "... Que trasladaba personal insurgente a las IPS de Turbaco, operadas por los señores William Villareal y Luis Reyes pero con exactitud no podría decir que ellos eran conocedores de la labor de las personas por él transportadas a la IPS para su atención médica."

De la declaración de NESTOR ARRIETA CASTRO, señala: "... Pero el fiscal del entonces jamás se preocupó por preguntar de dónde sacó la información, bajo qué circunstancias, más

aun teniendo en cuenta la denuncia de hechos graves, tales como homicidios, atentados terroristas y planes del mismo calibre, que en la época eran de gran de preocupación para la sociedad y para sus homólogos fiscales, dentro de las respectivas investigaciones.”

11. *Es reprochable la conducta de los demandados por cuanto sin ejercer su labor con el celo debido, dando credibilidad a supuestos testigos, sin realiza con mínimo cuidado una investigación, de manera injusta a una persona seria honesta y de comportamiento intachable, acabando con su honorabilidad, su buen nombre e irrumpiendo en la tranquilidad de su hogar y en el de los demás familiares, causándoles enormes perjuicios, incluyendo los que se generaron en cuanto a su actividad laboral.*

12. *La noticia de la captura por los delitos imputados al señor LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ fue ampliamente difundida en todos los medios de comunicación tanto hablados y escritos y por ello fue sometido al escarnio público, lo que de manera directa le produjo y le sigue produciendo a él y a su familia hoy en día perjuicios incalculables.*

13. *Mi poderdante para la época de los hechos se desempeñaba como miembro de la Junta Administradora Local de la Comuna No. 6 del Municipio de Turbaco, cargo de elección popular que no pudo seguir ocupando, de la misma manera al habersele privado de la libertad y por el supuesto delito de Rebelión, de le truncaron las aspiraciones políticas que tenía, pues desde ese entonces no ha podido volver a aspirar a un cargo de elección popular, ya que para nadie es un secreto en este país, que una persona sindicada de esta clase de delitos queda estigmatizada y es rechazada por la mayoría de la gente.*

14. *LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ, antes de ser tildado como miembro de la guerrilla, era líder cívico en el Municipio de Turbaco, pues la gente le guardaba admiración y mucho respeto y desde que fue privado de la libertad este hombre no ha podido superar el trauma que le ha dejado el verse envuelto en esta clase de señalamientos.*

15. *El señor LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ, durante mucho tiempo ha poseído una microempresa de lácteos que comercializa en la región, actividad esta, de la cual para la fecha de los hechos, percibía ingresos superiores a los Ochocientos Mil pesos (\$800.000,00).*

16. *LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ se vinculó en unión marital de hecho con la señora NELCY DEL CARMEN MARTÍNEZ AGUILAR y de dicha unión ha nacido MICHELLY KATHERINE, KAREN PAOLA Y MAYERLY LUCIA PÁJARO MAARTÍNEZ, con quienes convive y convivía para la época de los desafortunados hechos de la privación injusta de la libertad.*

17. *Nuestro Estado Colombiano en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, consagró la responsabilidad extracontractual por la acción o la omisión de*

sus agentes judiciales, así mismo por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad; la mencionada ley dice además que por ello se podrá pedir la reparación de perjuicios.

18. En el penal se tiene como injusta la privación de la libertad, cuando se dicta sentencia absolutoria o su equivalente; lo que da lugar a la indemnización de quien la sufrió. Los casos de exoneración por sentencia absolutoria, definitiva o su equivalente, se da: a) Porque el hecho no existió; b) Porque el sindicado no lo cometió y c) La conducta no constituía hecho punible.

19. Al haber sido absuelto de todos los cargos mi poderdante por parte de la misma Fiscalía (PERO DIFERENTE FUNCIONARIO), por haber llegado a la conclusión de que no cometió delito alguno del que le fuera injustamente imputado es razón suficiente para declarar administrativamente responsable a los entes demandados por el daño antijurídico causado a la víctima directa y a los demás actores (Victimas indirectas).

20. El señor LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ (Victima directa), como se ha mencionado estuvo privado de la libertad desde el día 4 de Abril de 2003, recluso en la Cárcel de San Sebastián de Ternera de esta ciudad, hasta el día nueve (9) de Octubre del mismo año 2003, fecha en que le fue levantada la medida de aseguramiento por haber transcurrido más de 180 días sin que le hubieran calificado el sumario por la misma Fiscalía; como consecuencia de ello y como es lógico suponer se le causó un daño moral, debido a la angustia, dolor, aflicción, desesperación, desconsuelo y estigmatización que padeció por los desmanes o malaventuras a que fue sometido por parte de los entes demandados; daño que no solamente se quedó en este como víctima directa, sino que trascendió a sus seres queridos más cercanos como a sus padres, hijastras, compañera permanente, hermanos, etc.. A este respecto el Honorable Consejo de Estado ha dicho que se presume el daño moral entre los miembros de la principal célula de la sociedad llamada familia; también se le irrogó perjuicios materiales en la modalidad de daño Emergente y lucro Cesante, por lo que las entidades demandadas tendrán que indemnizar a los actores de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, toda vez que la privación de la libertad del señor LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ generó para ellos y demás actores un DAÑO ESPECIAL, debido a que no es cierto que se trate de un daño que afecte en igual medida a todos los ciudadanos, sino, por el contrario estuvieron ante un caso típico de sometimiento a un sacrificio especial que se realizó en beneficio de toda la sociedad y en donde hubo un rompimiento de las cargas públicas por quienes la padecieron.

21. La situación de angustia y sufrimientos soportados por la víctima y sus familiares aún no ha cesado hasta la fecha, pues todavía son mirados con desconfianza por los vecinos, conocidos y en general por la sociedad Turbaquera y Cartagenera debido a la estigmatización producida por la falla del Estado al calificarlo y hacerlo saber a la

opinión pública que Luis Felipe Pájaro Vásquez, era miembro de la guerrilla, por lo que los perjuicios ocasionados por parte de los entes demandados al señor LUIS FELIPEZ PÁJARO VÁSQUEZ y su familia, considero deben ser resarcidos.”

V- PRETENSIONES

Textualmente son las siguientes:

PRIMERO: Que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN COLOMBIANA – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y ARMADA NACIONAL, por la privación injusta de la libertad a que fue sometido el señor LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la NACIÓN COLOMBIANA – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y ARMADA NACIONAL, a pagar al señor LUIS FELIPEZ PÁJARO VÁSQUEZ por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS ML (\$7.200.000,00) M/L, dinero que dejó de recibir mientras permaneció privado de la libertad, puesto que se le privó adquirir tal suma por no poder seguir administrando la microempresa de lácteos que posee.

TERCERO: De la misma manera se deberá condenar a la NACIÓN COLOMBIANA – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y ARMADA NACIONAL, a pagar al señor LUIS FELIPE PÁJARO VÁSQUEZ perjuicios materiales en la modalidad de DAÑOS EMERGENTE, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS, (\$10.000.000,00) M/L, suma de dinero que fue cancelada al doctor PEDRO ROMERO RINCÓN por concepto de honorarios profesionales pagados por haber ejercido la defensa en la investigación que adelantó la Fiscalía No. ONCE (11) Seccional de Cartagena.

CUARTO: Condénese a la NACIÓN COLOMBIANA – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, a pagar a cada uno de los demandantes que a continuación se relacionan por concepto de perjuicios morales subjetivos, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, así:

NOMBRE	PARENTESCO	SALARIO MINIMO
Luis Felipe Pájaro Vásquez	Víctima directa	100 SMLMV
Nelcy del Carmen Martínez Aguilar	Esposa de la víctima	100 SMLMV
Michelly Katherine	Hija menor de edad	100 SMLMV

Pájaro Martínez		
Karen Paola Pájaro Martínez	Hija de la víctima	100 SMLMV
Mayerly Lucia Pájaro Martínez	Hija de la víctima	100 SMLMV
Manuel Francisco Pájaro Álvarez	Padre de la víctima	100 SMLMV
Elsa Marina Vásquez Ortega	Madre de la víctima	100 SMLMV
Leddys María Pájaro Vásquez	Hermana de la víctima	80 SMLMV
Fabio Rafael Palmera Vásquez	Hermano de la víctima	80 SMLMV
Miguel Santiago Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	80 SMLMV
Juan Carlos Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	80 SMLMV
José Francisco Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	80 SMLMV
TOTAL		1.110 SMLMV

QUINTO: Las anteriores cantidades se actualizarán de acuerdo al índice de precios al consumidor, existente a la fecha de la ocurrencia de los hechos y el que esté al momento de proferida la condena en contra de las entidades demandadas.

SEXTO: Condénese a la NACION COLOMBIANA – FISCALIA GENERAL DE LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y ARMADA NACIONAL, a pagar a los actores las costas y gastos judiciales a que haya lugar.

SEPTIMO: La NACION COLOMBIANA – FISCALIA GENERAL DE LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA Y ARMADA NACIONAL, darán cumplimiento a la sentencia en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por la honorable Corte Constitucional C-188 de fecha 29 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.”

VI. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional (F. 94 – 98)

Frente a las declaraciones y condenas afirmó no estar de acuerdo con estas en los siguientes términos:

“Me opongo a todas ellas, por carecer de fundamento legal y de respaldo probatorio, puesto que de los mismos hechos del libelo demandatorio, se desprende claramente que EL MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, institución que represento es ajena a los hechos descritos en el libelo demandatorio, toda vez que las actuaciones y decisiones proferidas en el proceso penal seguido en contra del señor PAJARO VASQUEZ, no son de la esfera o competencia de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, dichas decisiones fueron tomadas por la autoridad judicial competente (Fiscalía) en la que intervino la voluntad o actuación alguna del Ministerio de Defensa – Armada Nacional. Toda actuación judicial, en el ámbito de la Jurisdicción Penal es del resorte y competencia de la Fiscalía y los Juzgados penales competentes, por lo cual solicito al Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, se nieguen las pretensiones de la demanda en cuanto a mi defendida, pues no existe falla del servicio ni por acción ni omisión.”

En cuanto a las razones y fundamentos de Defensa, señaló:

“(…)

La actividad judicial de la Fiscalía es separada de las actuaciones del Mindefensa – Armada Nacional, ya que en sus decisiones no interviene los miembros de ésta Institución, las autoridades judiciales competentes son las encargadas de orientar sus investigaciones de conformidad al procedimiento legal previsto y de tomar sus decisiones de fondo de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso.”

Propone las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Falta de legitimación en causa por activa de los demandantes.

Fiscalía General de la Nación (F. 112 – 120)

A los hechos señaló:

“En relación con los hechos que sustentan la demanda no me constan, por lo tanto me atengo a lo que de ellos resulte probado en el presente contradictorio, especialmente en lo que guarde relación con las pretensiones de la parte actora, siempre que comprometan la responsabilidad de la entidad que represento.”

Sobre las pretensiones manifestó:

“Manifiesto mi oposición a las pretensiones de la demanda, y de una vez solicitó a su señoría, que sean desestimadas pues no están llamadas a prosperar.”

En especial adujo que no están probados los perjuicios materiales, ni los daños a la vida en relación y los morales están sobre estimados de acuerdo con la jurisprudencia actual del H. Consejo de Estado.

Como razones de defensa expone que los hechos narrados y las pruebas anexadas por la parte demandante no comprometen la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y que se evidencia culpa determinante de un tercer, inexistencia de daño antijurídico y configuración de la culpa exclusiva de la víctima en los términos del artículo 79 de la Ley 270 de 1996.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO.

El Señor Agente del Ministerio Público concluyo que en el presente caso *“estamos ante la presencia de un claro daño antijurídico sufrido por el actor, a casusa de una actuación de la Fiscalía General de la Nación; y no hay otra consecuencia para esto que la procedencia de la reparación del daño.*

Esta agencia del Ministerio Público, también considera, que la excepción de Falta de

Legitimación en Causa por Pasiva, propuesta por el Ministerio de Defensa – Armada Nacional, están llamadas a prosperar ya que los hechos y las pruebas de la demanda, no los vinculan ni por acción ni por omisión.”

VIII. TRÁMITE PROCESAL

- Por auto de 05 de Febrero de 2010 esta Corporación, admitió la demanda.¹
- Mediante auto de 30 de Julio de 2010, se adiciona la demanda.²
- Por auto de fecha 02 de Agosto de 2011, se abrió a pruebas el proceso de la referencia.³
- En auto calendarado a fecha 04 de Junio de 2013, se da cierre al debate probatorio, se corre traslado para alegar de conclusión y se da traslado al señor agente del Ministerio Público.⁴
- Finalmente entra al Despacho 001 en Descongestión para su pronunciamiento de fondo.

IX.- ALEGATOS DE CONCLUSION

Demandante: Reafirmó lo expuesto en el libelo. (F. 235 – 241)

Fiscalía General de la Nación: Reafirmó lo expuesto en su escrito de contestación.
(242 – 248)

Ministerio de Defensa – Armada Nacional: No presentó alegatos.

X.- CONSIDERACIONES.

1. La competencia y la caducidad

¹ Folio 65y ss.

² Folios 88 a 90.

³ Folios 151 a 153.

⁴ Folio 216

Por la naturaleza del proceso, el lugar de ocurrencia de los hechos, la ley 270 de 1996 y el auto de 9 de septiembre de 2008 del Consejo de Estado, el Tribunal es competente para conocer de este asunto en PRIMERA INSTANCIA.

La acción fue presentada dentro del término de caducidad del artículo 136.8 del CCA: *"al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa."* Detalla la Sala lo siguiente:

En el presente caso considera la Sala que la acción fue iniciada oportunamente, por cuanto la providencia que precluye la investigación, proferida por la Fiscal Delegada 11 ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, fue proferida el día 27 de abril de 2007 y la demanda se interpuso el día 19 de diciembre de 2008, tal y como consta en el recibido de la demanda.

Lo anterior permite colegir que la presente demanda fue interpuesta dentro del término de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

2. Objeto de la demanda.

En el caso sub examine se pretende que se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional y la Nación – Fiscalía General de la Nación, de la totalidad de los daños y perjuicios que se asegura le han sido ocasionados a los demandantes, por la presunta privación injusta de la libertad de que dice fue objeto el señor LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ quien según se relata en la demanda fue capturado el 21 de marzo de 2002, por miembros de del C.T.I., de la S.I.J.I.N. y del D.A.S., por haber presuntamente cometido el delito de Rebelión, siendo

posteriormente dictada en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el 22 de abril de 2003, y más adelante precluida la investigación penal con providencia del 27 de abril de 2007 proferido por el Fiscal Delegado N°11 ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena.

2. Problema Jurídico

Antes de formular el problema jurídico a resolver, considera la Sala conveniente hacer algunos planteamientos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos casos en que se solicita la responsabilidad del estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia.

En ese sentido habría que decir que antes de la Carta Política de 1991 la responsabilidad signada al Estado por el funcionamiento de la administración de justicia era exótica o excepcional, por no decir inexistente, pues aquella simplemente se predicaba de los funcionarios judiciales pero no directamente el Estado y con fundamento en el artículo 40 del C.P.C. Podría decirse incluso que hoy, continúa en proceso de formación.

Solo con el advenimiento de la Constituyente de 1991 y con la expedición de la Ley 270 de 1996, vino a asignársele responsabilidad al estado por el mal funcionamiento de la administración de Justicia, cuando se den los supuestos normativos previstos en su artículo 65, al igual que en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época.

El citado artículo 65 de la ley 270 en el inciso segundo indica que *“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”*.

Es decir luego de la promulgación de la Constitución de 1991, el viraje en materia de responsabilidad del estado por el mal funcionamiento de la administración de Justicia ha consistido en erigir dicha tesis bajo tres modalidades:

- ❖ Por error jurisdiccional
- ❖ Por el mal funcionamiento de la administración de justicia
- ❖ Por la privación injusta de la libertad

Como quiera que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso sub examine es el de la Privación Injusta de la Libertad, a continuación se procederá a estudiar dicho régimen

DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

En relación a este régimen de responsabilidad por el privación de la libertad, el Consejo de Estado no ha sostenido un criterio uniforme, en efecto, se han identificado tres líneas jurisprudenciales, así lo ha reconocido esa misma Corporación⁵ al explicar que la primera tesis jurisprudencial que se puede calificar como "restrictiva", reservó el deber de reparar sólo a aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad, de manera que solamente existía deber de reparar la *"falla del servicio judicial"*.

La segunda línea jurisprudencial estableció que la responsabilidad por privación de la libertad regulada por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sería objetiva y que era procedente únicamente si la situación podía subsumirse en alguna de las tres causales normativas, en el evento contrario, el actor tenía el deber de demostrar la ocurrencia de error jurisdiccional derivado del carácter "injusto" o "injustificado" de la

⁵ Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Expediente 13558. Consejero Ponente Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

detención. La responsabilidad objetiva derivada de las causales establecidas en el artículo 414⁶ del Código de Procedimiento Penal, ha quedado explicada en los siguientes términos por el Consejo de Estado:

“Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres únicos supuestos (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) que, probados, daban lugar a

⁶ARTÍCULO 414 INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absoluta definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, o lo que es igual, no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.”⁷

Respecto de la aplicación del artículo 414 del Decreto No. 2700 de 1991, en sus inicios, el Consejo de Estado señaló que sólo procedía la indemnización cuando se demostrara que la ocurrencia de uno de los elementos de la disposición se debió a la falla en la prestación del servicio, posteriormente la postura fue recogida para señalar que en estos eventos la responsabilidad era objetiva, para ilustrar esta circunstancia se transcribe el siguiente aparte jurisprudencial:

“En relación con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad prevista en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró inicialmente que no bastaba con que el proceso terminara con decisión absolutoria, en virtud de uno de los tres supuestos previstos en la norma, para conceder el derecho a la indemnización en forma automática, sino que era necesario acreditar el error o la ilegalidad de la providencia que dispuso la detención, ya que “la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención”. En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar

⁷ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2007. Expediente 15498 Consejero Ponente Dr ENRIQUE GIL BOTERO

justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma.”⁸(Subrayado fuera texto)

Finalmente, la última tendencia que puede calificarse como “amplia”, ha señalado que la responsabilidad por privación injusta de la libertad, va más allá de los tres supuestos normativos del mencionado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aún en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, pues si bien es cierto el Estado tiene el deber jurídico de investigar, el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de la libertad que es uno de los derechos de mayor protección en el Estado Social de Derecho.

La última tesis, ha sido explicada por el Consejo de Estado así:

“Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una

⁸Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia de 9 de junio de 2005, C P RUTH STELLA CORREA PALACIO, Expediente 14740.

sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona —con todos sus atributos y calidades— deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un —desde esta perspectiva, mal entendido— interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular —incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo— sin ningún tipo de compensación.

Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado —a voces del artículo 1º in fine de la Constitución Política—, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general.

(...)

Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y

puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad. (Subrayado fuera de texto)

No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad —como en el presente caso— durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión "normal", inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad.

Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado.

Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia. Lo que no se estima jurídicamente viable, sin embargo, es trasladar al administrado el costo de todas las deficiencias o incorrecciones en las que, en ocasiones, pueda incurrir el Estado en ejercicio de su iuspuniendi. En relación

con la inconveniencia —si no imposibilidad— de verter juicios generales y abstractos en relación con asuntos como el que atrae la atención del presente proveído, ya había expresado esta Corporación lo siguiente:

'Al respecto, debe reiterarse lo expresado en otras oportunidades, en el sentido de que no cualquier perjuicio causado como consecuencia de una providencia judicial tiene carácter indemnizable. Así, **en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico, sea que tenga causa en una providencia errada o en una providencia ajustada a la ley.**

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y **los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo,** dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede

hacerse evidente como consecuencia de una decisión Definitiva de carácter absolutorio⁹. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado.¹⁰ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo —siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa —como en el sub lite— una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad¹¹.”

En desarrollo de esta última posición, el Consejo de Estado ha manifestado que las normas que respaldan la procedencia de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad son el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe ser interpretado en armonía con las consideraciones del artículo 90 de la Constitución Política, sin olvidar que los supuestos del artículo 414 no quedan excluidos a pesar de estar derogados, porque el artículo 90 constituye una cláusula general y amplia de imputación de la

⁹Nota de la sentencia citada. Sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se pronunció esta Sala en sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11 754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves, extendiéndola a casos en que la absolución se ha producido por razones distintas a las previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y concretamente por aplicación del principio in dubio pro reo

¹⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 2000, , Consejero ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez, actor Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros, Radicación 11601

¹¹Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Expediente 13168, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el precitado artículo 414, textualmente se señaló:

“En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste en el pre mencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – , entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho.”¹²

En una posterior decisión, el H. Consejo de Estado en sentencia de abril 10 del año

¹²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CP Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 25508

2010, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero dentro del expediente No. (18960) Actor: Rogelio Aguirre López y otros, Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación, Acción de Reparación directa, sostuvo lo siguiente:

“PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Falla en el servicio.

La privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son: 1. Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculpado. 2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida. 3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva. 4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización. 5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros. 6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el

numeral 3. 7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar. Aun cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no exista en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal.

*En esa línea de pensamiento, y en armonía con lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, **para la Sala existen en el caso concreto dos títulos jurídicos de imputación desde los cuales puede ser analizada o valorada la posible atribución de los efectos del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Por un lado, la absolución de la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño antijurídico al Estado desde la perspectiva objetiva y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De otra parte, la preclusión de la investigación respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijuricidad, no quiere significar que los hechos no se hubieran encontrado tipificados y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; por consiguiente, esta última absolución, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de las tres supuestos del artículo 414 del C.P.P. de 1991. 3.4. Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada***

respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada "jurisdicción regional o especializada". El hecho de que sea la misma Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, quien haya señalado que a Rogelio Aguirre se le violaron las garantías elementales, es suficientemente indicativo de que el proceso penal que se le siguió, configuró en general, una grosera y flagrante falla del servicio que se evidencia en el quebrantamiento de los parámetros establecidos en la ley procesal penal. Es por ello que la privación de la libertad de Rogelio Aguirre López supuso la materialización de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina alemana como "el error craso", teoría a partir de la cual se permite inferir una falla del servicio ante la constatación de un daño grosero, desproporcionado, y flagrante.

Pero en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente, Enrique Gil Botero, de fecha nueve (9) de junio de dos mil diez (2010), Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08775-01(19283) Actor: Jaime Ernesto Enrique Estrella y otros Demandado: Nación-Ministerio del Interior y Justicia; Ministerio de Defensa-Policía Nacional; Rama Judicial; Fiscalía General de la Nación, con aclaraciones de voto de Ruth Stella Correa y Mauricio Fajardo Gómez, se sostuvo frente a los títulos de imputación, en asuntos en donde la absolución o preclusión se haya dado por razones del in dubio pro reo, se debía estudiar la responsabilidad del Estado bajo el régimen de responsabilidad objetivo, en dicha sentencia se dijo lo siguiente:

"En eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición. inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación¹³.

En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

“.....ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo¹⁴ -strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)¹⁵ y 15.463 (2007)¹⁶, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, si haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

¹³Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13 168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

¹⁴“La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias. La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del in dubio pro reo. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba—es decir, la certeza, aunque sea subjetiva—no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas.” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la "duda se resuelve a favor del procesado", se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado -¹⁷, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del in dubio pro reo. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal – o en los cuales la libertad se produce por la absolución o su equivalente en alguno de los supuestos del artículo 414 del C.P.P., es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria¹⁸.

¹⁷ "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del in dubio pro reo, contra la primera" Ibid Pág. 151- 152

¹⁸ "Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta, pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática" FOUCAULT, Michel "Vigilar y Castigar", Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed., pág. 173. "Como lo muestran los objetos anteriores,

iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del in dubio pro reo, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.

*v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal”*

Más recientemente en sentencia del 30 de marzo de 2011 con la ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al analizarse la línea jurisprudencial seguida por el Consejo de Estado cuando se estudia responsabilidad al Estado con fundamento en la privación injusta de la libertad, se concluyó que¹⁹:

la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en si misma” RAWLS, John “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273.

¹⁹CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA -SUBSECCION C-Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- (30) de marzo de dos mil once (2011)-Radicalación número 66001-23-31-000-2004-00774-01(33238)-Actor ASDRUBAL CARDENAS MUÑOZ Y OTROS-Demandado NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-SENTENCIA

En la actualidad, la tesis mayoritaria de la Sala establece que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del in dubio pro reo, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, ya a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia. Y, siendo la detención preventiva el elemento central, cabe observar las orientaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, según la cual:

- *De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana “la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”²⁰.*
- *“El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”²¹.*

²⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.

²¹Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido. Caso Instituto de Reeducación del menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

- *La detención preventiva “es una medida cautelar, no punitiva”²².*
- *En un “Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”.²³*

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia”²⁴.

²²Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

²³Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

²⁴Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993.

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”²⁵.

“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales...”²⁶. Negrillas fuera de texto

6. De la detención preventiva como límite de la libertad personal.

El derecho a la libertad personal se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Constitución, que preceptúa: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 1996

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000

registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.”

“El derecho regulado en la disposición transcrita representa una de las facetas de la libertad, entendida ésta, según quedó indicado en líneas precedentes, como el bien jurídico máspreciado del hombre. No se trata de una garantía carente de importancia pues de ella depende el ejercicio de otros derechos, por eso puede asignársele los calificativos de principal e instrumental. Como puede observarse, se caracteriza por ser un derecho que posee una connotación física, toda vez que su objetivo es proteger al individuo de una detención que no encuentre justificación en el ordenamiento jurídico y que por lo tanto afecte la cualidad genérica de libre actuación que le es consustancial. Por lo tanto, se busca tener una certeza: la existencia de capacidad de reacción contra una agresión externa que afecta la propia disposición.

El contenido del derecho se confunde con la forma en que el mismo se protege, en el cómo se regula el hecho de la detención, las garantías que deben acompañar la utilización de ésta medida, y las posibilidades de oposición en cabeza del individuo que se ve afectado con la determinación del Estado. Por eso, le asiste razón a la doctrina al afirmar que la única manera de desentrañar el contenido del derecho a la libertad personal es analizándolo desde su vertiente negativa. En otras palabras, como parte integrante de aquel espacio en el que la injerencia del poder público debe ser mínima y estrictamente necesaria. El carácter estrictamente necesario de la restricción del derecho es un reflejo del avance que los sistemas

penales han tenido en las democracias occidentales, especialmente del cambio que implicó para la libertad personal el principio de división de poderes, porque al confiar a los jueces las detenciones, se aseguraba que el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico estuviera en cabeza de autoridades no sólo imparciales sino independientes de la rama ejecutiva⁴⁵. Se garantiza así, que la valoración de los supuestos que pueden dar lugar a una privación de la libertad se encuentren plenamente justificados, pues la ausencia de razones o la presencia de motivaciones insuficientes generan la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, para comprender el alcance de la libertad personal es necesario precisar dos cosas: su titularidad y su contenido esencial. Respecto del primer elemento, puede señalarse que este derecho se atribuye directamente a personas físicas (no se debe olvidar su carácter corporal), como quiera que se antepone a condenas, detenciones e internamientos que resultan injustos y arbitrarios. Aunque la titularidad siempre este presente, el carácter reactivo que es intrínseco al derecho puede ocasionar que ésta no tenga que manifestarse nunca en la vida de un individuo, y ello es posible si éste no ha sido objeto de agresión alguna por parte de los poderes públicos. Por tanto, en aquellos casos en los cuales se cumplan los presupuestos exigidos constitucional y legalmente para proceder a la

Privación de la libertad no se disfruta del derecho porque en este supuesto el ejercicio del ius puniendo del estado es estrictamente necesario y se acompasa con el carácter no absoluto de la libertad. En cuanto a su contenido esencial, este puede entenderse en los eventos en que la libertad decae por la intervención de la autoridad pública cuando esta no tiene "...causa para accionar contra ella." De modo tal que, al ser su intervención injusta o ilegal, "...se genera unos mecanismos para la restitución del bien protegido." De ahí que pueda afirmarse que la detención preventiva también

conforma el derecho, ya que a través de su regulación y, especialmente, mediante la fijación de las causas por las cuales procede, se fija un límite a la actuación del individuo, porque si su comportamiento se encuentra previamente tipificado y afecta o perturba los derechos de otros en un grado tal que impida su libre desarrollo, se activa el poder de coerción del Estado y se puede generar como respuesta una restricción que afecte la capacidad de movilidad física o geográfica del individuo. Por consiguiente, la privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal.

Los condicionamientos a los que se hace referencia son:

- 1. Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculgado.*
- 2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida.*
- 3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva⁴⁸.*

4. *La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización.*

5. *Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros.*

6. *La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3°.*

7. *La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar.*

*Aun cuando los anteriores presupuestos se cumplan, **la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no exista en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal.***

Si esto es así, ¿cuál será el fundamento de la detención preventiva? Respecto de este punto, la doctrina ha señalado dos respuestas: de un lado, se busca una administración de justicia eficiente, que asegure la obtención de resultados concretos ante la ciudadanía en cuanto a la persecución del delito; del otro, se señala que se trata de una verdadera

pena, porque conlleva la alteración de un derecho, la producción de un sufrimiento a un individuo como si se tratara de un condenado. Se señalan así dos agravantes:

1. al no sustentarse la detención preventiva en pruebas definitivas que sean indicativas de la responsabilidad, las posibilidades de error se incrementan y su carácter injustificado se hace latente;

*2. al no existir condena, no es posible hablar de vulneración al principio de presunción de inocencia. Así, el cuestionamiento que debe hacerse es el de cómo mantener un equilibrio entre los dos fundamentos expuestos en un Estado Social de Derecho, si sólo se opta por el eficientísimo, se desconoce la libertad como valor y principio fundante de la democracia, se exagera la importancia del interés estatal y se da un acercamiento peligroso a un régimen de carácter totalitario. Y es precisamente esta necesidad de ponderación la que posibilita la implantación de **mecanismos resarcitorios cuando la actividad del Estado se ha desplegado afectando el interés subjetivo de un individuo, restringiendo su capacidad de autodeterminación y limitando sus opciones de movilidad, para después hacer un pronunciamiento exonerándolo de responsabilidad. Esta declaración no es suficiente frente al derecho a la libertad personal y por ello deben operar mecanismos indemnizatorios toda vez que el daño ya se ha infligido, es imputable jurídicamente a la administración de justicia y el sujeto que lo sufrió no tenía el deber jurídico de soportarlo.***²⁷(negritas por fuera del texto)

En reciente pronunciamiento el Consejo de estado se expresó así sobre el derecho a la libertad personal:

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No.18.860 C.P. ENRIQUE GIL BOTERO

“Desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental (artículo 28 C.P.) que sólo admite limitación “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, y como certeramente lo anota la doctrina.

(...)

Aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce –sin discriminación alguna- la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos los de libertad como ámbitos de autodeterminación de los individuos (artículo 2 C.P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29 eiusdem).

(...)

La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues según el inciso 4º del artículo 29 de la Carta Política: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, y por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado. (...) Ciertamente, el señor Fredy Fernando Lerma Cobo fue exonerado de responsabilidad penal mediante la resolución No 045 del 31 de julio de 1997, mediante la

cual se declaró la preclusión de la investigación porque en el proceso penal finalmente se encontró acreditado que “la conducta a él endilgada era atípica”. Así las cosas, es evidente que la circunstancia descrita constituye un evento determinante de privación injusta de la libertad, puesto que antes, durante y después del proceso penal al cual fue vinculado el demandante, siempre mantuvo intacta la presunción de inocencia que lo amparaba y que el Estado, a través de la entidad ahora demandada, jamás le desvirtuó.

(...)

Según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible, y si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado. Se precisa igualmente que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.”²⁸

²⁸CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D C , seis (6) de abril de dos mil once (2011) Radicación número. 19001233100019990203-01 (21.653) Actor: JOAQUÍN CASTRO SOLÍS Y OTROS Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Asunto: Acción de reparación directa

Pues bien, hecha la anterior precisión, de conformidad con los hechos que se encuentran probados y con los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, queda claro que el problema jurídico a resolver por esta Corporación consiste en establecer ¿si en el caso sub examine, concurren los requisitos para declarar la obligación estatal de indemnizar los supuestos perjuicios causados al demandante con ocasión de la detención de que dicen fue objeto el actor para efectos de investigación, realizada por miembros del C.T.I. – S.I.J.I.N. y D.A.S., conforme declaraciones de supuestos informantes del grupo “RINCA” (REGIONAL DE INTELIGENCIA NAVAL DEL CARIBE DE LA ARMADA NACIONAL) y dictada medida de aseguramiento en su contra por la Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta que al capturado posteriormente le fue precluida la investigación por la misma Fiscalía General de la Nación por el delito de REBELIÓN, con fundamento en la duda probatoria surgida de la pobreza probatoria y la falta de investigación integral?

Pero antes de abordar lo que constituye el fondo de la contienda planteada, si a ello hubiere lugar, se precisa resolver sobre las excepciones propuestas por la parte demandada, pues es esta la oportunidad para ello al tenor del artículo 164 del C.C.A.-

3.- De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

Según la demandada Armada Nacional, existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad, por cuanto asegura que ella no tuvo nada que ver en la captura y retención del señor LUIS PAJARO VASQUEZ, sino que dice que los hechos y las pruebas de la demanda no vinculan ni por acción ni por omisión a dicha entidad, que permita comprometer su responsabilidad

Considera al respecto esta Sala que le asiste razón al Ministerio de Defensa – Armada Nacional al plantear dicha excepción, en cuanto se evidencia de los hechos narrados y de las pruebas arrimadas al plenario que dicha entidad actuó de forma mediática, es

decir, su labor fue la de llevar al Fiscal de conocimiento la noticia criminal, y es la Fiscalía General de la Nación quien ordena la medida de aseguramiento de detención preventiva y en consecuencia dicta la orden de captura en contra del señor aquí demandante y otros, siendo reclusos en un establecimiento penitenciario a órdenes de la Fiscalía.

Así las cosas, se tendrá por probada la excepción propuesta por el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional consistente en la falta de legitimación por pasiva de su representada.

Falta de legitimación en la causa por activa

Así mismo alega la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de ciertos demandantes, toda vez que no obran dentro del expediente los correspondientes registros civiles de nacimiento de los siguientes:

- NELSY DEL CARMEN MARTINEZ AGUILAR (esposa), no aporta Registro Civil de Matrimonio que acredite el vínculo con el señor LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ.
- MICHELLY PAJARO MARTINEZ (Hija)
- KAREN PAOLA PAJARO MARTINEZ (Hija)
- MAYERLY PAJARO MARTINEZ (Hija)
- MANUEL FRANCISCO PAJARO ALVAREZ (Padre)
- ELSA MARINA VASQUEZ ORTEGA (Madre)
- LEDIS MARIA PAJARO VASQUEZ (Hermana)
- FABIO RAFAEL PALMERA VASQUEZ (Hermano)
- MIGUEL SANTIAGO PAJARO SIERRA (Hermano)
- JUAN CARLOS PAJARO SIERRA (Hermano) y
- JOSE FRANCISCO PAJARO SIERRA (Hermano), quienes no aportan sus respectivos Registros Civil de nacimiento, que acrediten el parentesco con la

víctima LUIS FELIPE PAJARO VASQUEZ. Por lo tanto, No demostrado el parentesco con respecto la víctima se debe declarar probada esta excepción.

Como quiera que dicha excepción se encuentra relacionada con el fondo del asunto, se decidirá por esta Sala una vez se haya hecho el estudio si procede o no la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada Nación – Fiscalía General de la Nación, la prosperidad de esta excepción.

4. Tesis de la Sala respecto del problema jurídico planteado.

La tesis planteada por esta Sala de decisión se centra en demostrar que si existió responsabilidad por parte de la Fiscalía General de la Nación en la privación injusta de la libertad del señor LUIS PAJARO VASQUEZ y por tanto la existencia de perjuicios del orden moral y material ocasionados al actor.

Como esta aseveración no es gratuita ni carente de fundamento, a continuación se pasará a explicar porque se sostiene lo anterior.

5. Del caso concreto

Pues bien, atendiendo esta Sala las anteriores precisiones legales, jurisprudenciales y doctrinales, respecto de la responsabilidad del estado por mal funcionamiento de la administración de justicia, el caso bajo examen, en aplicación del principio iura novit curia el cual ha sido aplicado por el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, la Sala lo resolverá bajo el régimen de la privación injusta de la libertad analizado desde la perspectiva del régimen subjetivo de la falla probada del servicio como quiera la preclusión de la investigación penal del señor LUIS PAJARO VASQUEZ, no se hizo en aplicación de alguna de las causales previstas por el art. 414 del código de procedimiento penal, (*decreto 2700 de 1991*), esto es porque el hecho no existió, el investigado no lo

cometió, o la conducta no constituía hecho punible, sino porque la preclusión se dio como consecuencia que la Fiscal seccional delegada 39, aunque no lo dijo de forma expresa, tácitamente dio aplicación al principio constitucional del *in dubio pro reo*, ante las deficiencias probatorias que le arrojaron dudas sobre la responsabilidad del indiciado, resolviéndola a favor de éste.

Por consiguiente, se hace necesario en este caso, pese a que la absolución fue por el indubio pro reo, determinar los elementos subjetivos de la falla del servicio probada, esto es la ocurrencia del daño, la configuración de la falla en el servicio alegada y en caso de demostrarse los dos anteriores, la existencia del nexo causal. Veamos entonces si se cumplen o no.

5.1. El daño antijurídico:

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991²⁹ hasta la época³⁰, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien. en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.³¹

²⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

³⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 164 60

³¹Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alíer E. Hernández Enriquez

El daño debe ser personal y cierto, lo primero significa que solamente puede pedir su reparación quien efectivamente lo sufre y lo segundo significa que se excluye el eventual o hipotético, es decir que lo haya sufrido una persona determinada en su patrimonio.³²

Por otro lado, el daño debe ser antijurídico; de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional, daño antijurídico es aquel que quien lo sufre no está en el deber legal de soportarlo. Es justamente el citado artículo 90 el fundamento de la Responsabilidad civil extracontractual del Estado. (Resalta la Sala)

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la privación de la libertad acaecida en la persona de Luis Pájaro Vásquez, según se menciona en los hechos de la demanda y de lo probado en el proceso, la captura del demandante se produjo el día 21 de marzo de 2003, saliendo el 9 de octubre del año 2003, es decir estuvo privado de la libertad por un total de 6 meses 18 días, por orden de la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena.-

Para probar su dicho, el apoderado de la parte demandante acompañó con la demanda, copia auténtica de la providencia por la cual se ordenó la captura de su poderdante, así mismo fue aportada por la parte demandante copia de la providencia por la cual se concede libertad al señor LUIS PAJARO VASQUEZ, igualmente dichos documentos obran como prueba dentro del expediente penal llevado a cabo en la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, en donde adicionalmente obran copias de las decisiones judiciales por las cuales se absolvió de responsabilidad penal al investigado, es decir que está demostrado en el proceso que el señor LUIS PAJARO VASQUEZ, demandante dentro del presente asunto, efectivamente estuvo privado de la libertad.

³²HENAO, Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, 1998 , pág. 129

En virtud de lo anterior, considera la Sala que esta suficientemente acreditado que el señor Luis Pájaro Vásquez estuvo sujeto por orden de la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penal del Circuito, a la privación de su libertad, estando recluido en la cárcel sumariado de Ternera por espacio de 6 meses y 18 días.

Así las cosas, se comprueba la causación de un daño antijurídico contra el demandante, consistente en la privación de la libertad del señor Luis Pájaro Vásquez, la cual se tornó en injusta, por cuanto fue absuelto de la investigación seguida en su contra en aplicación del artículo 414 del decreto 2700 de 1991 porque se demostró que el demandante fue absuelto mediante resolución de preclusión proferida por la Fiscalía.

Por consiguiente esta Sala considera probado el daño como primer elemento de la responsabilidad.

5.2. De la falla en el servicio de justicia

En el presente caso la captura del demandante y la posterior medida de aseguramiento de detención preventiva, se soportaron en la valoración de medios de prueba que, obraban en el expediente penal y que fueron regular y oportunamente recaudados.

Los precitados medios de pruebas primero fueron valorados por la Fiscalía 11 Delegada, aparentemente siguiendo los postulados de la sana crítica, en ejercicio de la labor que el ordenamiento señala, con el fin de formar libremente su íntima convicción, y con fundamento en ellos estimó que había prueba suficiente que comprometía la responsabilidad del señor LUIS PAJARO VASQUEZ en la comisión del hecho punible investigado.

Sin embargo, en la providencia del 27 de abril de 2007, la misma Fiscal 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, posteriormente, con los mismos elementos probatorios que tuvo desde un principio, ahora considera que no llegó, siquiera sumariamente a ser demostrado ni por nexos causales y sin hecho o materialidad, menos puede haber responsabilidad, pues los testigos denunciaron unos hechos que como tal se dieron, pero de ahí a llegar a la comprobación de que dichos actos fueron fraguados por los aquí encartados, no son ciertos. Y adicionalmente señala que existe carencia de plena coherencia, veracidad y comprobación fáctica.

La providencia del 27 de abril de 2007, emanada por la misma Fiscal 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, nos demuestra que dicha medida de aseguramiento de detención preventiva fue apresurada, pues de allí concluye esta Sala que no existían pruebas contundentes para definir situación jurídica en contra del actor por el delito de REBELIÓN, tomando entonces una determinación injusta al momento de definir situación jurídica.

La finalidad de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva es para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria, lo que en principio podría justificar que la Fiscalía que conoció del caso hubiese considerado el tomar la decisión de detener preventivamente, además, que por tratarse de un delito de tráfico ilegal de estupefacientes, la detención preventiva era procedente.

Pero no podemos perder de vista que el Código de procedimiento penal también exige unos requisitos para dictar una detención preventiva y es que **por lo menos aparezcan dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso**, norma ésta que además debe ser entendida en la forma en que fue analizada por la honorable Corte Constitucional

cuando se estudió la demanda de inconstitucionalidad instaurada en su contra y donde se declaró su exequibilidad condicionada de la siguiente manera:

“No obstante, estima la Corte que, tal como se ha expresado en esta Providencia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso y presunción de inocencia), las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria que deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.”³³

Sin embargo, fueron los requisitos sustanciales, esto es los dos indicios graves de responsabilidad, los que no se dan en el caso bajo examen, pues como lo concluyó la propia Fiscal 11 Delegada, en el proveído del 27 de abril de 2007, las pruebas que se tenían en el proceso, no daban lugar a demostrar la responsabilidad del demandante en el delito investigado de tráfico ilegal de estupefacientes.

Por todo lo expuesto, esta Sala considera suficientemente demostrada la ocurrencia de la falla del servicio como segundo elemento de la responsabilidad, cometidas en este caso por la Fiscalía general de la Nación, que fue la que privó de la libertad al demandante.

5.3. Del nexo de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño.-

Finalmente, se encuentra establecido el tercer elemento de la responsabilidad, esto es el nexo causal, pues claramente se entiende que de no haberse presentado la falla del

³³ Corte Constitucional mediante Sentencia C-774 -01 de 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil,

servicio que se destacó anteriormente, esto es la captura ilegal del demandante y la posterior detención preventiva también sin el lleno de los requisitos sustanciales, no se habría producido el daño por cuya indemnización se reclama, que consistió en haber permanecido privado de la libertad por un espacio de 6 meses y 18 días, desde el 21 de marzo de 2003 hasta el 9 de octubre de 2003 cuando se dejó en libertad.

Cabe entonces preguntarse si por las particulares circunstancias de este caso, existió proporción en la medida de aseguramiento de detención preventiva que se adoptó por parte de la Fiscalía demandada.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que fue mayor el daño que se causó a un ciudadano quien vio afectada su libertad y buen nombre, que la incidencia que tuvo para la investigación la privación de la libertad del hoy demandante.

En este punto es preciso aclararle a la demandada Fiscalía General de la Nación, que si bien actuó en cumplimiento de las funciones de investigación y acusación que la ley y la Constitución le confiere, también lo es que, el Consejo de Estado ha considerado que la presunción de inocencia, principio universal contenido en la Constitución Política de Colombia y en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, milita a favor del sindicado desde el inicio de la investigación. Pues a juicio de la alta Corporación *"es un contrasentido pensar que la presunción de inocencia sólo tiene vigencia una vez que el Estado ha despejado las "dudas" o se ha enredado en ellas, pues el artículo 29 constitucional enseña que "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable"*. (Sentencia del 27 de octubre de 2005, radicado 15.367 M.P. María Elena Giraldo Gómez)

Por tanto, con la preclusión de la investigación dictada por la demandada Fiscalía General de la Nación, representado en el administrador de justicia, Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, a favor de LUIS PAJARO VASQUEZ, se evidenció que él no tenía jurídicamente que soportar la privación de su libertad por

el término de 6 meses y 18 días, pues como se observa en las consideraciones de la providencia del 9 de octubre de 2003, se demostró el desconocimiento del administrador de justicia respecto del principio de la presunción de inocencia del señor LUIS PAJARO VASQUEZ al habersele dictado medida de aseguramiento sin contar con los requisitos probatorios exigidos para tomar esa decisión.

Sobre el principio de presunción de inocencia, la Corte Suprema de Justicia se pronunció así: "La presunción de inocencia, presupuesto indefectible de toda investigación penal, significa que es al Estado a quien corresponde demostrar que el sindicado es responsable del delito que se le atribuye, y que mientras esta prueba no se produzca, precisa ampararlo bajo aquella presunción que como dice Malatesta no es una presunción de bondad sino una presunción negativa de acciones y omisiones criminosas, fundada en la experiencia del comportamiento humano y en la propia imposibilidad lógica en que se encuentra el inculpado de demostrar una negación indefinida como es la de no haber delinquido".³⁴

5.4. De la Imputación de responsabilidad

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad; esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Estima la Sala que la condena que se impone debe ser pagada por la entidad que causó efectivamente el daño. Al respecto, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido reiterativa del criterio expuesto en providencia de 30 de octubre de 1997 – radicación 10958-, en el que se concibió que la condena debía ser impuesta a la dependencia de la Nación a la cual le fuera imputable el hecho u omisión que produjo el daño antijurídico.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia de junio 20 de 1966.

Dijo la citada sentencia³⁵:

“En consecuencia, se declarará exclusivamente la responsabilidad derivada de la omisión en que incurrió la Policía Nacional, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2344 del Código Civil, mutatis mutandis, aunque si bien en el presente caso no se trata de dos personas jurídicas diferentes, cuando “un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”.

Basta, pues, que de diversos causantes del daño el actor escoja acertadamente uno para que la totalidad del perjuicio sea indemnizado por quien fue citado al proceso.”

Aplicando esto al sub judice, observa la Sala que el hecho dañoso es exclusivamente atribuible a la NACIÓN– FISCALIA GENERAL DE LA NACION, pues fue ésta la que privó injustamente de su libertad al señor Luis Pájaro Vásquez, al tener en ese momento como órgano investigador la facultad constitucional y legal de tomar las decisiones para ese efecto.

Encuentra la Sala que la privación de la libertad del señor Luis Pájaro Vásquez determinada en forma única y exclusiva, por la Fiscalía Delegada 11 ante los Jueces Penales del Circuito, la que lo mantuvo recluido por 6 meses y 18 días hasta que ellos mismos profirieron resolución de preclusión de la investigación resolviendo por ende levantarle la medida de aseguramiento con privación de la libertad que pesaba sobre él y consecuentemente se absolvió de responsabilidad penal al procesado, en razón a que no existían pruebas suficientes que sustentaran un investigación así como también se presentó una falta de investigación integral y de un verdadero impulso procesal.

³⁵ Cfr. 11 de mayo de 2006, radicación 15626.

En el presente caso la medida de aseguramiento, se soportó en la tenencia de una sustancia incautada al actor en el momento de su captura y en los testimonios de los policías que realizaron la captura del señor LUIS PAJARO VASQUEZ, observándose que había en la investigación penal carencia de plena coherencia, veracidad y comprobación fáctica. Muy a pesar que la Fiscalía inició su proceso investigativo, con el fin de formar libremente su íntima convicción, y con fundamento en ellos, estimó el investigador que en su momento se infería la existencia de indicios graves que comprometían la responsabilidad del señor LUIS PAJARO VASQUEZ la comisión del hecho punible investigado, sin embargo todo concluyó con la preclusión de la responsabilidad penal del investigado.

En consecuencia, al encontrarse demostrados los tres elementos de la falla del servicio de justicia por privación injusta de la libertad se declarará a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACION administrativamente responsable por el daño antijurídico causado al demandante.

6. De la indemnización reclamada:

En la demanda se pidió el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales sufridos por el señor LUIS PAJARO VASQUEZ.

6.1. Perjuicios materiales

En lo que se refiere a la configuración del daño material, como consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor LUIS PAJARO VASQUEZ, considera la Sala que debe la parte actora entrar a probar de qué manera ese hecho en mención, ha tenido efectos de manera concreta sobre el patrimonio de los actores.

Es importante recordar, que al pretender una indemnización por los perjuicios materiales ocasionados, se debe tener en cuenta dos conceptos, como lo son el daño emergente y el lucro cesante.

A- Daño emergente: El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”.

El daño emergente es entonces, la pérdida económica que se causa con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación. En otras palabras y, en consideración con el principio de reparación integral del daño consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, solamente puede indemnizarse a título de daño emergente los valores que empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho generador del daño.

De acuerdo a lo anterior, el demandante solicita que se le indemnice por la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS MCT. (\$10.000.000.00) en virtud de los honorarios que pagó al abogado que atendió el proceso penal.

De lo probado en el expediente no se tiene constancia de la suma antes dicha pagada por concepto de honorarios de abogado, en la causa penal, por lo que fuerza a esta Sala a negar el reconocimiento de dicho perjuicio material en la modalidad de daño emergente.

B- Lucro cesante: Según el Código Civil el LUCRO CESANTE es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (art. 1614), esto es la pérdida de un interés futuro a un bien que todavía no corresponde a una persona. Este daño como cualquier otro debe indemnizarse, si se prueba, y en lo causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima; por ello, el daño es la medida del resarcimiento.

Este comprende la falta de productividad que se derive del acaecimiento del hecho, como sería para el caso, lo dejado de percibir por parte del demandante en razón de la privación de su libertad por el término de 6 meses y 18 días, más el tiempo que se considera tardaría en conseguir empleo.

En las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte actora solicita que se le cancelen al afectado por la privación de la libertad, la suma equivalente al valor de los dineros, dejados de recibir de su actividad como microempresario, al ser privado de la libertad.

Pues bien con relación al pago de los dineros que dejó de recibir el actor por estar suspendido del ejercicio de su actividad de administrador de la microempresa a su nombre, esta Sala no considera procedente conceder dicho pago por concepto de lucro cesante, en razón a que en el expediente no obra prueba ni documental ni testimonial que el señor LUIS PAJARO VASQUEZ, era propietario de la microempresa que dice ser propietario o su administrador, ni de los ingresos promedio que este recibía producto de su actividad comercial, impidiendo a esta judicatura corroborar más allá del dicho del actor, hecho que a todas luces se convierte en motivo para negar la pretensión, en virtud que dicho daño denominado lucro cesante debe estar debidamente demostrado.

En consecuencia, considera la Sala que no hay lugar a conceder indemnización por lucro cesante al señor Luis Pájaro Vásquez, pues no obra material probatorio que demuestre sus ingresos como microempresario, si lo percibía regularmente y si no lo percibió a causa de la privación injusta de la libertad.

8.4.2. Perjuicios Morales

Con relación a la ocurrencia del perjuicio moral como consecuencia de la privación injusta de la libertad de una persona el Consejo de estado en reciente pronunciamiento expresó lo siguiente:

“De manera reiterada, la Corte Constitucional y esta Corporación han reconocido que después de la vida, la libertad constituye el más importante de los derechos fundamentales de las personas. La Sala con apoyo en la doctrina ha destacado el elevadísimo valor que tiene para el ser humano gozar de su libertad. Ha expresado que “Después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular el individuo...La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho.”

Además, la Sala se ha referido a las manifestaciones positiva y negativa del derecho a la libertad, que se concretan en permitir que toda persona pueda ser y hacer todo aquello que no afecte la esfera de los derechos de los demás, y a proscribir toda forma de coacción mediante la cual se pretenda obligar a las personas a hacer lo que no desean o a privarlas de realizar todo aquello que desean y que no interfieran en los derechos ajenos. Y se ha concluido que *“cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precia de ser justa y democrática.”*

Por eso, la pérdida de la libertad genera a quien la sufre, un gran dolor moral, más aún cuando la retención se lleva a cabo en un centro de reclusión, porque en esas condiciones, el retenido pierde el contacto permanente con sus seres más queridos, el entorno en el que se ha desenvuelto su vida, la posibilidad de desarrollar sus proyectos, y se ve forzado a adaptarse a unas condiciones materiales que luego pueden afectar gravemente la reinserción a su medio social.

Quien sufre una pena de prisión, o es sujeto de una medida de aseguramiento de detención preventiva, ve afectado no sólo sus derechos a la movilidad sino también otra serie de derechos fundamentales e intereses, como lo son: las libertades de expresión, de reunión y manifestación, de asociación, la libertad sexual y otra serie de derechos civiles, económicos y familiares.

En síntesis, sin lugar a dudas, la privación de la libertad produce dolor moral a quien sufre esa limitación, por tratarse de la pérdida de uno de los derechos más relevantes para el desarrollo integral de la persona, porque esa limitación representa la restricción de otros derechos fundamentales y de otros intereses y porque implica una ruptura en el proyecto de vida de cualquier ser humano.

La jurisprudencia contenciosa administrativa ha establecido que se presume el perjuicio moral por parte del privado injustamente de la libertad, como por los seres más cercanos a él.

Ha dicho:

Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de ese tipo de daños a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999:

"A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las

consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél. Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de marzo de 2002, radicación 16932. Subrayado añadido.

Sobre la presunción del padecimiento de dichos perjuicios por los familiares del privado de la libertad, ha reiterado:

Se pone de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en casos de detención en establecimientos carcelarios se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la víctima directa del daño, por la privación de la libertad, de la misma manera que se presume dicho dolor respecto de sus seres queridos, conforme a las reglas de la experiencia, tal como la Sala lo ha reconocido en otras oportunidades. Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de julio de 2009, Radicación 16932. Subrayado añadido.

La presunción del daño moral en los familiares de una persona, opera hasta el segundo grado de afinidad y el primero civil, sean ascendientes, descendientes o colaterales. Así lo estableció el Consejo de Estado en providencia de 17 de julio de 1992, expediente número 6750:

“En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles.

Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2o., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte

y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes". (Subrayas fuera de texto).

La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

"En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

- 1o. Los descendientes legítimos;
- 2o. Los ascendientes legítimos;
- 3o. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;
- 4o. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o., 2o. y 3o;
- 5o. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o., 2o., y 4o;

6o. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

7o. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos."

También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3o ibídem, que reza:

"La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución."

La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos.

Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo anormal y de requerir la prueba de lo anormal.

Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien." Subrayado añadido.

Y sobre la tasación fijó lo siguiente:

"Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.” Subrayado añadido.

Y más adelante expuso:

Sin duda, la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de septiembre de 2001, Radicación 1323 - 15646

Respecto de los familiares de quienes se presume el daño moral, ha estimado que la tasación no puede hacerse en forma similar para todos. Esta posición fue asentada en sentencia de 30 de marzo de 1990, expediente 3510:

Pero, si bien se da por establecido el perjuicio moral para todos los componentes del grupo familiar, estima la Sala que su tasación no puede hacerse en forma similar para todos ellos, puesto que, como lo ha afirmado la jurisprudencia nacional, ‘si se admite, como es necesario admitir las diferencias de grados, es natural que la reparación de los daños busque una equivalencia más o menos aproximada para que la justicia no pierda su naturaleza de dar a cada uno lo que es suyo’ (Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 13 de diciembre de 1943, G. J., Tomo LVI, No. 20001 - 2005, p. 668)” Subrayado añadido.

Indican tales criterios, que los perjuicios morales se presumen respecto del directo afectado o privado injustamente de la libertad, y respecto de sus familiares más cercanos, según las suficientes reglas que sobre el punto ha decantado la misma jurisprudencia. La tasación del monto que se reconoce por perjuicio moral, es de carácter compensatoria, y se hace por parte del juez, teniendo en cuenta, en términos generales, la intensidad del perjuicio, siendo que para la mayor intensidad se reconoce el monto máximo de 100 SMLM.

En consecuencia, una vez verificado el grado de parentesco entre los demandantes y una persona privada injustamente de su libertad, es posible presumir el dolor y aflicción de aquellos, con lo que emana su legitimación en la causa material por activa.

Y sobre la tasación fijó lo siguiente:

"Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la

comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.” Subrayado añadido.

Y más adelante expuso:

Sin duda, la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de septiembre de 2001, Radicación 1323 - 15646

Indican tales criterios, que los perjuicios morales se presumen respecto del directo afectado o privado injustamente de la libertad, y respecto de sus familiares más cercanos, según las suficientes reglas que sobre el punto ha decantado la misma jurisprudencia. La tasación del monto que se reconoce por perjuicio moral, es de carácter compensatoria, y se hace por parte del juez, teniendo en cuenta, en términos

generales, la intensidad del perjuicio³⁶, siendo que para la mayor intensidad se reconoce el monto máximo de 100 SMLM³⁷.

Para el *sub examine*, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar del señor LUIS PAJARO VASQUEZ en su calidad de víctima directa de la privación injusta de su libertad, tal como se explicó en apartes anteriores de ésta providencia, quien permaneció privada de la libertad por un periodo de 6 meses y 18 días, y que al final fue absuelto del delito por el cual se le acusaba, estaba sujeto el demandante no solo a la angustia de la privación de su libertad si no a un descredito de su nombre y tranquilidad familiar; para determinar el monto de los perjuicios morales es preciso remitimos a la posición adoptada recientemente por el Consejo de Estado sobre la tasación de dicho perjuicio en la sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 expediente 18001-23-31-000-1998-00147-01 MP Danilo Rojas Betancourth:

"[P]ara la determinación de la cuantía de la indemnización del perjuicio moral, la Sala se guiará por la proporción valor-tiempo que ha desarrollado en su jurisprudencia más reciente en los casos de privación injusta de la libertad. Al respecto se ha considerado que es necesario establecer (...) *el valor que, en promedio, se concede al mes de privación de libertad, atendiendo únicamente al factor temporal, sin perjuicio de que otras circunstancias concurrentes obliguen a reconocer una cifra más alta, y atendiendo al precedente jurisprudencial en virtud del tope indemnizatorio para el perjuicio moral es de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.* (...) De acuerdo con estos parámetros, el promedio del valor correspondiente a un mes de privación de libertad, reconocido por la Sala, es de 5.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si se aplica dicho criterio temporal de cuantificación a la situación del señor José Rubiel Sánchez Sánchez, se tiene que el valor de la indemnización que debe reconocerse por su perjuicio moral es de 84.45 salarios mínimos

³⁶Al respecto, cabe ilustrar que el Consejo de Estado ha tenido en cuenta las condiciones personales del detenido, el tiempo de la detención, la congoja demostrada, otros asuntos ya decididos, etcétera. Cfr. 20 de febrero de 2008, radicado 15980, Sección Tercera, Consejo de Estado.

³⁷ Por regla general, la mayor intensidad se aprecia por la muerte de una persona.

legales mensuales vigentes. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el período de la detención (un año, cuatro meses y 20 días equivale a 16,56 meses) y multiplicarlo por el valor del promedio indicado."

De esa manera le corresponde a la Sala efectuar la operación correspondiente para el cálculo de la indemnización el cual se constituye en la conversión a meses del periodo de detención (6 meses y 18 días) es decir un total de 6,6 meses y multiplicarlo por el valor promedio indicado por el Consejo de Estado esto es 5,1 salarios por mes para un total de 33,66 Salario Mínimos legales mensuales vigentes. Este valor será el que se le reconocerá al señor LUIS PAJARO VASQUEZ en su calidad de víctima directa.

En lo que atañe a las víctimas indirectas, por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por el señor LUIS PAJARO VASQUEZ, por lo que la indemnización será inferior.

Se encuentra probado con los registros civiles de nacimiento aportados en original y copia auténtica, obrantes en los siguientes folios:

NOMBRE	PARENTESCO	REGISTRO CIVIL A FOLIO
Luis Felipe Pájaro Vásquez	Victima directa	Folio 195
Nelcy del Carmen Martínez Aguilar	Esposa de la víctima	NO HAY PRUEBA
Michely Katherine Pájaro Martínez	Hija menor de edad	Folio 176
Karen Paola Pájaro Martínez	Hija de la víctima	Folio 177
Mayerly Lucia Pájaro Martínez	Hija de la víctima	Folio 175
Manuel Francisco Pájaro Álvarez	Padre de la víctima	Folio 195
Elsa Marina Vásquez Ortega	Madre de la víctima	Folio 195
Leddys María Pájaro Vásquez	Hermana de la víctima	Folio 196
Fabio Rafael Palmera Vásquez	Hermano de la víctima	Folio 200
Miguel Santiago Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	Folio 199
Juan Carlos Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	Folio 197
José Francisco Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	Folio 198

Por consiguiente, se encuentran legitimados materialmente en la causa por activa, todos los demandantes, con excepción de la señora NELCY DEL CARMEN MARTINEZ AGUILAR, quien solicita indemnización en calidad de esposa del señor LUIS PAJARO VASQUEZ privado injustamente de la libertad, toda vez que no obra dentro del plenario prueba de la unión matrimonial entre esta y aquel.

Así las cosas, como la demandada no desvirtuó la presunción de la aflicción causada a los actores por la privación injusta de la libertad del señor Luis Pájaro Vásquez, la Sala tiene por establecido el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre que constituye un criterio de valoración; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho, sin embargo, en su estructura lógica – deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

Bajo esos criterios, la Sala encuentra razonable reconocer, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

NOMBRE	PARENTESCO	VALOR A RECONOCER
Luis Felipe Pájaro Vásquez	Victima directa	33 66 SMLMV
Michelly Katherine Pájaro Martínez	Hija menor de edad	16 83 SMLMV
Karen Paola Pájaro Martínez	Hija de la víctima	16 83 SMLMV
Mayerly Lucía Pájaro Martínez	Hija de la víctima	16 83 SMLMV
Manuel Francisco Pájaro Álvarez	Padre de la víctima	16 83 SMLMV
Elsa Marina Vásquez Ortega	Madre de la víctima	16 83 SMLMV
Leddys María Pájaro Vásquez	Hermana de la víctima	8 415 SMLMV
Fabio Rafael Palmera Vásquez	Hermano de la víctima	8 415 SMLMV
Miguel Santiago Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	8 415 SMLMV
Juan Carlos Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	8 415 SMLMV
José Francisco Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	8 415 SMLMV

Decisión

Se declarará responsable a la Nación– FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios causados al demandante por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor LUIS PAJARO VASQUEZ, y se la condenará al pago de las sumas indicadas en la parte motiva de esta providencia. Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO. DECLÁRASE PROBADA la excepción de **FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA** con respecto de la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR administrativamente responsable a la Nación– Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios ocasionados al demandante con la privación injusta de la libertad que hizo padecer al señor Luis Pájaro Vásquez.

TERCERO. Condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes cantidades de dinero:

❖ **Por concepto de perjuicios morales:**

NOMBRE	PARENTESCO	VALOR A RECONOCER
Luis Felipe Pájaro Vásquez	Víctima directa	33.66 SMLMV
Michelly Katherine Pájaro Martínez	Hija menor de edad	16.83 SMLMV
Karen Paola Pájaro Martínez	Hija de la víctima	16.83 SMLMV
Mayerly Lucia Pájaro Martínez	Hija de la víctima	16.83 SMLMV
Manuel Francisco Pájaro Álvarez	Padre de la víctima	16.83 SMLMV
Elsa Marina Vásquez Ortega	Madre de la víctima	16.83 SMLMV
Leddys María Pájaro Vásquez	Hermana de la víctima	8.415 SMLMV
Fabio Rafael Palmera Vásquez	Hermano de la víctima	8.415 SMLMV
Miguel Santiago Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	8.415 SMLMV
Juan Carlos Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	8.415 SMLMV
José Francisco Pájaro Sierra	Hermano de la víctima	8.415 SMLMV

CUARTO. Negar las demás pretensiones de la demanda

QUINTO. Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Sin costas por no haber constancia de actuaciones temerarias o con mala fe.

SÉPTIMO: La presente providencia sino fuere apelada, EXPIDASE copias auténticas con constancia de su ejecutoria y constancia de que presta merito ejecutivo.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

D D 001



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002

ACLARACION DE VOTO

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-004-2008-00728-00
Demandante : LUIS PAJARO VASQUEZ Y OTROS
Demandado : NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - OTROS

Se dejará constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, la suscrita Magistrada Ponente no comparte en su totalidad la línea jurisprudencial expuesta por el H. Consejo de Estado en la sentencia de Sala Plena que en esta sentencia se cita, en cuanto se refiere a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad que, finalmente, ha venido a evidenciarse como una responsabilidad de carácter objetivo en la que no hay lugar a efectuar ninguna clase de análisis diferente a los parámetros prefijados por la Corporación de cierre de la jurisdicción.

Partiendo desde el postulado contenido en el art. 90 Superior, la suscrita Magistrada estima que no en todos los casos en que una persona haya sido sometida a medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y finalmente resulte exonerado de responsabilidad penal mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, i) porque el hecho no existió, ii) porque el sindicado no lo cometió o, iii) porque la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado.

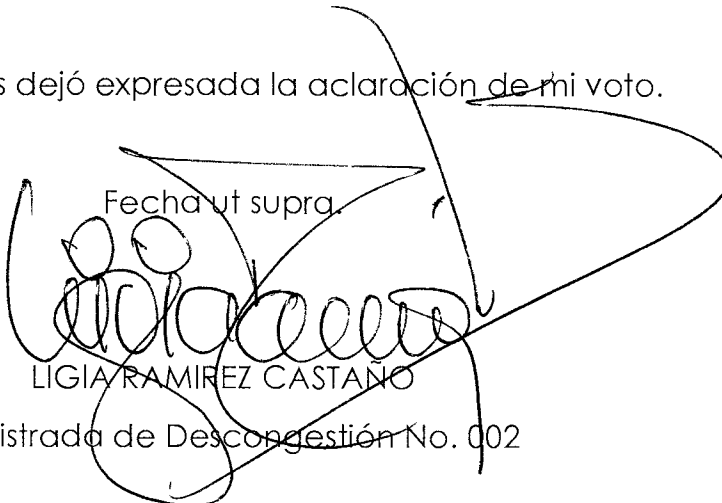
A diferencia de lo expuesto por el H. Consejo de Estado y por mis respetados colegas considero que se debe siempre evidenciar la ilegalidad de la medida de aseguramiento, pues en tanto la misma se haya adoptado dentro del marco legal, es decir, con soporte fáctico y probatorio que la

sustente, haya sido oportuna, preventiva o haya evitado un daño mayor al conglomerado social, dicha detención no debe ser calificada como injusta. Sin perjuicio de lo anterior, como quiera que el tema objeto de esta controversia se encuentra decantado por vía jurisprudencial, la suscrita Magistrada acogerá tales pronunciamientos, a título de precedente judicial, con base en el criterio de obligatoriedad que ello conlleva para los jueces de instancia, tal como se lee en el siguiente aparte de la sentencia C-836/01.

"... Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia".

En los anteriores términos dejó expresada la aclaración de mi voto.

Fecha ut supra.



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO
Magistrada de Descongestión No. 002



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1261
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPETICION
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO BOLIVAR
DEMANDADO	: MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2005-00115-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO(25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 378 a 393
(2. C)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: **Dr. Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 291 / 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., Veinticinco (25) de Octubre de dos mil trece (2013).

Tema: Carga de la prueba – requisitos para acción de repetición – pruebas aportadas en copias simples.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPETICION

Radicación: No. 13-001-23-31-004-2005-00115-00

II. PARTES

Demandante: MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO

Demandado: MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de acción de repetición instaurado por el MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO contra MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ.

IV. ANTECEDENTES

A- LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

“PRIMERA: Declarar económicamente, responsable al Sr. MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, de los perjuicios económicos causados al Municipio de Talaigua nuevo Bolívar, aquí demandante con motivo del pago irregular que tuvo que hacer el Municipio demandante, por dolo o culpa grave del señor: MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, de las Cesantías e indemnizaciones laborales astronómicas al señor ALBERTO MANCERA CHICA, ex alcalde Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar, con ocasión a relación laboral con el municipio y que fue condenado y conciliado en el proceso ejecutivo laboral presentado por ALBERTO MANCERA CHICA, a través de la abogada GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en el Juzgado Civil del Circuito de Mompox, radicado bajo el No 2003-292, y en el cual el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, tuvo que cancelar a este la suma de (\$160.424.509.56); lo cual se pudo evitar si hubiera obrado en derecho, oportuna y con una buena administración de parte del demandado.

SEGUNDO: Condenar al señor: MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, a pagar al Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, aquí demandante, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades a la sentencia de segunda instancia:

1. CIENTO SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE Y CUATRO MIL QUINIENTOS NUEVE PESOS CON 56/100 M.C. (\$160.424.509.56), para el Municipio demandante.
2. Los intereses de mora a la tasa legal o perjuicios que se causaron desde la época del pago de la suma anterior, al señor: ALBERTO MANCERA CHICA, ósea octubre 20, del 2004 y hasta el día del pago efectivo de la suma citada al

Municipio demandante por parte del demandado.

TERCERO: *Condenar al señor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, a pagar a favor del Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, los perjuicios materiales sufridos con ocasión al desgüeño administrativo y financiero que ocasiono el pago indebido e ilegal por culpa del demandado, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:*

- 1. El salario mínimo legal vigente al \$82.783.54, o sea la suma de (\$2.483.506.42) pesos mensuales, más un veinticinco (25%) de prestaciones sociales.*
- 2. La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.*

2. LOS HECHOS

Los hechos que cita la parte actora como fundamento de sus pretensiones son los siguientes:

1. "El señor LUIS ALBERTO MANCERA CHICA, fue elegido Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo, para el periodo enero 1° de 1998, a diciembre 31 del 2000, que al terminar su periodo constitucional, según certificación de fecha agosto 19/03, expedida por la señora BOLIVIA CASTRILLO SALAS, Jefe de Presupuesto Municipal de Talaigua Nuevo, se adeudaba por parte de este ente territorial por concepto de salarios dejados de pagar, cesantías definitivas y prestaciones sociales, la suma de VEINTE Y UN MILLON CUATROCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA MIL PESOS M.C. (\$21.409.970.00).

2. Que en los archivos que lleva la Alcaldía municipal de Talaigua Nuevo Bolívar, no existe prueba alguna documental donde conste que el señor ALBERTO MANCERA CHICA, hubiere solicitado con anterioridad a Septiembre 15 del 2003, la liquidación y

pago de sus Cesantías definitivas y prestaciones sociales, luego no se dieron los presupuestos procesales que fija los artículos 1 y 2 de la ley 244/95, para liquidar y ordenar pagar la sanción moratoria del salario diario. Por lo que el Alcalde municipal del periodo enero 1º/01, a diciembre 31 del 2003, abogado señor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, por culpa grave o dolo, omitió dictar dentro del término legal, la resolución correspondiente liquidando, reconociendo y ordenando pagar cesantías definitivas y prestaciones sociales, al ex alcalde ALBERTO MANCERA CHICA, y en septiembre 115 del 2003, de oficio dictó la resolución No. 120, liquidando y reconociendo las citadas en su totalidad como venían certificadas y denegó su pago por no tener los recursos para ello.

3. Contra la anterior resolución No. 120 de septiembre 15/03, el señor ALBERTO MANCERA CHICA, interpuso recurso de reposición en Septiembre 23 del 2003, solicitando reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria de la ley 244/95, desde enero 1º/01, hasta que se produzca su pago, haciendo un argumento in jurídico y de por si nefasto y que pareciera que se hubiera esperado tanto tiempo, pues no las solicito su pago conforme a la ley 244/95, ósea dentro del término legal, para llegar a una defraudación al disco municipal; por lo que infundadamente, sin tener en cuenta la buena fe, los argumentos expresados en la resolución No. 120/03, recurrida, la no solicitud de parte del recurrente del pago de estas dentro del término legal conforme a los art. 1 y 2 de la ley 244/95, y demás jurisprudencia y doctrina vigente, la Alcaldía Municipal en cabeza de su Alcalde Municipal, Abogado señor: MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, dictó la resolución No. 124, de septiembre 29/03, en la cual de forma que sus señorías deben verificar si fue dolosa o gravemente culposa, adicionó la resolución recurrida, reconociendo sin razón o fundamento legal alguno, la sanción moratoria al señor ALBERTO MANCERA CHICA, de que habla la ley 244/95, equivalente a un día de salario, por cada día de retardo desde que se hizo exigible la obligación y hasta que se produzca su pago; así mismo, reconoció factores no legales para esta liquidación administrativa, lo cual demuestra palmariamente un dolo o culpa

grave, POR CUANTO FUE SU CULPA GRAVE O DOLO NO HABER LIQUIDADADO, RECONOCIDO (SIC) Y PAGADO ESTAS CESANTIAS Y PRESTACIONES SOCIALES DENTRO DEL TERMINO LEGAL COMO ERA SU OBLIGACION LEGAL COMO ALCALDE MUNICIPAL DE LA EPOCA.

4. Ahora habiendo reconocido el pago de la obligación de la sanción moratoria, desde que se hizo exigible conforme el art. 2° de la ley 244 de 1995, después de los (45) días siguientes a la notificación de la resolución No. 124 del 2003, la cual fue notificada en Septiembre 30 del 2003, por cuanto no existe en los archivos de la alcaldía municipal de Talaigua Nuevo, constancia escrita de que el señor ALBERTO MANCERA CHICA, hubiese solicitado con anterioridad, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas y prestaciones sociales; por lo que la Sanción Moratoria, referida empezaría a causarse, solo (45) días siguientes a septiembre 29/03, ósea después del cuatro (4) de diciembre del 2003. Luego habiendo presentado demanda ejecutiva el señor ALBERTO MANCERA CHICA, a través de su apoderada judicial Sra. GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, ante el Juzgado Civil del Circuito de Mompox, en octubre del 2003, estos no debieron pedir o liquidar sanción moratoria de la ley 244/95, sino después de diciembre (4) del 2003, y no apropiarse indebidamente a favor de tercero de (\$88.100.504.83), ni cometer ANATOCISMO, o cualquier figura antijurídica que tipificara la Fiscalía Seccional de Mompox, al liquidar también intereses moratorios por la suma de (\$25.029.037.72), cantidades que fueron liquidadas conjuntamente por la apoderada del demandante citado y el apoderado del Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, abogado RAFAEL SEGUNDO PADILLA DE LA PEÑA, sin ningún escrúpulo y aprobadas sin verificación de su legalidad por el juez Civil del Circuito de mompox, señor DAIRO FUENTES TOSCANO, lamentablemente.

5. La ley 678/01, reglamentó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través del ejercicio de la Acción de Repetición o llamamiento en Garantía, con fines de Repetición.

6. En este detrimento al fisco Municipal de Talaigua Nuevo existió culpa grave o dolo de parte del abogado señor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, al dictar resolución No. 124 de septiembre 29/03, y al aceptar la transacción de su apoderado RAFAEL SEGUNDO PADILLA DE LA PEÑA, conjuntamente con la abogada del demandante, abogada Sra. GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, inflada y desproporcionada, que le causaron un detrimento económico grave al municipio y que este debe ser condenado a reparar, por eso solicito para el ente territorial Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, el equivalente en pesos de mil (10.000) gramos de oro.

7. Existe una relación de causalidad entre la falla del servicio que prestaba como alcalde y representante legal del Municipio de Talaigua nuevo, el daño causado a este Municipio por Culpa Grave o Dolo de su alcalde.

8. El señor, Gerente de la Sucursal Mompox- Bolívar, del Banco BBVA, señor FERNANDO ORTIZ GARCIA, en noviembre 8 del 2004, certificó que en estricto cumplimiento de la orden dada por el Juez Único Civil del Circuito de Mompox, a través de los oficios Nos. 1439, 1482 de diciembre 11 y 19 del 2003, dictadas dentro del proceso ejecutivo contra el Municipio de Talaigua Nuevo, del señor ALBERTO MANCERA CHICA, embargó la suma de (\$160.424.509.56), constituyéndolos en títulos de depósitos judiciales en el Banco Agrario Oficina de Magangue, que su último monto retenido para completar el (100%) de la suma citada, fue de (\$24.534.225.56), el día 20 de octubre del 2004; por lo que estamos dentro del término que indica el art. 8° de la ley 678 del 2001.

9. Se me ha conferido poder para iniciar la presente acción.”

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se señalan como fundamentos de derecho las siguientes disposiciones:

- Constitución Política Arts. 2°, 6°, 90.
- C.C.A. Art. 217 al 220
- Ley 678 del 2001.
- Invoco la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, vigente.

B. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada del demandado, contesto la demanda, por medio del escrito visible a folios 49 y siguientes del expediente, señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Así mismo propone la siguiente excepción de fondo:

INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR NO EXISTIR DOLO O CULPA GRAVÍSIMA EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA, ART. 164 C.C.A.

En análisis de los hechos del 2 al 8 que contienen la demanda del apoderado de la alcaldía de Talaigua Nuevo, se observan errores de interpretación de las normas que dieron fundamento a la transacción judicial a la que llegaron las partes, siendo el demandado el Municipio de Talaigua Nuevo, quien estuvo representado por el Dr. RAFAEL SEGUNDO PADILLA DE LA PEÑA y el demandante el señor ALBERTO MANCERA CHICA. Errada interpretación que pretende vender al Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, la idea que mi actuación estuvo afectada de dolo o en su defecto de culpa grave, por lo que de mi parte hago las siguientes precisiones al respecto:

Afirma el accionante que ALBERTO MANCERA CHICA, por no haber exigido sus prestaciones antes del 15 de Setiembre de 2003, no se dieron los presupuestos de los arts. 1 y 2 de la ley 244 del 95 y que soy responsable por dolo o culpa grave, debido que antes de esa fecha no efectué el reconocimiento y pago de las cesantías entre enero 1° de 2001 y la fecha en la que se ordenó la liquidación de las prestaciones sociales al patente. O obstante criticarme irresponsablemente por esta negativa, también lo hace

porque según su decir, el día 15 de septiembre de 2003 las liquide de oficio. Significa esto que no tiene claro si las cesantías se causan por reconocimiento rogado u oficioso, por lo que para él, en ambos casos hay dolo o culpa grave. Además sostiene que actué ilegalmente por que las reconocí tal y como venían certificadas por la Jefe de presupuesto, enfatizando que el solo reconocimiento de las cesantías no pone fin a la indemnización moratoria, sino el pago en su totalidad.

Referente a lo que la ley 244 de 1995 ha sostenido en materia de sanción moratoria, vale la pena aclarar la confusión del Dr. LOZANO CUELLO, manifestando que una situación es la que genera la obligación de cancelar las cesantías definitivas y prestaciones sociales a un ex empleado, de manera total y oportuna que es lo que encierra el imperativo legal de esta citada norma, concediendo términos de quince (15) y cuarenta y cinco (45) días, para liquidarlas y cancelarlas, y otra distinta es la que no se refiere a cancelarlas, si no a la obligación de liquidar y depositar de manera total y oportuna, las prestaciones y cesantías de un empleado activo, en el fondo nacional del ahorro o en cualquier otro fondo de los privados que existen legalmente constituidos en el país, de donde el empleado puede retirar los intereses o estos y sus cesantías cuando a bien lo tenga, que es el imperativo de la ley 344 de 1996, en armonía y pagar las cesantías se seguirán los postulados de los artículos 99,102, y 104 de la ley 50 del 90, para quienes se hayan vinculado al servicio público a partir del 31 de diciembre de 1996 y se afilien a los fondos privados de cesantías, y para los que lo hagan al Fondo Nacional del Ahorro, el proceso a seguir será el de la ley 432 de 1998, art. 5°.

Señala que el señor ALBERTO MANCERA CHICA no necesitaba solicitar por escrito el pago de sus cesantías para construir en mora al Municipio. Lo hizo fue para que se le liquidaran y cancelaran de manera directa, encontrándose que en el Municipio ningún empleado tenía sus cesantías depositadas en fondo alguno y que además tampoco existían las mismas en calidad de saldos, en las cuentas bancarias que el ente territorial maneja. La mora ya estaba configurada, pues ella se manifiesta como una situación de hecho. Así sigue estando el nominador respecto de personas que vienen laborando desde antes de entrar en vigencia la ley 244 de 1995.

Manifiesta que el señor apoderado del Municipio accionante, mas por ensañarse conmigo que por deber profesional, ha dicho que yo debí liquidarle y pagar las cesantías al señor MANCERA CHICA y que por no haberlo hecho actué dolosa y culposamente, pero no ha reparado lo ordenado por el art. 345 de la Constitución Nacional y la ley General del Presupuesto, compilada en el Decreto 111 de 1996 que me impedían cancelar obligaciones no presupuestadas en los acuerdos municipales de pago de mis tres vigencias. Tanto fue así que para poder conjurar las dificultades financieras y poder cancelar las cesantías de los años 2001 y 2002 a los empleados, tuve que acudir a un crédito en el BBVA Banco Ganadero de la ciudad de Mompóx, crédito que intento también lograr el actual alcalde de Talaigua Nuevo para cancelar las cesantías del 2003, como era su deber, pero por pretender incluir obligaciones que no constituían cesantías no le fue aprobado dicho crédito.

Vale recordar que la buena fe se presume y el dolo debe probarse y luego de analizar la situación financiera del Municipio de Talaigua Nuevo, en el año 2000, donde de cada giro bimestral de entonces, solo se podía cancelar

V. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia, fue presentada en la Oficina Judicial de esta ciudad el día 18 de enero de 2005 y fue admitida mediante auto de fecha nueve (9) de Septiembre de 2005 (folio 39), en el que se ordenó notificar personalmente al señor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, para tal efecto, se comisionó al Juzgado Civil Municipal de Mompox, librando el respectivo despacho comisorio con sus insertos.

Una vez cumplidas todas las notificaciones se continuó con la etapa de fijación en lista, término dentro del cual la parte accionada dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 49-56, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda.

Vencido el término de fijación en lista, mediante auto del 1° de Marzo de 2007 se abrió el proceso a pruebas, de conformidad con lo establecido por el art. 209 del C.C.A.,

ordenando tener como tales las documentales aportadas con la demanda y su contestación.

Más adelante, mediante auto de fecha quince (15) de agosto de 2012, se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar en un término común de diez días, y vencido este término se le diera traslado del expediente al señor Agente del Ministerio Público, para que emita concepto si eventualmente lo solicitara.

Finalmente ingresa el expediente al despacho para su pronunciamiento de fondo

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público, emitió concepto en este proceso, solicitando negar las pretensiones de la demanda, en razón de que consideró que la parte actora no acreditó en el plenario uno de los elementos esenciales de la acción de repetición para lograr el reconocimiento a su favor de las pretensiones de la demanda, esto es, la conducta dolosa o gravemente culposa del Agente del Estado.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el numeral 10° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia

Estudiada la demanda, se tiene que la parte demandante establece dentro de su cuantía estimada, en cuando a los perjuicios materiales la suma a la fecha de la

presentación de la demanda en más de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M.C. (\$200.000.000), porque el Municipio ha tenido perjuicios económicos al no poder disponer de estos dineros para cancelar otras obligaciones. Así las cosas, observa esta Sala de Decisión que la cuantía establecida por la parte demandante al momento de la presentación de la demanda, superaba el monto legalmente establecido en el artículo 132, numeral 10° del C.C.A, en consecuencia, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por razón del territorio y de la cuantía.

2. Caducidad

La presente acción de repetición fue iniciada en tiempo, pues el reconocimiento de las prestaciones sociales adeudadas al señor LUIS ALBERTO MANCERA CHICA, se hizo mediante las resoluciones No. 120 del 15 de septiembre de 2003 y resolución No. 124 del 29 de septiembre de 2003 expedidas por el Alcalde Municipal señor Manuel Clemente Cruz Goetz, mientras que el Acta de Transacción o acuerdo de voluntades suscrito entre la doctora GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en calidad de apoderada del señor ALBERTO MANCERA CHICA, y el doctor RAFAEL SEGUNDO PADILLA como apoderado del MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO, en los que se ordenó cancelar al demandante las sumas liquidadas por concepto de salarios y prestaciones actualizadas, con sus respectivos intereses moratorios, la suma de (\$51.399.068.73) y cancelar la sanción moratoria debida conforme lo dispone el artículo 2° de la ley 244 de 1995, tal y como venía liquidada hasta la fecha la suma de (\$88.100.504.83), dicho acuerdo de voluntades o Acta de Transacción fue suscrito entre las partes el día 17 de diciembre de 2003 y aprobado por el Juzgado Civil del circuito de Mompox, mediante proveído del 18 de diciembre de 2003 (folios 26 y 27), y la demanda se presentó el día 18 de enero de 2005, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que prevé el artículo 136 numeral 9 del C.C.A, para dicha acción.

3. Problema jurídico a resolver

Vistos los argumentos expuestos por la demandante, así como los expuestos por la parte demandada, la Sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en

determinar si la acción de repetición objeto de estudio, cumple con los presupuestos exigidos para su prosperidad?

4. Tesis de la Sala

Esta Sala negará las pretensiones de la demanda, por cuanto no fue probado por el demandante, el pago efectivo de la suma de dinero que a título de indemnización de perjuicios se obligó a cancelar, en virtud del acuerdo de transacción aprobado por el Juzgado civil del circuito de Mompox, siendo que la parte actora tenía la carga probatoria y el deber de aportar y probar todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos previstos y necesarios para la prosperidad de la acción de repetición.

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

↓ Evolución de la acción de repetición

Desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales de forma solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, ello fue parcial puesto que se circunscribió a la actividad contractual.

Posteriormente, el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena.

Contrario a la legislación anterior, no se constituyó una responsabilidad solidaria, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste.

La importancia de la responsabilidad de los servidores públicos se hizo tan relevante que trascendió del campo legal al constitucional y dio lugar a su

consagración en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Su tenor literal es el siguiente:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

El mandato del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001 que estableció tanto los aspectos sustanciales, tales como el objeto (artículo 1°), definición (artículo 2°), finalidades (artículo 3°), obligatoriedad (artículo 4°), presunciones de dolo y culpa grave (artículos 5° y 6°), como aspectos procesales (capítulo II) de la acción de repetición.

⚡ Naturaleza de la acción de repetición

La acción de repetición es una acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización, que ha debido reconocer a un particular en virtud de una condena judicial. Al respecto se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C- 778 de 2003:

“... la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado¹”.

Es una acción con pretensión eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, cuya finalidad es la protección del patrimonio público.

¹ Sentencia de 11 de septiembre de 2003 Radicado. D-4477. Actor: William León M. M.P. Jaime Araujo Rentería

⬇ Normatividad aplicable

La Sala advierte que los hechos que dieron lugar a la presente demanda sucedieron en el año 2003, fecha en la cual quedaron en firme las resoluciones de reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del señor Alberto Mancera Chica, y la del acta de transacción celebrada entre las partes y aprobada por el Juzgado civil del circuito de Mompox, en la cual se acordó cancelar al demandante las sumas liquidadas por concepto de salarios y prestaciones actualizadas con sus respectivos intereses moratorios, esto es, en sucedieron en vigencia de la expedición de la Ley 678 de 2001², por lo tanto, dicha norma es aplicable al presente caso.

⬇ Acción de Repetición - Elementos y requisitos de procedibilidad

En sentencia C - 619/02 de la Honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición se reconoció que dicha acción es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto que ha debido de pagar a modo de indemnización por los daños antijurídicos que haya causado un agente público³ y se establecieron como requisitos de procedibilidad los siguientes:

- *Que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;*
- *Que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público;*
- *Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.*

² ARTÍCULO 31. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias. La cual se surtió el 4 de agosto de 2001

³ "el medio judicial [idóneo] que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado

Por su parte el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado como elementos de la acción de repetición los siguientes⁴:

- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- El pago realizado por parte de la Administración; y
- La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

En donde, los tres primeros se ha reconocido son de carácter objetivo. Por su parte la calificación de la conducta del agente de gravemente culposa o dolosa, es de carácter subjetivo, por lo tanto, se debe analizar con base en la norma vigente en la fecha de presentación de la demanda, siendo estas los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001.

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; al amparo de los segundos, determinó asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su

⁴ 27 de noviembre de 2006. Exp. 18.440, 6 de diciembre de 2006. Exp: 22 189; 3 de diciembre de 2008. Exp: 24.241; 26 de febrero de 2009. Exp: 30.329; 13 de mayo de 2009 Exp: 25.694

ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares al interior del proceso.

De manera que, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos -artículos 6, 90, 121, 122 y 124 C. P.-.

5. Síntesis del Caso

La entidad demandante considera que el doctor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ es responsable patrimonialmente a título de culpa grave por la mora en la consignación y el pago extemporáneo de las cesantías definitivas e indemnizaciones laborales del señor ALBERTO MANCERA CHICA, Ex Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar, con ocasión a relación laboral con el Municipio, lo cual fue transado en el Proceso Ejecutivo Laboral presentado por el señor ALBERTO MANCERA CHICA, a través de la abogada GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en el Juzgado Civil del Circuito de Mompox, radicado bajo el No. 2003-292, y en el cual el municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, tuvo que cancelar a este la suma de (\$160.424.509.56), lo cual se pudo evitar si hubiera obrado en derecho, oportuna y con una buena administración de parte del demandado.

Lo anterior causó, a juicio de la parte actora, un detrimento patrimonial al Municipio de Talaigua Nuevo que se vio reflejado en el acuerdo de voluntades o Acta de Transacción, celebrado entre la doctora GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en

calidad de apoderada del señor ALBERTO MANCERA CHICA, y el doctor RAFAEL SEGUNDO PADILLA como apoderado del MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO, en los que se ordenó cancelar al demandante las sumas liquidadas por concepto de salarios y prestaciones actualizadas, con sus respectivos intereses moratorios, la suma de (\$51.399.068.73) y cancelar la sanción moratoria debida conforme lo dispone el artículo 2° de la ley 244 de 1995, tal y como venía liquidada hasta la fecha la suma de (\$88.100.504.83), dicho acuerdo de voluntades o Acta de Transacción fue suscrito entre las partes el día 17 de diciembre de 2003 y aprobado por el juzgado el 18 de diciembre del mismo año.

Por su parte el accionado se opone a las pretensiones de la demanda, y propone la excepción de fondo de Inexistencia de Responsabilidad por no existir Dolo o Culpa gravísima en la actuación administrativa, art. 164 C.C.A.

En cuanto a la imputación del daño a título de culpa grave o dolo, manifiesta que el actor fungió como Alcalde Municipal del periodo enero 1° de 2001 a diciembre 31 del 2003, por culpa grave o dolo, omitió dictar dentro del término legal, la resolución correspondiente liquidando, reconociendo y ordenando pagar las cesantías definitivas y prestaciones sociales al Ex Alcalde ALBERTO MANCERA CHICA, y en Septiembre 15 del 2003 de oficio dictó la resolución No. 120, liquidando y reconociendo las citadas en su totalidad como venían certificadas y denegó su pago por no tener los recursos para ello.

Contra la anterior resolución No. 120 de septiembre 15/03, el señor ALBERTO MANCERA CHICA, interpuso recurso de reposición en Septiembre 23 del 2003, solicitando reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria de la ley 244/95, desde enero 1°/01, hasta que se produzca su pago, haciendo un argumento in jurídico y de por sí nefasto y que pareciera que se hubiera esperado tanto tiempo, pues no las solicito su pago conforme a la ley 244/95, ósea dentro del término legal, para llegar a una defraudación al disco municipal; Por lo que infundadamente, sin tener en cuenta

la buena fe, los argumentos expresados en la resolución No. 120/03, recurrida, la no solicitud de parte del recurrente del pago de estas dentro del término legal conforme a los art. 1 y 2 de la ley 244/95, y demás jurisprudencia y doctrina vigente, la alcaldía Municipal en cabeza de su Alcalde Municipal, Abogado señor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, dictó la resolución No. 124, de septiembre 29/03, en la cual adicionó la resolución recurrida, reconociendo sin razón o fundamento legal alguno, la sanción moratoria al señor ALBERTO MANCERA CHICA, de que habla la ley 244/95, equivalente a un día de salario, por cada día de retardo desde que se hizo exigible la obligación y hasta que se produzca su pago; Así mismo, manifiesta la parte actora que se reconoció factores no legales para esta liquidación administrativa, lo cual demuestra palmariamente un dolo o culpa grave, por cuanto fue su culpa grave o dolo no haber liquidado, reconociendo y pagando estas cesantías y prestaciones sociales dentro del término legal como era su obligación legal como alcalde municipal de la época.

Ahora bien, teniendo en cuenta los elementos de la acción de repetición establecidos con anterioridad, a continuación se hará una relación de los medios probatorios allegados para demostrar los mismos.

- Copia simple de la resolución No. 120 de fecha 15 de septiembre de 2003, expedida por el alcalde Municipal señor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, por medio del cual se reconoció la deuda contraída con el doctor ALBERTO MANCERA CHICA, por concepto de sueldos, cesantías, intereses de cesantías y vacaciones, por la suma de VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS (\$21.409.970, y se le negó el pago de la misma por no haber los recursos para la cancelación de esta obligación (fl. 11-12)
- Copia simple de certificado expedido por la jefe de presupuesto señora BOLIVIA CASTRILLO SALAS, ante el Municipio de Talaigua Nuevo- Bolívar,

donde consta que el Municipio de Talaigua Nuevo, le adeuda al señor Alberto Mancera Chica un total de \$21.409.970, por concepto de cesantías, intereses cesantías, vacaciones y otros emolumentos que constan en dicho certificado.(fl. 13)

- Copia simple de la resolución No. 124 de fecha 29 de septiembre de 2003, expedida por el Alcalde Municipal señor MANUEL CLEMENTE CRUZ GOEZ, por medio del cual se adiciona la resolución No. 120 del 15 de septiembre de 2003, en el que quedara así: reconózcase la deuda contraída con el doctor Alberto Mancera Chica, por concepto de sueldo, cesantía, intereses de cesantías y acciones, por la suma de VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS M/L (\$21.409.970.), se le reconoció la indemnización moratoria al Doctor Alberto Mancera Chica, por el no pago oportuno de las cesantías en los términos establecidos por la ley 244 de 1995, sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde que se hace exigible hasta que se produzca su pago, y deniegan el pago de las obligaciones reconocidas anteriormente, por no existir los recursos para la cancelación de esta obligación.(fls. 14-15)
- Copia simple del recurso de reposición, para que se adicione la resolución No. 120 del 15 de septiembre de 2003, y se reconozca y ordene el pago de la sanción moratoria, establecida por la ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de mis cesantías. (fls.16-17)
- Copia simple del acuerdo de voluntades o Acta de Transacción, celebrado entre la doctora GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en calidad de apoderada del señor ALBERTO MANCERA CHICA, y el doctor RAFAEL SEGUNDO PADILLA como apoderado del MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO, en los que se ordenó cancelar al demandante las sumas liquidadas por concepto de salarios y prestaciones actualizadas, con sus respectivos intereses moratorios, la suma de (\$51.399.068.73) y cancelar la sanción moratoria debida conforme

lo dispone el artículo 2° de la ley 244 de 1995, tal y como venía liquidada hasta la fecha la suma de (\$88.100.504.83), dicho acuerdo de voluntades o Acta de Transacción fue suscrito entre las partes el día 17 de diciembre de 2003. (fls. 18-25)

- Copia simple de la aprobación de la transacción, celebrado entre la doctora GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en calidad de apoderada del señor ALBERTO MANCERA CHICA, y el doctor RAFAEL SEGUNDO PADILLA como apoderado del MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO, proferida por el Juez Civil del Circuito de Mompox, el día 18 de diciembre de 2003. (fl. 26-27)
- Certificado expedido por el Gerente del Banco BBVA Oficina Mompox, donde consta que en estricto cumplimiento a las instrucciones impartidas por el Juzgado, se embargó la suma de \$160.424.509.56, constituyéndose en títulos de depósito judicial en el Banco Agrario de la ciudad de Magangué. (fl. 10)

6. Caso Concreto

El artículo 168 del C.C.A., refiriéndose a las pruebas admisibles en los procesos contenciosos administrativos hace una expresa remisión a la normatividad del Código de Procedimiento Civil, así en su artículo 253 establece que estos podrán allegarse en original o en copia, la cual puede consistir en una transcripción o en una reproducción mecánica del documento y, si se trata de copias, según el artículo 254 *Ibídem*, éstas tendrán el mismo valor probatorio que los originales sólo en los siguientes casos:

1. *Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en cuyo despacho se encuentre el original o la copia autenticada,*
2. *Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente y,*

3. Cuando sean compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de una inspección judicial.

En sentencia C-023 del 11 de febrero de 1998, al declarar exequibles los numerales 2° del artículo 254 y 3° del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Constitucional aclaró que:

“Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.

Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial”.
(Resaltado no original).

De manera que los documentos públicos o privados allegados a un proceso deben serlo en original o en copia auténtica para que puedan ser considerados como elementos de prueba válidos y, en consecuencia, susceptibles de valoración⁵.

Ahora bien, la entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia

⁵ Ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de febrero 25 de 2009, Exp. 33736

debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto⁶.

En el escrito de demanda se aportó copia simple del acuerdo de voluntades o Acta de Transacción, celebrado entre la doctora GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en calidad de apoderada del señor ALBERTO MANCERA CHICA, y el doctor RAFAEL SEGUNDO PADILLA como apoderado del MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO, en los que se ordenó cancelar al demandante las sumas liquidadas por concepto de salarios y prestaciones actualizadas, con sus respectivos intereses moratorios, la suma de (\$51.399.068.73) y cancelar la sanción moratoria debida conforme lo dispone el artículo 2° de la ley 244 de 1995, tal y como venía liquidada hasta la fecha la suma de (\$88.100.504.83), dicho acuerdo de voluntades o Acta de Transacción fue suscrito entre las partes el día 17 de diciembre de 2003, así como la Copia simple de la aprobación de la transacción, celebrado entre la doctora GLORIA ISABEL OSORIO SAYETH, en calidad de apoderada del señor ALBERTO MANCERA CHICA, y el doctor RAFAEL SEGUNDO PADILLA como apoderado del MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO, proferida por el Juez Civil del Circuito de Mompox, el día 18 de diciembre de 2003⁷.

En el caso *sub examine*, observa esta Sala que la entidad demandante aporta las resoluciones de reconocimiento de estas prestaciones sociales, y copia del acuerdo de voluntades o acta de transacción señalado anteriormente, así como copia de la aprobación de esta acta de transacción.

Al entrar a dar valor probatorio a las anteriores pruebas documentales observa la Sala que fueron aportadas por el apoderado del demandante en copia simple lo que en principio haría que carezcan de valor probatorio por no cumplir con las reglas del art. 254 del C.P.C.

⁶ Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007. Expediente: 30.327. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra

⁷ Folio 18-27

Ahora bien, sobre las pruebas documentales aportadas en copia simple el H. Consejo de Estado⁸ ha manifestado:

La Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la contraparte, y especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

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.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). Actor: RUBEN DARIO SILVA ALZATE. Demandado: NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que la sección C de la sección tercera ha privilegiado en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena destacar.”

Con base en el anterior criterio jurisprudencial, a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el art. 254 de la ley procesal civil, la Sala dará valor probatorio a los documentos antes referenciados y que fueron aportados en copias simples por la parte actora, con fundamento en el principio de la buena fe y el de lealtad procesal, y en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia, toda vez, que no se evidencia dentro del plenario que las mismas hayan sido tachadas o controvertidas por la parte demandada al momento de contestar la demanda, silencio que para la Sala es suficiente para demostrar el reconocimiento efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta al demandante por medio de las resoluciones Nos. 120 y 124 de 2003, y el Acta de Transacción suscrita entre las partes, ya que es la misma

Administración la que aporta sus propios documentos en copia simple, y al hacer entrega de ellos los reviste con su propia presunción de legalidad.

Pero pese a que la parte actora demostró la existencia de la obligación a favor del señor ALBERTO MANCERA CHICA y la transacción en virtud de la cual se ordenó cancelarla, no pasa lo mismo con la constancia del pago efectivo de lo transado, donde conste además el recibido por parte del beneficiario de la obligación o un documento donde el beneficiario manifieste que recibió a entera satisfacción por parte de la entidad demandante, pago alguno por concepto de las prestaciones sociales, las cuales acordaron pagar en el acta de transacción o acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, pues esta última circunstancia no se encuentra demostrada dentro del plenario.

Con relación a la anterior exigencia para la prosperidad de la acción de repetición, el H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2007, manifestó que no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación, al respecto dijo esa Corporación:

“La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario. El pago, en los términos del artículo 1.626 del Código Civil, es la prestación de lo que se debe y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.757 ibídem. Conforme a lo anterior, no basta que la entidad pública aporte

documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación. En efecto, en los juicios ejecutivos, según la ley procesal civil, las obligaciones de pago requieren de demostración documental que provengan del acreedor, circunstancia que en esos casos, permite la terminación del proceso por pago. Tal exigencia resulta procedente en los juicios de repetición, en consideración a que al ser su fundamento el reembolso de la suma de dinero pagada a un tercero, se parte de la base de la existencia previa de una deuda cierta ya satisfecha⁹. (Negritas fuera de texto).

En ese mismo sentido, la reciente Jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

“En el caso en comento, no se encontraron documentos adicionales que permitan comprobar paz y salvo, constancia o certificación del acreedor de que hubiese sido cancelada la totalidad obligación y por lo tanto, la misma se encuentra extinguida, de forma como lo menciona la sentencia del 11 de febrero de 2009 Exp. 29.926 del Consejo de Estado, en la cual se expresó:

“... Se debe precisar que la sola constancia o de pago expedida por la propia entidad pública deudora no constituye prueba suficiente de la realización del mismo, pues una certificación así no acredita que efectivamente la obligación hubiese sido realmente extinguida mediante la correspondiente cancelación de una determinada suma de dinero a favor del acreedor...”

Ahora bien, se ha puntualizado por parte de la Sección Tercera que de acuerdo con el artículo 1625¹⁰ del Código Civil, se establece una enumeración, no

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 26 de noviembre de 2006; Exp. 25.749, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Demandante: NACION, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Demandado: DAVID TURBAY TURBAY.

¹⁰ Artículo 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o parte 1) Por la solución o pago efectivo. 2) Por la novación. 3) Por la transacción. 4) Por la remisión. 5) Por la compensación.

taxativa, de los modos de extinción de las obligaciones dado que toda obligación esta llamada a ser cumplida y por lo tanto, a extinguirse a través de la ejecución de la prestación debida¹¹. Dentro de ese listado previsto en la norma está contemplado el pago¹², modo de extinción de la obligación entendido como la ejecución total de la prestación debida. Es decir, para que exista el pago es menester la preexistencia de una obligación entendida como el vínculo jurídico existente entre dos sujetos de derecho, en la cual se busca la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor a través de la materialización de una prestación¹³ de dar, hacer o no hacer (*dare, facere y prestare*).

Conforme a lo anterior, en los términos del artículo 1626 del Código Civil, el pago es la ejecución de la prestación debida y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1757¹⁴ ibídem. En consecuencia, no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza en relación con la extinción de la obligación.

Y tal como lo ha manifestado la Sección

“En materia probatoria, a pesar de la consagración del principio de libertad probatoria y de apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba por excelencia del pago es, de conformidad con nuestro Código Civil, la carta de pago,¹⁵ y en derecho comercial, el recibo¹⁶, documentos que reflejan que la obligación fue satisfecha.¹⁷ (...)”¹⁸.

6) Por la confusión. 7) Por la pérdida de la cosa que se debe. 8) Por la declaración de nulidad o por la rescisión 9) Por el evento de la condición resolutoria. 10) Por la prescripción.

¹¹ Entendiéndose que la ejecución de la prestación debida – pago- no es la única forma de extinción de la obligación pero sí es la que encierra una mayor relevancia, dado que existen otros modos que tienen como finalidad finiquitar la obligación como la novación, la transacción, la remisión etc.

¹² Artículo 1626 del Código Civil. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

¹³ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.

¹⁴ Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

¹⁵ Artículos 1628, 1653, 1654 y 1669 del Código Civil.

¹⁶ Artículos 877 y 1163 del Código de Comercio

Por su parte, en reiterada jurisprudencia de la Sala, se ha indicado que el pago puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba, lo esencial es que el elemento de convicción, permita inferir que la obligación ha sido efectivamente satisfecha, esto es, que no exista duda alguna en relación con el hecho de que el beneficiario de la condena ha recibido lo adeudado y, a tal efecto, el interesado puede, bien allegar el documento pertinente suscrito por quien recibió el pago en el cual conste tal circunstancia o bien el paz y salvo expedido por el beneficiario o la declaración de éste en el mismo sentido.

A este respecto la Sala ha precisado¹⁹:

“(...) Lo anterior, por cuanto quien alega haber efectuado un pago, debe probar plenamente que así fue (art. 1626 y 1757, C.C.)²⁰, siendo insuficiente su sola afirmación en tal sentido; conforme lo dispone el C.P.C. (art. 232), en principio la prueba de los pagos realizados debe constar por escrito²¹, pero en casos como el presente, no basta que la entidad pública, parte demandante en el proceso, interesada en obtener la condena del demandado, aporte documentos emanados de sus propias dependencias, tales como el acto administrativo de reconocimiento de la obligación, la liquidación de la misma y la orden de pago al acreedor o beneficiario, si en ellos no consta la manifestación expresa de éste sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación.

“En las anteriores circunstancias, y ante la ausencia de la prueba del pago efectivo de la indemnización a la que fue judicialmente condenada la entidad demandante, requisito que es fundamental para la prosperidad de las pretensiones, como que es el que habilita a la Administración para repetir en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, resulta imposible acceder a las mismas (...)”²². (Subrayado por la Sala)

¹⁷ El Inciso segundo del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, señala que “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”

¹⁸ Sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente: 18621.

¹⁹ Sentencia del 11 de febrero de 2010, expediente: 16458.

²⁰ Art. 1626: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

Art. 1757 “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”.

²¹ Art 232: “(.) Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”

²² Sentencia de 27 de noviembre de 2006, expediente: 29002.

En el mismo sentido se pronunció la Sala en reciente sentencia del 8 de julio de 2009²³:

“...En relación con el caso concreto es necesario resaltar, tal y como se expuso en sentencia proferida por la Sala el 1º de octubre de 2008²⁴, que si la responsabilidad cuya declaratoria se pretende se deriva directamente del pago de una condena judicial por parte la entidad pública por razón de la actuación dolosa o gravemente culposa de los demandados, lo mínimo que se debe acreditar es la realización efectiva de dicho pago, para lo cual se requiere una constancia de la cancelación de la indemnización que hubiere emanado de la beneficiaria y/o acreedora que hubiere recibido dicho pago, (...) pues dicha prueba constituye el elemento determinante para la procedencia de esta clase de acciones, dado que el pago concreta el daño que da origen a la acción”.

Empero, la entidad demandante en el *sub lite*, no podía pretender acreditar el pago solamente con la resolución y copia del comprobante de egreso expedido por la entidad, no dando cuenta de que se haya producido el pago efectivo de la condena, pues tales documentos, no acreditan que efectivamente la obligación hubiese sido extinguida por la entrega real de determinada suma de dinero; resultando entonces necesario que el acreedor originario dé cuenta del pago.

Es decir, la mera certificación, constancia o manifestación que expide el deudor aseverando que realizó el pago, no es prueba idónea y suficiente del mismo, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma²⁵.

²³ Sentencia del 8 de julio de 2009, expediente: 22120

²⁴ Sentencia 1º de octubre de 2008, expediente: 22 613

²⁵ A juicio de la Sala, los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituyen prueba suficiente para acreditarlo, máxime si se tiene en consideración la trascendencia que reviste el pago efectivo y total -no sólo como presupuesto material de la sentencia estimatoria, sino, incluso, para los efectos mismos de computar el término de caducidad-, cuando se trata de instaurar una acción de repetición, buscando real y seriamente la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda”. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 16887

De lo anterior se concluye, que la parte demandante dejó completamente huérfana la prueba del tercer requisito para la prosperidad de la acción de repetición, incumpliendo así la carga procesal de acreditar los supuestos de hecho de la demanda referidos al pago, por consiguiente, no es dable estudiar el último requisito debiendo soportar los efectos jurídicos de la omisión en tal sentido.”²⁶

Teniendo en cuenta lo anterior y considerando que la carga procesal, consiste en allegar copia auténtica de los actos administrativos que reconocieron una deuda contraída entre el Municipio de Talaigua Nuevo y el señor Alberto Mancera Chica, así como el Acta de Transacción suscrita entre los citados anteriormente, es requisito de procedibilidad de la acción, tal cual lo ha dispuesto la ley y la jurisprudencia, y a su vez el pago realizado por la entidad demandante no está acreditado dentro del expediente y no consta en el mismo el recibido del beneficiario a entera satisfacción tal y como así lo señala la Jurisprudencia citada anteriormente proferida por el Honorable Consejo de Estado, estima la Sala que la presente demanda no está llamada a prosperar por insuficiencia probatoria²⁷, no siendo viable el estudio de los demás requisitos para la procedencia de la declaratoria de responsabilidad en el marco de la acción de repetición.

En virtud de las anteriores razones se negarán las pretensiones de la demanda.

7. Condena en costas

²⁶ Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia de fecha seis (6) de marzo de 2013, Consejero Ponente. Dr Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 0500-12-33-1000-2002-01545-01 (42 920)

²⁷ MP Ruth Stella Correa Palacio, Exp: 24.844, 3 de octubre de 2007 “De ahí que en aplicación de lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, las condiciones objetivas para que proceda la acción de repetición, como se señaló en esta providencia, consisten en que el Estado haya sido condenado o visto compelido conforme a la ley a la reparación de un daño antijurídico, y que se haya pagado el perjuicio o indemnización impuesto en la condena, todo lo cual debe ser acreditado en el plenario por la entidad pública demandante en el proceso, mediante el aporte de copias auténticas de la sentencia ejecutoriada y copias auténticas de los actos administrativos y demás documentos o pruebas idóneas que demuestren la cancelación de la indemnización del daño, de lo contrario, esto es, si no se cumplen esas dos condiciones y no se acreditan en forma legal dentro del proceso, el Estado no puede ni tiene la posibilidad de sacar avante la acción contra el agente estatal y menos aún la jurisdicción declarar su responsabilidad y condenarlo a resarcir”

M P. Enrique Gil Botero, Exp. 16 335, 13 de noviembre de 2008. “Considerando que la existencia de una condena previa en contra de la entidad estatal, se erige como presupuesto necesario para la procedencia y prosperidad de la acción de repetición, se debe tener en cuenta que dicha condena se constata con la expedición de una sentencia judicial”

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no habrá condena en costas.

VIII. DECISION

Sin que se precise de más consideraciones, la Sala especial de descongestión No.003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: No hay condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1262
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: BLUE CARGO S.A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2010-00033-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTE (20) DE SEPTIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

P. 344 a 352
(2.0)



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

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 254-2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., Veinte (20) de Septiembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Incumplimiento tránsito aduanero – finalización del régimen con menos mercancía.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13-001-33-31-004-2010-00033-01

II. PARTES

Demandante: BLUE CARGO S.A.

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha nueve (09) de junio de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

1.1 Se decrete la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 000966 del 16 de mayo de 2009, expedida por la División de Gestión y Liquidación Aduanera, por medio de la cual se impone una sanción a un transportador en el régimen de tránsito aduanero.

- Resolución No. 001770 del 3 de septiembre de 2009, proferida por la División de Gestión Jurídica Aduanera, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto en contra de la Resolución No. 000966 del 16 de mayo de 2009, confirmándola en todas sus partes.

1.2 Como consecuencia de las declaraciones de los numerales precedentes se restablezca el derecho de la accionante ordenando a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- la devolución de las sumas de dinero que hubiere recaudado por el cobro ante la jurisdicción coactiva que iniciare en contra de la accionante por la suma de \$30.359.000,00, y que al momento del pago se actualice dicha suma de acuerdo con el IPC más un 6%, desde el momento en que dicha suma se abone a la DIAN, hasta la fecha en que efectivamente se reembolse el pago.

2. HECHOS

La Aduana de Cartagena autorizó la continuación de viaje 010907M000252 de marzo 2 de 2007 al operador de transporte multimodal Blue Cargo S.A, con destino al depósito Alpopular en Medellín.

Mediante auto de apertura 51518 la demandada estableció como presunta falta cometida por la parte actora, entregar la mercancía objeto de tránsito con menos peso

(Art. 497, num. 3.1.1. Dec. 2685/99).

Mediante Requerimiento Especial Aduanero 000035 de febrero 27 de 2009, fue propuesta sanción a Blue Cargo S.A. en cuantía de \$30'359.000, por la falta arriba señalada. Dicho requerimiento fue respondido el 25 de marzo de 2009.

Mediante Resolución 000966 de mayo 26 de 2009, la demandada le impuso sanción a la actora que ascendió a \$30'359.000, por cometer la falta contenida en el art. 497, numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999, ordenando además hacer efectiva la póliza.

Contra el anterior acto administrativo fue interpuesto recurso de reconsideración el día 23 de junio de 2009, el cual fue resuelto de manera adversa mediante Resolución 001770 del 3 de septiembre de 2009, que fue notificada el día 8 de septiembre de 2009.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

Artículos 6, 13 y 29 C.N.; artículos 1°, 94, 369 y 497 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 2009; Circular 0188 de julio de 2000 del director de Aduanas; Oficio 041451 de julio 5 de 2002 de la subdirectora de comercio exterior; Resoluciones 02200 de marzo 25 de 2003, 1250 de 2005 y 08046 de julio 21 de 2006 expedidas por el director de la DIAN; artículos 165 numerales 1° y 2° C.C.A.; y 152 C.P.C.

3.1 Violación al derecho de defensa.

Alega el demandante que en los actos acusados, a pesar de haber atendido todos los argumentos presentados con la respuesta al requerimiento especial aduanero, no se le reconoció personería al abogado, ni se ordenó la notificación del apoderado.

3.2 La mercancía llegó a su destino completa.

Resalta que la anotación hecha en la aduana de destino evidencia el incumplimiento de la normatividad aduanera por parte de las personas que elaboraron el acta de inconsistencias, porque no contaron las piezas que venían en el contenedor sino que contaron solamente las cajas.

En la declaración de continuación de viaje se anotaron 2.339 piezas, en tanto que en la aduana de destino se refieren a 569 cajas, por consiguiente es obvio que al no contar el mismo parámetro, es imposible que coincidan las cantidades. En conclusión a firma la demandante que la mercancía llegó completa, pues en cada una de las declaraciones de importación se dejó constancia que llegaron 569 cajas, para un total de 2339 piezas.

3.3 Nulidad por falta de competencia.

Manifiesta el demandante que la administración de aduanas competente para imponer la sanción era la del domicilio de la sancionada, por consiguiente la aduana competente era la de la ciudad de Bogotá, y no la de Cartagena.

B. LA CONTESTACION (Folio 70 a 83)

La entidad demandada presentó contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma, manifestando que las normas aplicadas en los actos acusados fueron interpretadas en forma adecuada, además de ello se opuso a los cargos de violación sustentados por el demandante. A continuación nos referiremos al análisis de los cargos de violación que realizó la entidad demandada.

Indicó que una vez llegó la mercancía a la aduana de destino se procedió a contar el número de bultos, en donde se encontró un faltante de 1770 unidades, tipificándose la sanción contemplada en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, pues la mercancía

declarada no correspondió exactamente a la recibida en la aduana de destino, pues existió un faltante de cajas.

Sobre la falta de reconocimiento de personería al abogado de la demandante en el trámite administrativo y la falta de notificación de la sanción, alegó la DIAN que las decisiones fueron notificadas en debida forma. Con relación a la falta de competencia de la aduana de Cartagena para conocer del proceso sancionatorio, argumentó la DIAN, que en aplicación del artículo 6, numeral 2 de la Resolución No.8046 de 2006, la competencia corresponde a la aduana en donde se presentó la declaración de importación, exportación y tránsito aduanero.

En conclusión para la demandada el solo hecho de existir un faltante de mercancía al momento de su verificación en la aduana de destino, es motivo suficiente para declarar la responsabilidad aduanera de la sociedad demandante.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 284 a 304)

En la sentencia de primera instancia él A quo concedió las pretensiones de la demanda, pues consideró que se encuentra acreditada la ilegalidad de los actos atacados, dado que la DIAN no logró demostrar el faltante de la mercancía, pues se debe entender que las 2339 piezas declaradas se encontraban en las 569 cajas que venían en el contenedor.

La juez de instancia consideró en la providencia apelada entre otras cosas lo siguiente:

“Las piezas procesales, que conforman el expediente administrativo, como antes se dijo, al ser analizadas de manera conjunta y razonada conforme con las reglas de la sana crítica probatoria, demuestran que al Operador de Transporte Multimodal Blue Cargo S.A. le fue autorizada continuación de viaje para transportar mercancía

consistente en 2339 piezas (Muebles) tales como sillas, mesas, etc. Dicha mercancía estaba empacada en 569 cajas, que fueron transportadas dentro de un contenedor de 40 pies hasta el depósito ALPOPULAR de la ciudad de Medellín.

Al llegar la mercancía al depósito, se contabilizaron las 569 cajas, pero no fue verificado el contenido de las mismas, como quedó consignado en la planilla de recepción de mercancías, muy a pesar que la Continuación de Viaje No. 0610907M000252 del 2 de marzo de 2007 decía que se trataba de 2339 piezas. El supuesto faltante de 1770 piezas jamás existió, dado que ello resulta de restar 2339 a 569; sin embargo, tal operación aritmética no era del caso aplicarla, pues se referían a dos aspectos distintos, a saber: 2339 fue el número de piezas o artículos que integraban la mercancía, es decir la mueblería transportada. 569 fueron las cajas en las cuales iban empacadas las 2339 piezas.

La falta se hubiera establecido por mera sustracción de las cifras señaladas, como lo hizo la DIAN, sólo si plenamente se hubiera establecido que dentro de las 569 cajas estaban contenidas 569 piezas, en lugar de las 2339 autorizadas en la continuación de viaje; pero como ello no ocurrió, se está ante la inexistencia de la falta por la cual fue sancionada la demandante.

Llama igualmente la atención que si faltaba una cantidad aproximada al 75% de la mercancía (1770 piezas), como lo sostuvo la DIAN, era lógico que el peso de la mercancía hubiera disminuido sustancialmente, en proporción al faltante. Sin embargo, al ser pesada la mercancía en el depósito, arrojó un resultado muy similar al registrado cuando fue autorizada la continuación de viaje, pues de 8488 bajó a 8350, es decir, una diferencia de escasos 138 Kgs.

En virtud del principio de presunción de inocencia, no era dable imponer sanción a la empresa demandante, dado que no estaba demostrada plenamente la ocurrencia de la falta. Antes por el contrario, lo que estaba plenamente demostrado era el arribo

completo de la mercancía, sin perjuicio de las 5 cajas que llegaron con abolladuras según consta en el acta de inconsistencias.

Consecuente con lo anterior, no era justo que el operador de transporte multimodal soportara las consecuencias de la omisión en la verificación del contenido de la mercancía, pues ese no era su deber, como si lo era la entrega completa de la mercancía, junto con los documentos de viaje en el lugar y dentro del plazo establecido por la autoridad aduanera.

Queda plenamente demostrado entonces que la actora no cometió la falta por la cual fue sancionada, en la medida que la misma no existió. Así pues los actos demandados están viciados de nulidad.

Constituyendo la prosperidad del anterior cargo motivo suficiente para anular los actos demandados y ordenar el restablecimiento del derecho deprecado, se abstendrá el Despacho de hacer valoraciones adicionales en aras de la economía procesal.”

D. LA APELACION (Folio 306 a 314)

El recurso de apelación fue presentado por la apoderada de la parte demandada, quien solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la misma. Indica la apelante en su recurso que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, en razón a que los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho.

Concretamente argumenta la apelante que no está de acuerdo con la teoría de la juez de primera instancia, de exigir como presupuesto para que se configure la infracción, que la DIAN entre a verificar la cantidad de mercancía que se anuncia en la

continuación de viaje, pues ello generaría una congestión muy grande en la aduana de partida, aduana en la cual se recibe la mercancía del exterior.

Es decir que la regla general es que en materia de tránsito aduanero y por tanto de continuaciones de viaje, que la DIAN no realice inspección administrativa. Por tanto no puede exigirse por parte del Juzgado la verificación real y material de la mercancía, para configurar la falta, pues entonces en la gran mayoría de los casos, la infracción contenida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del decreto 2685 de 1999, no podría tipificarse.

Además de lo anterior argumenta el apelante que debido al alto número de Continuación de Viajes tramitadas ante esta Aduanas, se estaría obstaculizando el comercio exterior, el cual lleva implícito un principio de agilidad y de la ganancia unida a ella. Es decir la DIAN de Cartagena se convertiría en un cuello de botella para todos los agentes comerciales que decidieran traer la mercancía por vía marítima, para luego llevarla en tránsito hacia las ciudades interiores del país. Lo anterior contraría el sentido mismo de la existencia de la DIAN, la cual debe controlar, sí, pero sin perder su visión de servicio.

También indica que los Operadores de Transporte Multimodal, poseen una doble calidad de transportadores y declarantes, lo cual los sitúa como auxiliares la función administrativa de la DIAN; impidiendo que se cataloguen como convidados de piedra en la ejecución de la continuación de viaje, y muy por el contrario debe dárseles la responsabilidad recíproca en la atestación que hacen de la información de la operación.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. TRÁMITE PROCESAL

Segunda instancia:

- Por auto 18 de enero de 2012, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 11 de abril de 2012, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sanciona al transportador multimodal BLUE CARGO S.A., con una sanción equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales vigentes, por incumplimiento al régimen de tránsito aduanero, incumplimiento que se presentó con ocasión del faltante de 1.770 piezas al momento de la verificación de la mercancía en la aduana de destino, pues se declaró una unidad de carga que decía contener 2.339 piezas, sin embargo al momento de la inspección física en la aduana de destino, solo se encontraron 569 cajas, existiendo un faltante de 1770 piezas, y configurándose a juicio de la DIAN la violación del numeral 3.1.1 del artículo 497 del decreto 2685 de 1999

Por su parte la demandante en todo momento afirma que cumplió con la terminación al régimen de tránsito aduanero, en debida forma, pues la mercancía llegó completa pues a su juicio las 2.339 piezas venían contenidas en las 569 cajas que fueron encontradas en la unidad de carga, y la DIAN no procedió a verificar el contenido de las 569 cajas, tomando erradamente las 569 cajas como piezas, y por ello fue que equivocadamente se arrojó un faltante de 1770 piezas, por consiguiente los actos acusados se encuentran viciados de nulidad.

La juez de primera instancia consideró que la DIAN no actuó conforme a derecho con la expedición de los actos acusados, pues estimó que la DIAN debió revisar el contenido de la unidad de carga.

La parte demandada manifiesta tanto en la contestación de la demanda, como en su recurso de apelación, que el demandante no cumplió con la terminación al régimen de tránsito aduanero en debida forma, pues el contenedor llegó con un faltante de 1770 piezas, y ese solo hecho configura la causal de sanción.

3. Actos administrativos demandados.

3.1 Resolución No. 000966 del 16 de mayo de 2009, expedida por la División de Gestión y Liquidación Aduanera, por medio de la cual se impone una sanción a un transportador en el régimen de tránsito aduanero. (Folio 17 a 24)

3.2 Resolución No. 001770 del 3 de septiembre de 2009, proferida por la División de Gestión Jurídica Aduanera, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto en contra de la Resolución No. 000966 del 16 de mayo de 2009, confirmándola en todas sus partes. (Folio 27 a 35)

4. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar la legalidad de las resoluciones sancionatorias acusadas, estableciendo si hubo o no incumplimiento por parte de la Sociedad BLUE CARGO S.A., al tránsito aduanero con la continuación de viaje con autorización No.0610907M000252 del 2 de marzo de 2007, *por* llegar a la aduana de destino con menos mercancía de la declarada, y si en consecuencia hay lugar o no a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados.

5. Material Probatorio aportado al proceso.

Las pruebas que a continuación se relacionan, son pruebas que fueron aportadas por la DIAN, con la contestación de la demanda.

5.1 Continuación de viaje con autorización No.0610907M000252 del 2 de marzo de 2007, en donde se establece que la fecha límite de terminación del régimen es el 8 de marzo de 2007, en donde se especifica que la mercancía transportada son 2339 piezas, en una unidad de carga, con 8.350 Kilogramos registrados en el deposito o zona franca. (Folio 95)

5.2 Documento de transporte internacional, en donde se establece que la mercancía contiene 2339 packages. (Folio 96)

5.3 Acta de inconsistencia No.1553 del 5 de marzo de 2007, en donde se establece que se recibieron 569 cajas, de las cuales 5 estaban averiadas, y no fue revisado el contenido de las cajas. (Reverso del Folio 95)

5.4 Planilla de recepción de mercancía No.112007100003410, en el depósito ALPOPULAR S.A., en Envigado, en donde se indica que se reciben 569 cajas que dicen contener 2.339 piezas, mercancía que venía en un contenedor de 40 pies, y no se verificó el contenido ni el estado interno de la mercancía. (Folio 101)

5.5 Declaraciones de importación donde se describe la mercancía importada. (Folio

118 a 138)

6. Análisis en concreto del caso.

6.1 Normatividad aplicable al caso concreto.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala especial de decisión tendrá en cuenta las normas relacionadas con el asunto tratado:

En el tema referente al Tránsito Aduanero se encuentra como disposición legal aplicable al caso bajo estudio, el Decreto 2685 de 1999, por ello a continuación se transcribirán algunos artículos relacionados con el caso bajo estudio.

Al respecto de la responsabilidad del transportador el artículo tercero del estatuto aduanero establece lo siguiente:

“ARTICULO 3. RESPONSABLES DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante, en los términos previstos en el presente Decreto.

Para efectos aduaneros la Nación estará representada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”

El Decreto 2685 de 1999, en su TITULO VIII, establece el REGIMEN DE TRÁNSITO ADUANERO, TRANSPORTE MULTIMODAL, CABOTAJE Y TRANSBORDO, explicando en su CAPITULO I las disposiciones del TRÁNSITO ADUANERO, en el

cual se señala lo siguiente:

“ARTÍCULO. 353. Definición. Es la modalidad que permite el transporte terrestre de mercancías nacionales o de procedencia extranjera, bajo control aduanero, de una aduana a otra situadas en el territorio aduanero nacional.

(...)

ARTÍCULO. 371. Operaciones de transporte multimodal. Para movilizar mercancías de procedencia extranjera con suspensión de tributos aduaneros por el territorio aduanero nacional, al amparo de un documento de transporte multimodal, se requiere que el operador de transporte multimodal se encuentre debidamente inscrito en el registro de operadores de transporte multimodal a cargo del Ministerio de Transporte.

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.

ARTÍCULO. 373. Garantía. Para responder por el pago de los tributos aduaneros suspendidos y por las sanciones, el operador de transporte multimodal deberá constituir una garantía global por un valor equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La garantía se hará efectiva total o proporcionalmente por el monto de los tributos aduaneros suspendidos y las sanciones generadas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas

con ocasión de las operaciones de transporte multimodal, en caso de pérdida de la mercancía, o no finalización de la operación de transporte multimodal.

ARTÍCULO. 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.

En este caso, la aduana autorizará la continuación de viaje verificando que el operador de transporte multimodal se encuentre con su inscripción vigente en el respectivo registro de la aduana y que la empresa transportadora subcontratada se encuentre inscrita ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para realizar operaciones de tránsito o cabotaje, firmará los documentos de viaje y establecerá el plazo para la finalización de la operación.

Este procedimiento deberá surtirse dentro del mismo día en que se efectúe la solicitud para la continuación de viaje.

(...)

ARTÍCULO. 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. (MODIFICADO POR EL ARTICULO 44°. DEL DECRETO 1232 DE 2001).

(...)

3. En el régimen de tránsito aduanero:

3.1. Gravísimas

3.1.1. Entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la declaración de tránsito aduanero.

3.1.2. No entregar la mercancía al depósito o a la zona franca.

3.1.3. No terminar en la forma prevista en las normas aduaneras el régimen de tránsito aduanero.

La sanción aplicable será de multa equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

6.2 Del incumplimiento al régimen de tránsito aduanero por arribar a la aduana de destino con menos mercancía de la declarada.

De las normas analizadas, resulta claro para esta Sala que las operaciones de transporte multimodal, al igual que el caso del tránsito aduanero, se derivan responsabilidades inherentes a la actividad por parte de quienes la ejecutan, tales responsabilidades se encuentran bien delimitadas dentro del Estatuto Aduanero y persiguen sin lugar a dudas el cumplimiento cabal de tales operaciones.

Se tienen entonces que la DIAN una vez surtido el trámite administrativo resuelve sancionar a la demandante BLUE CARGO S.A., con ocasión del incumplimiento del Tránsito aduanero al llegar la mercancía a la aduana de destino con un faltante de 1770 PIEZAS.

En el material probatorio aportado al expediente se encuentra que en la continuación de viaje (Folio 95) se relacionan 2.339 PIEZAS empacadas en 1 unidad de carga. Al arribar la mercancía a la aduana de destino se reportó la llegada de la unidad de carga, pero que al revisar el contenido de la misma se encontraron 569 cajas, las cuales no fueron revisadas y verificada en su contenido, sin embargo la DIAN procedió a tomar las 569 cajas, como parte de las 2339 PIEZAS, por consiguiente indicó la existencia de un faltante de 1770 piezas, cantidad que resulta de restar 569 CAJAS a las 2339 PIEZAS.

Efectivamente por el solo hecho de la existencia de un faltante en el contenido de la mercancía, es motivo de configuración de la sanción contenida en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, consistente en multa equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sanción que fue la impuesta dentro del presente asunto por parte de la DIAN, sin embargo al analizar la Sala el material probatorio aportado al proceso, se encuentra una discordancia entre la forma de individualización de la mercancía contenida en la continuación de viaje, en el documento de transporte internacional y en las declaraciones de importación, con la mercancía que finalmente fue recibida en la aduana de destino, pues desde un principio la mercancía fue individualizada como PIEZAS, en total se importaron 2339 PIEZAS, pero al momento de revisar la mercancía en la aduana de destino la individualizaron como CAJAS, con un total de 569 CAJAS, siendo que estos términos no pueden ser tenidos como iguales, pues del material probatorio se infiere que las 2339 PIEZAS venían contenidas en las 569 CAJAS, por consiguiente no pueden tenerse como PIEZAS individuales, las CAJAS que venían en la unidad de carga, pues las CAJAS eran las que decían contener las 2339 PIEZAS individuales.

Al analizar cada una de las declaraciones de importación (Folio 118 a 138), se encuentran descritas en cada una de ellas las mercancías importadas, y de igual forma en la casilla No.74 de dichas declaraciones de importación se establece que la mercancía va contenida en 569 bultos, situación que lleva a deducir que los 569 bultos son las cajas en las cuales venían contenidas las 2339 PIEZAS.

La misma DIAN en la planilla de recepción de la mercancía (Folio 101) indicó que en la unidad de carga se encontraron 569 cajas, las cuales decían contener las 2339 PIEZAS, de las cuales no se revisó el estado ni el contenido de las mismas, siendo a juicio de esta Sala totalmente injusto sancionar a la empresa de transporte multimodal por llegar a la aduana de destino con menos mercancía de la declarada, siendo que a pesar que se estableció que las PIEZAS venían contenidas en las 569 CAJAS, la DIAN en ningún momento procedió a la verificación del contenido de las mismas.

No es justo, y mucho menos lógicos restar a las 2339 PIEZAS las 569 CAJAS, pues las PIEZAS son unidades individuales, mientras que las CAJAS a pesar de ser individuales pueden contener un número determinado de PIEZAS, por ello la DIAN erróneamente le restó a las 2339 PIEZAS las 569 CAJAS, arrojándole un faltante de 1770 PIEZAS, situación que no se ajusta a la realidad, en razón a que en ningún momento se hizo la verificación efectiva de la cantidad de PIEZAS importadas, las cuales como la misma DIAN expresó venían contenidas en las respectivas CAJAS.

Así las cosas la DIAN no debió imponer una sanción, sin tener un análisis probatorio claro y preciso, pues en el trámite judicial se ha podido comprobar que la DIAN no revisó en forma adecuada el total de la mercancía importada, pues contó como PIEZAS las CAJAS en las cuales venía organizada la mercancía importada, sin ser procedente dicho cómputo, por consiguiente los actos administrativos acusados no fueron expedidos con un fundamento fáctico claro y eficaz, es decir que la DIAN no tuvo certeza de la cantidad de PIEZAS que llegaron a la aduana de destino, pues en

ningún momento procedió a revisar el contenido de las CAJAS que venían en la unidad de carga y que decían contener el total de la mercancía.

Por todo lo anterior considera esta Sala que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, pues los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad.

VII. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha nueve (09) de junio de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE PARDIÑO GALLO

Descongestion



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1263
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SEGUROS CONFIANZA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2004-00034-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003.

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 28712013

Cartagena de Indias, D. T. y C., veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Mandamiento de pago en obligación aduanera.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-23-31-002-2004-00034-01

II. PARTES

Demandante: SEGUROS CONFIANZA S.A

Demandado: DIAN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha veintiuno (21) de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. La demanda

1. Pretensiones

“1. Que el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar me reconozca como apoderada de la sociedad COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A., en el presente proceso.

2. Que el Honorable Tribunal declare la NULIDAD de los siguientes actos administrativos proferidos por la administración Especial de Aduanas de Cartagena y que son susceptibles de demanda según el artículo 835 del Estatuto Tributario:

2.1 Mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003, por medio de la cual se libra orden de pago a favor de la Nación- Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y a cargo de SEGUROS CONFIANZA S.A, con Nit. N°. 860.070.374 por la cantidad de CINCO MILLONES CIENTO SESENTA MIL CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (45.160.150), más los intereses y actualización que se causen desde cuando se hizo exigible la obligación y hasta cuando se cancele, más los gastos del proceso.

2.2 Resolución N°. 001695 de agosto 26 de 2003, por medio de la cual se resuelven las excepciones propuestas en contra del mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003, resolución que declara no probadas las excepciones presentadas.

2.3 Resolución N°. 002112 del 16 de octubre de 2003, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución N°. 001659 del 26 de agosto de 2003.

3. Que para RESTABLECER EL DERECHO lesionado por los anteriores actos administrativos, el Honorable Tribunal se sirva declarar:

3.1 Que la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A., no está obligada a pagar suma alguna a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, Administración Especial de Cartagena, por concepto del mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003.

3.2 Que se ordene a la Administración levantar todas las medidas cautelares de embargo y/o secuestro de bienes que hubiere dispuesto en relación con el proceso ejecutivo objeto de la presente demanda.

3.3 Que en el evento de que COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA, durante la tramitación del presente proceso se vea avocada al pago de suma alguna de dinero como consecuencia de los actos administrativos demandados, se ordene a la demandada devolver a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. COANFIANZA S.A., las sumas de dinero canceladas, debidamente indexadas de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE o el organismo que haga sus veces, entre la fecha del pago y la devolución real y material del dinero, junto con los intereses moratorios sobre el valor indexado.

3.4 Que se condene a la entidad demandada y en favor de la demandante al pago de costas y perjuicios, honorarios de abogado contratado por el demandante para este proceso, gastos de pasajes, hospedajes y alimentación que con ocasión de la atención del presente proceso se causen.

3.5 Que previamente a la decisión de fondo, se ordene la suspensión provisional de los actos acusados, en razón no solamente de la ilegalidad evidente de los actos, sino del perjuicio económico que le representa a la sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA el incremento de los intereses que se causan a su cargo mensualmente, así como las medidas de embargo y secuestro de bienes ordenadas por la administración, que entorpecen el desarrollo económico de la demandante no solamente en la ciudad de Cartagena si no en el resto del territorio nacional, toda vez que por tratarse de una entidad aseguradora, no puede disponer libremente de sus fondos y recursos para atender sus obligaciones oportuna y eficazmente.”

2. Hechos

“ 1. La Administración Especial de Aduanas de Cartagena, notificó a la sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA el mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003, mediante el cual libra orden de pago a favor de la Nación – Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y a cargo de SEGUROS CONFIANZA S.A., con NIT. N°. 860.070.374 por la cantidad de CINCO MILLONES CIENTO SESENTA MIL CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 5.160.150), por los conceptos señalados en la parte considerativa, más los intereses y actualización que se causen desde cuando se hizo exigible cada obligación y hasta cuando se cancele, más los gastos del proceso, conforme a lo dispuesto en los artículos 634,635, 636 – 1 y 687 -1 del Estatuto Tributario.

2. La Sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA S.A., mediante escrito de fecha 31 de julio de 2003 radicado bajo el número 019934, presentó excepciones en contra del mandamiento de pago anterior, alegando las siguientes: EXCEPCIÓN DE PAGO POR AGOTAMIENTO DEL LIMITE DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y FALTA DE TITULO EJECUTIVO.

3. La Administración decidió en forma desfavorable las excepciones presentadas, mediante resolución 001659 del 26 de agosto 2003, en el cual la declaró no probada, y ordenó seguir adelante la ejecución en contra de la Compañía de Seguros Confianza S.A., por la obligación contenida en la resolución N°. 285 del 18 de julio de 1997, ordenando la aplicación y endoso a favor de la Administración Especial de Cartagena de los títulos de depósito judicial que se hayan originado y de todos aquellos que se causen con posterioridad hasta la cancelación de las obligaciones pendientes de pago, librando las medidas cautelares a que haya lugar y perfeccionando las ya decretadas.

4. En contra de dicho acto administrativo, la sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., CONFIANZA, interpuso, mediante escrito radicado el 23 de septiembre de 2003, bajo el número 024241, recurso de reposición, insistiendo en la misma excepción, ratificando los argumentos expresados en favor de la misma, sobre

EXCEPCIÓN DE PAGO POR AGOTAMIENTO DEL LIMITE DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y FALTA DE TITULO EJECUTIVO.

5. La administración profirió la resolución N°, 002112 del 15 de octubre de 2003, mediante la cual confirmó la providencia anterior, quedando de esta forma agotada la vía gubernativa. Este proveído fue notificado personalmente el día 05 de noviembre de 2003.”

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

Artículos 831 numeral 1 del Estatuto Tributario; artículos 1079 y 1162 del Código de Comercio y artículos 1602 del Código Civil. También señalo la transgresión del artículo 29 del la Constitución Nacional por violación al derecho de defensa.

El concepto de violación expuesto en la demanda básicamente se circunscribe en los siguientes puntos:

Excepción de pago efectivo por agotamiento del limite de responsabilidad del asegurador

Asegura el demandante que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.079 del Código de Comercio según el cual “*el asegurador no estará obligado a responder sino hasta el concurrencia de la suma asegurada*”. Se debe tener en cuenta, que la compañía aseguradora no responde por sumas superiores a las establecidas para el incumplimiento de la obligación afianzada, pues este constituye el límite máximo de la obligación de la Compañía; por lo tanto CONFIANZA S.A., sólo está llamada a responder hasta el monto de que pactó en la póliza como valor asegurado.

Alega además la demandante que durante el periodo comprendido entre el 23 de agosto de 2000 a 23 de febrero de 2001, la póliza que se está afectado fue cubierta

en su totalidad con pagos correspondientes a otros incumplimientos, razón por la cual estos no pueden

Falta de título ejecutivo

Señala la apoderada de la demandante que al proferirse el mandamiento de pago N° 000099 del 20 de junio de 2003, contra la ASEGURADORA CONFIANZA S.A., no contaba la administración con el original de la póliza. Por tanto no estaba integrado el título ejecutivo complejo, actuando la administración contra la Resolución N°. 7002 del 09 de agosto de 2001, que modificó el artículo 503 de la resolución N°. 4270 de 2000.

“así las cosas el título ejecutivo NO EXISTE, la administración de aduanas está actuando con base en un documento que no presta mérito ejecutivo, ya que, es bien sabido por las normas que rigen este tipo de actuaciones y por pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que en estos casos el título lo conforma UNICAMENTE EL ORIGINAL DE LA POLIZA, ni que siquiera son hábiles copias al carbón, y al no expresarse en el mandamiento de pago la póliza que se pretende hacer efectiva y no estar dentro del expediente no se configura una obligación clara, expresa y actualmente exigible.”

(...)

Expedición irregular de los actos y Violación de los principios orientadores del derecho

Entre estos se refirió la parte demandante a la expedición irregular del mandamiento de pago, puesto que el mismo ni en sus consideraciones, ni en la parte resolutive expresa el número de la póliza que se pretende hacer efectiva, impidiendo de esa manera que el administrado pueda establecer como está conformado el título, por lo que considera que con la sola enunciación de la resolución que declara el incumplimiento no es posible para su poderdante saber cuál es la póliza que afecta la

resolución enunciada, por lo que a su consideración hay una clara violación del derecho de defensa y el acto fue expedido irregularmente.

B. LA CONTESTACION

La entidad demandada mediante escrito visible a folios 145-154 contesta la presente demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma en los siguientes términos:

Frente a la excepción de pago efectivo alegada por el demandante en el escrito de contestación se precisó lo siguiente:

“(...) sea lo primero aclara que esta excepción, fue nominada en vía gubernativa como PAGO EFECTIVO POR AGOTAMIENTO DE LA PÓLIZA, lo cual difiere sustancialmente de la forma como en ejercicio de la acción se nomina la indicada excepción.

Alega el accionante que debido que la póliza cumple un valor específico y que contra la misma se hicieron imputaciones dinerarias generadas por los diversos incumplimientos decretados, la póliza se agoto, encuadrando dicho agotamiento en la excepción de PAGO EFECTIVO.

Las excepciones establecidas para el proceso de cobro coactivo seguido por la DIAN para hacer efectivas las obligaciones a su favor son taxativas y si bien dentro del listado se encuentra la de PAGO EFECTIVO, no puede encuadrarse el AGOTAMIENTO DE LA PÓLIZA, dentro de esta forma de extinguir las obligaciones.

El Código Civil reza que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe y debe hacerse “BAJO TODOS RESPECTOS EN CONFORMIDAD AL TENOR de la obligación.

De ello se desprende que el pago se relaciona en forma directa a la obligación que intenta cubrir, es decir que es específico para una obligación.

Este pago efectivo es la forma más corriente de extinguir la obligación aduanera, pues como lo mencionamos anteriormente constituye la obligación principal en la relación aduanera.

El pago permite al Estado- sujeto-activo- tener derecho a la pretensión correlativa en la obligación.

Pero el caso que ahora estudia la aseguradora pretende que la excepción de PAGO EFECTIVO presentada contra el Mandamiento de pago 00099 del 20/06/03 sea aceptada porque la póliza, se PAGARON EFECTIVAMENTE, otras obligaciones contenidas en Actos administrativos extraños al proceso de cobro que ahora se revisa.

Es decir que la EXCEPCIÓN propuesta no solo, no se ajusta al listado taxativo contenido en el Estatuto Tributario, sino que además el PAGO EFECTIVO se refiere a obligaciones diferentes a las contenidas en la resolución de incumplimiento ejecutoriada que origina el proceso de cobro.

Además de lo anterior como se explicó en el aparte de esta contestación, sobre aspectos relativos a las obligaciones aduaneras garantizadas con pólizas globales, las mismas deben ser renovadas en forma periódica por el tomador, tal como efectivamente se cumplió en el presente proceso caso, a través de los certificados de modificación ya mencionados.

Es decir que la póliza en cuestión no se agotó, pues la misma fue ajustada en varias oportunidades, permitiendo que los valores estimados para el incumplimiento que nos ocupa pudiera cobrarse a través del proceso de cobro coactivo

.(...)"

Frente a la excepción de falta de título ejecutivo la entidad alegó:

“(...)” el hecho que dentro del expediente no repose el original de la póliza, no indica que no esté conformado el título COMPLEJO, pues la póliza con su modificación está plenamente identificada dentro del Acto de incumplimiento y no ha sido desconocida por el accionante y efectivamente reposa en poder de la administración.

La póliza es un título que por organización interna de la administración, por el gran número de garantías, por ser garantías globales que amparan diversas operaciones y por seguridad, reposa en la División de Comercio Exterior en el grupo de GARANTIAS, con funciones específicas en la guarda y custodia de dichos documentos.

LA ACCIONANTE AFIRMA. ADEMÁS, QUE GRACIAS A QUE EL MANDAMIENTO DE PAGO NO HACE MENCIÓN A LA PÓLIZA NO SE CONFIGURA UNA OBLIGACIÓN CLARA EXPRESA Y EXIGIBLE.

Sea lo primero advertir que el MANDAMIENTO DE PAGO, es una orden que emite el acreedor al deudor, para que pague dentro de un plazo determinado. La naturaleza de este acto es de mero trámite, pues permite poner en movimiento el proceso de cobro.

Por tanto el mandamiento de pago no contiene ni configura una obligación CLARA EXPRESA Y EXIGIBLE, no, solo establece una orden de pagar una suma determinada de dinero que a su vez está contenida en un título ejecutivo.

Ello tiene su razón, en la medida que lo que se cobra es el TÍTULO el cual se estructura y conforma a lo largo de todo el proceso de vía gubernativa y no al momento de expedir la orden de pago.

Sobre este punto ha sido reiterativa la jurisprudencia en establecer que el procedimiento de cobro coactivo, no tiene por finalidad la declaración o constitución de obligaciones o de derechos, sino la de hacer efectivas, mediante su ejecución, las obligaciones, claras, expresas y exigibles, previamente definidas a favor de la nación y a cargo de los contribuyentes. Entonces, la ejecución parte y requiere de la existencia de un acto previo, denominado título ejecutivo, el cual una vez exigible permite el adelantamiento del proceso de cobro.”

Frente a lo dicho en la demanda sobre violación al resolver excepciones y el recurso de reposición, la entidad dijo lo siguiente:

“(...)” el procedimiento en la expedición de las sanciones administrativas, está establecido para que la administración pueda ejercer sus facultades sancionatorias y fiscalizadoras en los procesos de comercio internacional, garantizando a su vez el ejercicio del derecho de defensa y de contradicción del administrado contra el cual cursa un proceso.

Si bien es cierto que los artículos 832 y 834 del Estatuto Tributario, establecen un término para la expedición del acto que resuelve excepciones y el recurso de reposición, el mismo es un término para que la Administración expida el acto a la menor brevedad posible y proseguir los trámites necesarios para el cobro de los valores,

No obstante el incumplimiento de ese término de expedición de dichos actos, coloca en peligro los derechos de la administración de obtener el pago de las obligaciones a su favor, como consecuencia de la violación de los procedimientos aduaneros establecidos en las operaciones de comercio internacional.

Pero dicho incumplimiento en el término no vulnera ningún derecho del particular, ni pone en peligro ninguno de sus garantías constitucionales y/o legales.

El concepto 213 de julio 8 de 1999 emitido por la División de Doctrina de la Oficina Jurídica de la DIAN, estableció que aun cuando los actos se profieran fuera del termino establecido en la norma, produce todos los efectos legales, siempre y cuando se notifique en debida forma.

Por lo anterior se concluye que dicha falta es un vicio formal de aquellos que la doctrina llama como accidentales y por lo tanto su ocurrencia no genera la nulidad de lo actuado. “(...)”

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 2011, el A quo accedió a las pretensiones de la demanda pues consideró que, existió falencias por parte de la entidad demandada al momento de constituir el título ejecutivo, pues al entender del Juez no basta solo con la resolución de incumplimiento debidamente ejecutoriada sino que además es menester que cuente con por lo menos la copia auténtica de la póliza de cumplimiento. Verificado por el Juez la ausencia de dicho documento y de conformidad con las normas estudiadas por el operador jurídico sobre el tema, declaró la nulidad de los actos administrativos acusados.

Dentro de lo dicho por el Juez de instancia se resalta lo siguiente:

“(...) el Despacho encuentra, que las disposiciones legales anteriores deben ser armonizadas, aunque el artículo 503 de la Resolución 4240 de 2000 establece que la garantía con la cual se constituye el título ejecutivo es el original, no por este motivo se debe dejar sin efecto el mandamiento de pago cuando el título ha sido integrado con copia de la póliza, toda vez que como lo

preceptúa el artículo 497, los originales de las pólizas globales están en custodia de la División de Registro y Control de la Subdirección de Comercio Exterior, y esta tiene la facultad de expedir copias de la pólizas. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que solo existe un original de la póliza, y que sería imposible que con cada título ejecutivo, se acompañe original de la póliza, y que sería imposible que con cada título ejecutivo, se acompañe original de la póliza de disposiciones legales, habida cuenta que la misma respalda un sin número de operaciones llevadas a cabo por el tomador de la misma.

Con base en lo anterior, el título puede ser conformado por la resolución que declara el incumplimiento y copia o original de la póliza de seguros como se dejó antes anotado, por lo que no es posible que ese se conforme con la sola resolución que declaró el incumplimiento, tal como lo asevera la demandada, ya que estaría violando lo establecido en el artículo 497, 500 y 503 de la resolución 4240 de 2000.

Aunado a lo anterior aunque la entidad demandada asevera que el original de la póliza está en custodia de la División de Comercio Exterior, como lo establece el artículo 497 y 500 de la resolución 4240 de 2000, esto no es óbice para dejar de lado lo preceptuado en el artículo 503 de la resolución en cita, que expresa con que documentos se constituye el título ejecutivo, y sin los cuales se estaría violando la disposiciones legales, en el entendido que la División de Registro y Control de la Subdirección de Comercio está en la facultad de expedir copias, fotocopias o certificaciones de las garantías globales que custodia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el material probatorio obrante en el expediente, no hay constancia de que la División de Recaudación y Cobranzas al momento de constituir el título ejecutivo, del cual se deriva el mandamiento de pago 00099 de junio 20 de 2003, contara por lo menos con copia de la póliza, resulta procedente declarar por parte del despacho la nulidad de los actos administrativos que aquí se demandan. (...)"

D. LA APELACION

La parte demandada mediante escrito visible a folio 248 a 251, apela la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, solicitando revocar dicha sentencia pues considera que contrario a lo expuesto por la parte demandante si se constituyó el título ejecutivo, hecho que fue el sustento por el cual el Juez de instancia declaró la nulidad de los actos acusados.

De lo expuesto en dicho escrito se resalta lo siguiente:

“(...) por motivos de seguridad y para salvaguardar la integridad del título valor, la DIAN como entidad pública, coloca en un expediente administrativo el documento original y mucho más si se trata de una póliza que le sirve de respaldo económico a una pluralidad de actos, pues estaría atentando contra la posibilidad misma de que una vez canceladas todas las obligaciones a cargo de dicha garantía esta pueda ser devuelta a su titular y proceder a su cancelación, y más aún cuando se trata de expedientes que pasan por varias dependencias o instancia dentro de una misma entidad administrativa.

SEGUROS CONFIANZA, recibió un beneficio económico por prestarse como garante global de las obligaciones aduaneras a cargo de TRANSMIRO, expidió una única póliza GLOBAL y ahora se opone a que se haga efectiva pues una copia no se encuentra en cada uno de los 65 expedientes abiertos con ocasión del incumplimiento de su garantizado.

TRANSMIRO, recibió su recompensa económica por ser transportador con suspensión del pago de los tributos aduaneros de la mercancía extranjera y su conducta, de no entregar la mercancía en su lugar de destino, no tuvo consecuencias jurídicas pues la póliza global por el aportada no puede hacerse efectiva, ya que no reposa un original de la misma en cada expediente.

Es claro que por no gozar la División de Recusación y Cobranzas de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de la custodia de la póliza global en mención no podía exponer los intereses de la Nación para salvaguardar un escollo que en ese momento no constituía en causa suficiente para anular el cobro, hecho que es más claro cuando se trata de garantía específicas cuyo objeto se agota con el cumplimiento o incumplimiento de un hecho específico, lo que obligaría a su aparición obligatoria en el proceso administrativo (...)"

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante: en escrito visible a folios 272-278 presentó sus alegatos de conclusión, solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, por las mismas razones expuestas en la demanda.

La parte demandada: en escrito visible a folios 279 -281, Reitera su posición y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, considera que no ha existido falta de título ejecutivo por cuanto el mismo se trata de los denominados complejos y las garantías se encuentra en sus dependencias, adicionalmente precisa que si bien la póliza de cumplimiento CDL 01-001-4475139 de Seguros confianza fue expedida por valor de \$53.142.700. 00 dicho valor debía ser reajustado y renovado periódicamente, o de acuerdo con su afectación por los incumplimientos declarados, tal como efectivamente se realizó a través de los certificados números CMO DF 90986958 CMO DF 90986956, CMO DF 9097160, CMO DF 9097039, CMO DF 9097237, por tanto no es procedente hablar de agotamiento de la póliza.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público se abstiene de emitir concepto en esta instancia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- En auto de fecha 16 de mayo de 2012, se admitió el recurso de apelación. (FI 269)
- En auto posterior de fecha 23 de agosto de 2012, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión (FI 271). El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia
- Finalmente el proceso pasó para su pronunciamiento de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Actos Administrativos acusados.

2.1. Mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003, por medio de la cual se libra orden de pago a favor de la Nación- Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y a cargo de SEGUROS CONFIANZA S.A, con Nit. N°. 860.070.374 por la cantidad de CINCO MILLONES CIENTO SESENTA MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$5.160.150), más los intereses y actualización que se causen desde cuando se hizo exigible la obligación y hasta cuando se cancele, más los gastos del proceso. (fol. 21-22)

2.2. Resolución N°. 001695 del 26 de agosto de 2003, por medio de la cual se resuelven las excepciones interpuestas en contra del mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003, resolución que declara no probadas las excepciones presentadas. (fol. 29-37)

2.3 Resolución N°. 002112 del 16 de octubre de 2003, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución N°. 001695 del 26 de agosto de 2003, confirmando en todas sus parte lo resuelto (fol. 42-47)

3. Síntesis del caso y problema jurídico

En el presente asunto lo que persigue la sociedad demandante (Seguros Confianza S.A) con la nulidad de los actos administrativos acusados, es que se le exonere del pago de una sanción que fue impuesta a uno de sus asegurados (TRANSMIRO LTDA), y que la sociedad aseguradora se encontraba respaldando con póliza global de seguros No. CDL01-0263129, dicha exoneración a juicio de la demandante debe otorgársele en razón a que la póliza que aseguraba el pago de la sanción, se agotó con el cubrimiento de varios incumplimientos en los que incurrió el asegurado, por ser esta una póliza de carácter global, y en aplicación del artículo 1.079 del código de comercio, el asegurador solo está obligado a responder hasta la concurrencia de la suma asegurada. Adicionalmente la demandante alega que el título ejecutivo no se constituyó, pues no bastaba la simple resolución de incumplimiento sino que debió aportarse el original de la póliza de cumplimiento para que el título ejecutivo fuese exigible.

Por su parte la DIAN tanto en la vía gubernativa, como en la judicial, sustentan la obligación que se encuentra en cabeza de la compañía aseguradora de garantizar el pago de las obligaciones que se generan con la imposición de sanciones a sus asegurados.

El Juez de primera instancia accede a las pretensiones de la demanda al considerar que la entidad demandante tiene razón pues el título ejecutivo no se constituyó al no existir ni la original ni copia de la póliza que se está haciendo efectiva, elemento que resulta indispensable junto con la resolución que declara el incumplimiento para hacer exigible la obligación. En consecuencia el Juez declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

Por su parte la DIAN apela la sentencia de primera instancia, solicitando la revocatoria de la misma, argumentando entre otras cosas, que la póliza objeto de cuestionamiento nos e encuentra agotada tal como lo dispone la demandante puesto que ha debido ser modificada en su valor para garantizar las operaciones aduaneras, así mismo sustenta que la razón de anulación de los actos administrativos, esto es la falta de constitución de título ejecutivo no es valedera al considerar que le título ejecutivo es de aquellos complejos, por lo que la original de la póliza se encuentra en sus dependencias y contrario a los dicho por el Juez la copia de la póliza si yace dentro del expediente administrativo.

De conformidad con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y en atención a los argumentos expuestos por el A quo en la sentencia de primera instancia, considera esta Sala de decisión, que los problemas jurídicos a resolver en esta instancia son los siguientes: i) como primera medida determinar si el título ejecutivo efectivamente no fue constituido, tal como lo declaró el A quo, en caso de que la Sala observe que el título ejecutivo haya sido constituido en debida forma surge el segundo problema jurídico ii) Si tal como lo sostuvo la parte actora para cuando la DIAN dispuso ordenar mandamiento de pago por la suma de \$5.160.150.00, a cargo de SEGUROS CONFIANZA S.A., por el incumplimiento del tránsito aduanero declarado mediante resolución N°. 00285 de julio 18 de 1997, ya se había producido el agotamiento de la garantía contenida en la póliza global No. 00213129 modificada por el certificado No.283463 que amparaba dicha obligación aduanera, por haberse cumplido el límite máximo del valor asegurado por el tomador?

Dependiendo de la respuesta anterior también responder iii) Si puede exigirse el pago de una obligación derivada del incumplimiento al régimen de transito aduanero, a la empresa aseguradora, a pesar que la sanción impuesta exceda el límite máximo del valor asegurado?

Para responder los anteriores interrogantes se hace necesario en primer lugar revisar el marco legal que regulan las obligaciones aduaneras por parte de los transportadores y sus aseguradoras, y en segundo lugar dilucidar la forma como ellas se cumplieron en el caso objeto de estudio.

4. Marco jurídico

El art 8° de la Resolución No 3333 de 1991 que reglamenta el Decreto 2402 de 1991 enseña:

CANCELACION DE LA GARANTIA: "La Aduana de ingreso o partida cancelará la garantía cuando pruebe a satisfacción la terminación del régimen. En caso contrario se hará efectiva dicha garantía sin perjuicios de las demás sanciones que correspondan conforme a lo establecido en las normas aduaneras".

El artículo 12 del Decreto 2666 de 1984, modificado por el Decreto 2402 de 1991, regula el tránsito aduanero, y lo define como aquel que permite el transporte de mercancías nacionales o extranjeras de una a otra aduana bajo control aduanero, por lo que son dos modalidades: nacional e internacional, y tienen como característica el traslado de mercancías sin el pago de tributos aduaneros.

El régimen que establece el tránsito de mercancías dentro del territorio nacional es reglado, y supedita dicha actividad a un término, dentro del cual se debe efectuar la entrega de la mercancía a un lugar de destino, y de esa forma determinar su cumplimiento. De manera que una de las obligaciones de las empresas transportadoras de mercancías sometidas a régimen de tránsito aduanero, es la entrega oportuna de las mercancías, lo cual debe cumplir en forma estricta dentro del plazo que para tal efecto ha señalado la aduana de partida. Pero, además, en la medida en que se transporten mercancías respecto de las cuales no se han surtido los trámites de nacionalización, y con suspensión de tributos, en ese caso, la entrega

debe hacerse en el lugar que corresponde, depósito habilitado, zona franca, etc., y no en cualquier sitio, obligaciones todas que deben garantizarse mediante una póliza de seguros.

El régimen aduanero ha establecido la obligación por parte de la compañía transportadora de la constitución de una póliza, que garantice el cumplimiento de la obligación aduanera, y sobre el particular el Decreto 2402 de 1991, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos que se plantean en la presente demanda, también regula lo atinente a la constitución de la garantía de las obligaciones contenidas en las normas que reglamentan el Régimen de Transito Aduanero Dentro del Territorio Nacional, de la siguiente manera:

- *Artículo 4º del decreto 2402 de 1991:*

“GARANTIA: La mercancía en tránsito no causará los derechos de importación o impuestos que corresponden a la importación para el consumo y el reglamento fijará el monto de la garantía que se deberá rendir por la terminación del régimen que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) del valor de la mercancía. Esta garantía podrá ser específica o global según ampare la obligación de una sola operación o las obligaciones de varias operaciones y se constituirá por medio de bancos, compañías de seguros, o prenda industrial sobre el medio de transporte.

En caso de incumplimiento del régimen además de hacer efectiva la garantía, las propias mercancías en tránsito responderán por los derechos de importación y demás gravámenes que pudieren afectarles en su despacho para consumo.”

De la norma anterior se colige que la garantía que ampara el cumplimiento de las obligaciones que regulan el transito aduanero, se constituye por un monto que no exceda el 50% del valor de la mercancía, así como también confiere la facultad que se constituya de manera global, para empresas cuyo objeto social sea el transporte de

mercancías, además deja claro que la garantía se constituye solo para efectos de esta obligación aduanera (Régimen de Tránsito Aduanero) y no para el cumplimiento de otro tipo de obligaciones arancelarias.

Por su parte el Decreto 2295 de 1996, también aplicable al caso bajo estudio en sus artículos 13 y 14, señala lo siguiente:

“Artículo 13. Garantía de tributos aduaneros. Toda operación de tránsito aduanero deberá estar amparada con una garantía bancaria o de compañía de seguros global o específica según el caso, constituida por el declarante en favor de la Nación- Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en la que se garantice el pago de los tributos aduaneros suspendidos.....”

“Artículo 14. Garantía por la finalización del régimen. Toda empresa que transporte mercancías sometidas al Régimen de Tránsito Aduanero deberá constituir en favor de la Nación- Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, una garantía bancaria o de compañía de seguros, mediante la cual se ampare la finalización del régimen durante el tiempo autorizado por la Aduana de Partida.

La garantía que ampara la finalización del régimen es independiente a la que garantiza el pago de los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la operación de tránsito aduanero.

Parágrafo 1º. Las empresas transportadoras inscritas y autorizadas para realizar tránsitos aduaneros deberán garantizar sus operaciones mediante la constitución de una póliza global....”.

“...Cuando excepcionalmente la operación de tránsito aduanero se realice en medios de transporte pertenecientes a las empresas declarantes, éstas deberán garantizar la finalización del régimen a través de la constitución de una garantía....”.

“...Parágrafo 2º. En todo caso, cuando el transportador o la empresa declarante que realiza la operación en sus propios medios incumpla su obligación de finalizar el régimen en tiempo autorizado, la Aduana de Partida impondrá a la empresa transportadora o declarante una multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes por operación incumplida, los cuales se harán efectivos mediante la exigibilidad de la garantía....Lo anterior sin perjuicio de la efectividad de la garantía que ampara el pago de tributos aduaneros suspendidos, cuando a ello hubiere lugar”.

Del texto de las normas transcritas se deduce que el transportador es responsable de las obligaciones que se deriven por su intervención, esto es, por la actividad que desarrolla. Luego, si su intervención se contrae a transportar una determinada mercancía de la Aduana de Partida para ser entregada en determinada fecha en la Aduana de Destino, conforme lo precisó el citado artículo 4º, la póliza se constituye para garantizar la terminación del régimen, esto es, para garantizar que la mercancía se entregará en la aduana de destino en la fecha autorizada para ello.

De esta manera quedan relacionadas, las obligaciones del transportador dentro del régimen del tránsito aduanero, pues a modo de conclusión, su obligación principal se concreta en entregar la mercancía al lugar de aduana de destino en el tiempo establecido por la aduana de partida, si esta obligación se satisface no hay necesidad de hacer efectiva la póliza de garantía que se constituye para el cumplimiento de dicha obligación aduanera.

La relación entre el transportador y la compañía de seguro, que nace en virtud de la necesidad de constituir la póliza que garantiza el cumplimiento del tránsito aduanero, es de carácter comercial, y se encuentra sometida a las disposiciones que sobre el contrato de seguro que regula el Código de Comercio, el cual señala lo siguiente:

“(...)” CONTRATO DE SEGURO

• *ELEMENTOS ESCENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO*

Art 1045: son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1. el interés asegurable*
- 2. el riesgo asegurable*
- 3. la prima o precio del seguro*
- 4. la obligación condicional del asegurador (...)”*

Además de lo anterior establece las obligaciones del asegurador en su art 1079 y que además es invocada por el demandante, la citada norma enseña:

“Responsabilidad del asegurador: El asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada...”

5. Caso concreto.

La Sala encuentra que mediante resolución N° 0285 del 18 de julio de 1997, la DIAN, Unidad Administrativa Especial de Cartagena, declaró el incumplimiento de la Declaración de Tránsito Aduanero N° 000288 realizado por TRANSMIRO S.A, que había sido garantizada mediante *póliza global de cumplimiento* de N° 263129 expedida por la compañía de seguros CONFIANZA S.A, demandante dentro del presente proceso, por lo que en la misma resolución, se ordenó hacer efectiva la citada póliza global de cumplimiento en lo que respecta a la obligación que se declaró incumplida (FI 140-144). Contra la Resolución que declaró el incumplimiento no fue presentando ningún recurso por parte de la entidad demandante.

Cabe anotar, que dentro del material probatorio, se encuentra demostrado el respectivo mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio del 2003 (FI 21-22), y la entidad demandada mediante escrito de fecha 31 de julio de 2003, presenta excepciones contra el mandamiento de pago anteriormente citado, alegando pago por agotamiento del límite de responsabilidad del asegurador y falta de título ejecutivo (FI. 23-26).

Posteriormente la DIAN, mediante resolución N°. 001695 del 26 de agosto de 2003, resuelve las excepciones desfavorablemente para la entidad demandada (FI29-37), en concordancia de ello el apoderado de CONFIANZA S.A., interpone recurso de reposición (FI 38-40) en contra de la mencionada resolución¹ que declaró no probadas las excepciones propuestas, pero finalmente la DIAN a través de Resolución N°.002112 del 15 de octubre de 2003, resuelve confirmar en todas sus partes la resolución recurrida. (FI 42-47).

En la demanda interpuesta, la compañía demandante provoca la revisión de la legalidad del Mandamiento de Pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003, así como de las Resoluciones N°. 001695 del 26 de agosto de 2003 y N°. 002112 del 16 de octubre de 2003, por la que se resuelven las excepciones interpuestas en contra del mandamiento de pago.

Del tenor del artículo 835 del Estatuto Tributario se tiene que “dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, solo serán demandables ante la jurisdicción contenciosa-administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución”, lo que en concordancia con el artículo 831 del mismo Estatuto que regula las excepciones que proceden contra el mandamiento de pago, solo le es dable al accionante cuestionar el mandamiento de pago utilizando las excepciones que establece la ley, cuestionamiento que será interpuesto ante el

¹ Resolución N° 001695 del 26 de agosto de 2003 (fol 29 - 37)

funcionario competente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
(Subrayado fuera de texto)

Es posible afirmar que es demandable el acto que resuelve las excepciones que se opongán al mandamiento de pago, que en el caso concreto se refiere a la Resolución N°. 001695 del 26 de agosto de 2003 y N°. 002112 del 16 de octubre de 2003, y no el mandamiento de pago librado, sin embargo el Juez de instancia nada dijo al respecto y contrario a esto declaró la nulidad del mandamiento de pago citado, hecho que a todas luces resulta desacertado por cuanto ya se expuso el mismo no es demandable ante esta jurisdicción.

En concordancia con lo anterior se resolverá sobre este punto precisando que, la Sala debe declararse inhibida para conocer del estudio de legalidad del mandamiento de pago N° 000099 del 20 de junio de 2003, por lo antes dicho, hecho que se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Ahora bien estando dentro del fondo del asunto se resolverá sobre el primer problema jurídico propuesto por la Sala.

Se tiene en la sentencia de primera instancia que el A quo encontró probada la excepción propuesta por el demandante de falta de título ejecutivo, al considerar que a pesar de ser la póliza global y en aras de garantizar el debido proceso administrativo, la DIAN debió constituir el título ejecutivo no solo con la Resolución 00285 de fecha 18 de julio de 1997 que declaró el incumplimiento sino además con el original de la póliza o con la copia de la misma de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 7002 de 2001 (Artículo 93) modificatoria del artículo 503 de la Resolución N° 4240 de 2000 concluyendo que *“teniendo en cuenta que en el material probatorio obrante en el expediente, no hay constancia de que la División de recaudación y Cobranzas al momento de constituir el título ejecutivo, del cual se*

deriva el mandamiento de pago 00099 de junio 20 de 2003, contara por lo menos con copia de la póliza, resulta procedente declarar por parte del despacho la nulidad de los actos administrativos que aquí se demandan”

Entre las razones de impugnación del fallo manifiesta el recurrente que (i) la póliza es de aquellas globales que garantizan varias operaciones del mismo responsable por lo que es un “imposible fáctico” para la DIAN aportar a cada expediente el original de la póliza; y, (ii) el original de la póliza entregado por la compañía aseguradora a la DIAN se encuentra bajo custodia de la Subdirección de Comercio Exterior de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ubicada en la ciudad de Bogotá. Adicionalmente la demandada alega que la copia yace en el expediente administrativo, hecho contrario a lo dispuesto por el Juez de instancia.

Teniendo la DIAN la potestad administrativa dada por la normatividad aduanera de hacer las actividades necesarias para la efectivización de la pólizas de seguros, encuentra esta Sala que en dicho trámite se observó lo dispuesto en el Título VIII, artículo 823 y siguientes del Estatuto Tributario en lo que regula el procedimiento de carácter administrativo de cobro coactivo.

Estima conveniente la Sala destacar que en la Resolución que se declaró en incumplimiento se ordenó hacer efectiva la póliza global que la compañía aseguradora demandante había librado con carácter de previsión y amparo de los riesgos que pudieren afectar los intereses del Estado relativas al responsable de la operación de tránsito que se declaró incumplida, riesgo asegurado que se concretó.

El título ejecutivo que contiene la obligación clara, expresa y exigible se constituye con la Resolución 00285 del 18 julio de 1997 por lo que por ser la póliza global se aportó copia de la misma reposando el original en la Subdirección de Comercio exterior² de la

² Decreto 4240 de 2001. Artículo 497°. Aprobación y trámite de las garantías. (Modificado por el artículo 1° de la Resolución 7179 de 2000). Las garantías globales exigidas en los eventos de autorización, habilitación, inscripción, homologación o renovación, deberán ser estudiadas y aprobadas por la División de Registro y Control de la Subdirección de Comercio Exterior, o por las

DIAN, la que también está autorizada para expedir copias³ de dicha póliza de conformidad con las reglas que al respecto establece el decreto 4240 de 2000 y las modificaciones que la han sido realizadas. Así fue señalado en el mandamiento de pago, en el que se señala como concepto la Resolución 00285 de julio 18 de 1997 que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la póliza, que estando ejecutoriada, en un término de diez (10) días el responsable de la obligación incumplida o la Compañía de Seguros debió acreditar, con la presentación de la copia del Recibo Oficial de Pago en Bancos la cancelación del monto correspondiente. Como no se realizó, vencido tal término, se remitió copia de la resolución con la constancia de su ejecutoria a la División de Cobranzas la que dio trámite al proceso de Cobro Coactivo.

Debe entenderse entonces que en la Resolución 00285 de 18 de julio de 1997, se individualizó la póliza de seguros que se ordenó hacer efectiva y con ello, se reitera que se dispuso su efectivización en una proporción a lo que se declaró incumplido de la forma como en esta providencia se ha establecido. De manera que no le asiste la razón al a quo al considerar que se constituyó de manera indebida el título ejecutivo con la sola Resolución 00285 que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la póliza global que se constituyó para una de las obligaciones cual era la finalización del tránsito aduanero, adicionalmente a esto la Sala observa que dentro del plenario yace copia autenticada de la póliza estudiada así como su modificatoria, por lo que no resultaría cierto que el no exista pruebas de la póliza estudiada, dado que incluso la copia autenticada fue aportada por la demandante, en consonancia con lo anterior la Sala revocará la sentencia en este punto.

Ahora bien superado el primer problema jurídico resulta procedente el estudio de la póliza en sí misma y lo alegado por la compañía aseguradora al afirmar que el límite de su responsabilidad es hasta el monto de lo asegurado razón por la que considera

Divisiones de Servicio al Comercio Exterior, o por la dependencia que haga sus veces, según corresponda.

³ Decreto 4240 de 2000 Artículo 500°. Custodia y conservación. La dependencia competente ante la cual se presentó, certificó o aceptó la garantía será responsable de la custodia y conservación de los originales y podrán expedir certificados, copias o fotocopias de éstas.

que al haberse agotado la póliza en razón del pago de otros incumplimientos, estos no pueden ser llamados a responder más del monto asegurado.

Pues bien la demandante alega que en razón a esto se vulneró lo dispuesto en el artículo 831 del Estatuto Tributario artículos 1079 del Código de Comercio y artículo 1602 del Código Civil.

Dispone al efecto el artículo 831 del Estatuto Tributario, que contra el mandamiento de pago proceden las siguientes excepciones:

1. El pago efectivo.
2. La existencia de acuerdo de pago.
3. La de falta de ejecutoria del título.
4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente.
5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
6. La prescripción de la acción de cobro, y
7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió.

PARAGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 84 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Contra el mandamiento de pago que vincule los deudores solidarios procederán además, las siguientes excepciones:

1. La calidad de deudor solidario.
2. La indebida tasación del monto de la deuda.

A su vez, el artículo 1079 del Código de Comercio, enseña que *“El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”*.

Y finalmente, el artículo 1602 del Código Civil colombiano, al tratar los efectos de las obligaciones, establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Veamos cual es la situación fáctica que aparece demostrada dentro del expediente, respecto de este cargo.

Como primera medida, vemos que a folio 21 a 22 del expediente, reposa copia auténtica del mandamiento de pago No.000099 de fecha 20 de junio de 2003, proferido en contra de la empresa SEGUROS CONFIANZA S.A., por la División de Recaudación y cobranzas de la Unidad administrativa especial-Dirección de impuestos y aduanas nacionales-administración especial de aduanas de Cartagena, por la suma de \$5.160.150.oo.-

Este mandamiento de pago, tuvo como título ejecutivo base del recaudo, según se deduce de su lectura, la Resolución No. 00285 del 18 de julio de 1997. (folio 21 a 22)-

Está probado también, que mediante la citada Resolución No. 00285 del 18 de julio de 1997, el Jefe de la División de Liquidación de la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – ADMINISTRACION ESPECIAL DE CARTAGENA, declaró el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero 000288 de febrero 04 de 1997, en el cual figuraba como declarante SIADECOL LTDA SIA y como empresa transportadora TRANSMIRO LTDA y que se ordenó así mismo por este acto administrativo que obra a folios 140 a 144 del expediente, el hacer efectiva la póliza que garantizaba el cumplimiento de dicha obligación aduanera, garantía que estaba a cargo de la compañía aseguradora CONFIANZA S.A. mediante la póliza N° 263129, En este acto administrativo, se afectó mencionada garantía por la suma de \$5.160.150.oo.-

Está probado igualmente dentro del proceso, que mediante memorial de fecha recibido 31 de JULIO de 2003, la empresa aseguradora demandante presentó en contra del mandamiento de pago No.000099 del 20 de junio 2003, las excepciones de FALTA DE TITULO EJECUTIVO y la de PAGO EFECTIVO POR LIMITE DEL VALOR ASEGURADO.(Folios 23 a 26), así como también que dichas excepciones fueron resueltas, declarándolas no probadas por la División de Recaudación y cobranzas de la DIAN, mediante Resolución No. 001695 de agosto 26 de 2003.(folios 29 a 37 del expediente).

De otra parte, está demostrado que entre la empresa COMPAÑÍA DE SEGUROS CONFIANZA S.A. y la empresa TRANSPORTES MIRANDA ROJAS TRANSMIRO LTDA, se celebró un contrato de seguro, por el cual la aseguradora se obligaba a garantizar a favor de la DIAN, el cumplimiento de las disposiciones legales establecidas en la Resolución No.3333 de 1991 que reglamenta el decreto 2402 de 1991, relacionadas con las operaciones de tránsito aduanero dentro del territorio nacional.

En efecto, a folio 48 del expediente, aparece copia autenticada de la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales **No. CDL- 01-263129**, expedida por SEGUROS CONFIANZA S.A., el día 9 de abril de 1996, y en la cual aparece como tomador la empresa TRANSMIRO LTDA, como asegurado beneficiario la DIAN, como valor asegurado la suma de **\$80.000.00.00** y una vigencia del riesgo asegurado con dicha póliza de un año, contado desde el **18 de abril de 1996 hasta el 18 de julio de 1997**.

Está probado igualmente en el proceso, que dicho contrato de seguro, de conformidad con la facultad de que gozan legalmente las partes contratantes, fue objeto de modificación N° CMODF 283463, en la cual se aclara el nombre del tomador, esto con fecha 14 de mayo de 1996

Pues, bien, con este material probatorio que obra dentro del proceso y que se ha señalado, se tiene que es suficientemente claro y no es además punto de discusión, que mediante DTA No. 00288 de febrero 4 de 1997, en la cual figuran como declarante y consignatario DIADECOL LTDA SIA y como empresa transportadora TRANSMIRO LTDA, se autorizó un tránsito aduanero hasta Bogotá, zona aduanera de ALMAGRAN, de una mercancía varia, que dicho tránsito aduanero tenía como plazo máximo de realización el día 18 de febrero de 1997.

En consecuencia, también debemos concluir que si el plazo para la terminación del tránsito aduanero antes mencionado vencía el 18 de febrero de 1997 y ello no se cumplió oportunamente, por lo tanto se presentó el riesgo asegurado.

También podemos concluir que para esa fecha en que se presentó el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero No.00288, la póliza de seguro de cumplimiento que se encontraba vigente era la CDL-01-2631129 modificada por el certificado CMO-DF-283463 expedido el 14 de mayo de 1996, que tenía una vigencia del 18 de abril de 1996 hasta el 18 de julio de 1997.-

Luego para la fecha de ocurrencia del siniestro, el valor asegurado por la empresa TRANSMIRO LTDA como tomador a favor de la DIAN, era la suma de \$80.000.000.00, siendo esta por ende el límite máximo del monto de la obligación, para entonces a cargo de la empresa CONFIANZA S.A como entidad que aseguró el riesgo.-

La demandante, sin embargo menciona en el cargo que ahora se resuelve, que hubo pago efectivo de la obligación por cuanto dice que desde el 23 de agosto de 2000, se le pagaron a la demandada varias obligaciones de siniestros presentados en 1997 y que cubrieron el monto total del valor asegurado de la póliza CDL-01- 263129, para la vigencia del 18 de abril de 1996 al 18 de julio de 1997.-

Esos pagos según menciona fueron los siguientes:

RECIBO DE TRIBUTOS ADUANEROS	VALOR PAGADO CAPITAL	VALOR PAGADO INTERESES	RESOLUCION PAGADA
1450199092051-2	29 771 018	8 505 000	RESOLUCION 50004 de enero 9 de 1997
1450199092052-1	33 474.242	6 257 000	RESOLUCION 218 de junio 04 de 1997
14501990188378-1	5 160 150	1 588 000	RESOLUCION 292 de julio 18 de 1997
14501990888379- 7	5.160.150	1.588.000	RESOLUCION 291 de julio 18 de 1997
1450199088381-2	5.160.150	1.512.000	RESOLUCION 61 de enero 13 de 1997
1450199088380-5	5.160.150	1.588.000	Resolución N° 287 de junio 18 de 1997
TOTALES	83.885 860	21.038.000	

Como se ha mencionado en el transcurso del proceso la póliza global de cumplimiento CDL- 01-0263129, fue afectada en múltiples ocasiones para poder sufragar las múltiples sanciones impuestas al transportador.

Pero que sucede entonces con el incumplimiento del tránsito aduanero No.00288 de febrero 4 de 1997, que fue declarado mediante la Resolución No.00285 de julio 18 de 1997 y que también dispuso afectar la garantía constituida por la póliza CDL- 01-0263129 y su modificadorio CMO-DF-283463, por la suma de \$5.160.150, y que constituyó el título ejecutivo base con el cual se libró el mandamiento de pago No.00099 de junio 20 de 2003 por la demandada?

Considera esta Sala que esa suma de dinero legalmente no se le podía exigir su pago a la aseguradora demandante, porque efectivamente se estaría violando lo normado por el artículo 1079 del Código de Comercio, que le obliga a responder a ella solo hasta el monto del valor asegurado.

Debió entonces la DIAN exigirle el pago de esa suma fue a la empresa transportadora TRANSMIRO LTDA, como tomador de la póliza puesto que ésta faltó a su deber de mantener debidamente actualizado y reajustado, el valor asegurado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con sus operaciones de tránsito aduanero nacional.-

En efecto, para la fecha en que se autorizó el tránsito aduanero No.00288, esto es para el 4 de febrero de 1997, se encontraba vigente en materia de garantías dentro del régimen de tránsito aduanero, lo dispuesto de una parte por la Resolución No. 3333 de 1991, que estableció en su numeral 2.1., que toda mercancía que se movilice en tránsito en el territorio aduanero colombiano en vehículos de compañías de transporte no inscritas ante la Dirección General de Aduanas, debía estar amparado por una garantía que podía ser global o específica.

Igualmente se encontraba también vigente la Resolución No.1794 de 1993, que establecía los plazos, modalidades y condiciones en las que debían otorgarse dichas garantías que respaldaran obligaciones aduaneras, verbigracia la del tránsito aduanero, resolución ésta que imponía la obligación de constituir una garantía equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y por un plazo de un año, para amparar todas las operaciones de tránsito aduanero a nivel nacional, y en el capítulo IV de la mentada resolución se establecía también que cuando se declarara el incumplimiento y se ordenara hacer efectiva proporcionalmente en la parte incumplida una garantía global, se debía reajustar el valor de la póliza por parte del tomador de la misma.

Por el contrario, dentro del expediente lo que vemos es que la empresa TRANSMIRO LTDA, como tomadora de la póliza CDL- 01-0263129, ante los varios incumplimientos que tuvo en el año de 1997 de diferentes operaciones de tránsito aduanero, no procedió como debía a reajustar el valor asegurado de la citada póliza, sino que lo que vemos es que el 14 de mayo de 1996, efectuó una modificación No. CMO-DF-283463 que obra a **folio 49**, en la cual aclaro el nombre del tomador. Sin que se evidencia en las pruebas que yacen el expediente posteriores modificaciones o sin que la DIAN especifique las modificaciones y porte los documentos de tal sustento.

he sus
Considera esta ~~Corporación~~ que hubo entonces negligencia de la empresa TRANSMIRO LTDA de mantener debidamente actualizado y reajustado el valor asegurado y de la misma DIAN al haber permitido que siguiera adelantando operaciones de tránsito, y por lo tanto no se le puede ahora hacer exigible a la empresa demandante CONFIANZA S.A, el pago de siniestros que no estuvieron debidamente cubiertos o amparados dentro del valor asegurado, puesto que ello a nuestro juicio si es violatorio tanto del artículo 1079 del código de comercio, como del artículo 1602 del código civil, toda vez que el contrato de seguro que fue celebrado entre la empresa TRANSMIRO LTDA y CONFIANZA S.A, no puede ser desconocido pues es ley para las partes, de tal manera que la demandante solo estaba obligada a indemnizar hasta el monto del valor asegurado, que fue la suma de \$80.000.000.oo, suma que se agotó en su totalidad por pagó de indemnizaciones.

La propia DIAN, entidad demandada en el presente asunto ha establecido doctrina al respecto, en el sentido de que si se presentan varios incumplimientos de tránsito aduanero cubiertos por la misma garantía global, la empresa aseguradora entonces solo cubre hasta la concurrencia del valor asegurado y lo que exceda del mismo debe ser cubierto por el propio transportador como principal obligado; para el caso la Sala se permite transcribir el concepto No. 40 de junio 9 de 2003 que es del siguiente tenor:

"PROBLEMA JURIDICO:

¿En el régimen de tránsito aduanero, ante varios incumplimientos del transportador, la aseguradora cubre hasta la concurrencia del valor asegurado en su póliza, debiendo el resto de incumplimientos ser cancelados por el transportador, teniendo en cuenta que es el principal obligado?

TESIS JURIDICA:

EN EL RÉGIMEN DE TRÁNSITO ADUANERO, TODA OPERACIÓN DE TRÁNSITO ADUANERO DEBE ESTAR GARANTIZADA POR EL TRANSPORTADOR PARA AFIANZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE FINALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DENTRO DEL TÉRMINO AUTORIZADO.

DE NO ESTAR GARANTIZADO EL MONTO ADEUDADO POR NO HABERSE REAJUSTADO LA PÓLIZA, ESTA SE HARÁ EFECTIVA HASTA EL MONTO CUBIERTO, SIN PERJUICIO DE HACER EFECTIVO EL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRA EL PRESUNTO INFRACTOR POR EL MONTO NO GARANTIZADO.

INTERPRETACION JURIDICA:

El artículo 5° del Decreto 2685 de 1999, trata sobre la sistematización de los procedimientos aduaneros, estableciendo que para el desarrollo y facilitación de los procesos de importación, exportación y tránsito de mercancías, la DIAN expedirá normas y establecerá los parámetros técnicos y procedimientos que regulen la emisión, transferencia, uso y control de la información relacionados con tales operaciones. En virtud de esta disposición se expidió la Resolución No. 4240 de 2000 por medio de la cual se reglamentan los procesos mencionados.

*El Título VIII del Decreto en comento, regula el Régimen de Tránsito Aduanero, Transporte Multimodal, Cabotaje y Traslado y en su artículo 357 prescribe que, **toda operación de tránsito aduanero debe estar amparada con las siguientes garantías:***

a) Garantía a cargo del declarante para responder por el pago de tributos aduaneros y sanciones a que haya lugar.

Cuando el declarante sea una Sociedad de Intermediación Aduanera, un Usuario Aduanero Permanente o un Usuario Altamente Exportador, la garantía global constituida con ocasión de su autorización o reconocimiento, respaldará el cumplimiento de sus obligaciones como declarante en el régimen de tránsito aduanero.

En los demás casos, el declarante deberá otorgar garantía específica equivalente al 40% del valor FOB de la mercancía.

b) Garantía por la finalización de la modalidad, a cargo del transportador, para respaldar las obligaciones de finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.

Las empresas transportadoras inscritas y autorizadas para realizar tránsitos aduaneros, deberán garantizar sus operaciones mediante la constitución de una garantía global, bancaria o de compañía de seguros, equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando excepcionalmente la operación de tránsito aduanero se realice en medios de transporte pertenecientes a las empresas declarantes, estas deberán garantizar la finalización de la modalidad a través de la constitución de una garantía específica, bancaria o de compañía de seguros, por un valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como se observa, para realizar una operación de tránsito aduanero, el transportador debe constituir garantía para respaldar el cumplimiento de la terminación del régimen dentro del plazo autorizado, así como la correcta ejecución de la operación ya que es él quien debe responder ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen.

Ya en Concepto 243 de 2001, proferido por este Despacho, el cual constituye doctrina oficial al respecto, se señaló que “Corresponde al transportador autorizado presentar ante el Depósito o ante el usuario operador de la Zona Franca, o ante la aduana de destino, la declaración de tránsito aduanero y demás documentos que correspondan según sea el caso, con el fin de dar por finalizada la modalidad.

Por su parte, la Resolución No. 4240 de 2000, en su artículo 313 señala el trámite que debe cumplir el declarante en el Régimen de Tránsito Aduanero, enlistando lo requisitos exigidos al respecto entre los cuales, se encuentra el contenido en el literal i), que determina que “La empresa transportadora que realiza la operación de tránsito aduanero, se encuentre inscrita ante la Subdirección de Comercio Exterior y su garantía por la finalización del régimen esté vigente. Si la operación se realiza en los medios de transporte pertenecientes a las empresas declarantes, debe verificarse que se presente garantía específica”.

*Así mismo, el artículo 497 de ésta resolución, modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 7179 de 2000 determina: “ **Aprobación y trámite de las garantías:** Las garantías globales exigidas en los eventos de autorización, habilitación, inscripción, homologación o renovación, deberán ser estudiadas y aprobadas por la División de Registro y Control de la Subdirección de Comercio Exterior, o por las Divisiones de Servicio al Comercio Exterior, o por la dependencia que haga sus veces, según corresponda.*

Cuando las garantías específicas deban presentarse ante una administración aduanera, serán estudiadas y aprobadas por las Divisiones de Servicio al Comercio Exterior, o por la dependencia competente que requirió su constitución.

En firme el acto administrativo que ordene hacer efectiva una garantía global por un monto parcial, el afianzado deberá presentar la respectiva modificación o renovación, según sea el caso y ajuste al monto inicialmente asegurado, ante la dependencia competente para su estudio y aprobación, dentro del término máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación del acto administrativo.

Si vencido el término establecido en el inciso anterior, no se presenta la garantía ajustada para su aprobación quedará suspendida la inscripción, autorización, homologación, habilitación o renovación, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare, hasta tanto sea certificado el reajuste de la misma.

Parágrafo: *Transcurrido un (1) mes contado a partir del vencimiento del término previsto en el inciso tercero del presente artículo, sin que se hubiere presentado el correspondiente certificado de modificación, la inscripción, autorización, reconocimiento, habilitación, homologación o renovación, quedará sin efecto sin necesidad de acto administrativo que así lo declare”.*

Así mismo, la Resolución No. 4240 de 2000, artículo 519, dispone: “Transportador : Para efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del literal b) del artículo 357, del Decreto 2685 de 1999, la vigencia de la garantía específica será igual al término señalado para la finalización del régimen”.

De las normas enunciadas se colige que en el régimen de tránsito aduanero, toda operación de tránsito aduanero debe estar garantizada por el transportador para afianzar el cumplimiento de las obligaciones de finalización del régimen dentro del término autorizado, y la póliza constituida para tal efecto debe cubrir la totalidad de la obligación en cada operación realizada no dando lugar a acumulación de incumplimientos.

Es factible que en la legislación anterior que regulaba el régimen de tránsito aduanero: Decreto 2295 de 1996 y la Resolución 2450 de 1997, se presentara el caso en que la póliza global constituida por una empresa transportadora se afectara por el incumplimiento de las obligaciones emanadas de este régimen, y no hubiera sido reajustada, caso en el cual se aplicaba el artículo 40 de la Resolución 2450 de 1997, que si bien regulaba este aspecto, no precisaba un término para reajustar la garantía. El artículo citado decía: “Cuando una garantía global se afecte por la resolución ejecutoriada que declaró el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, la garantía deberá ser reajustada por el tomador a su monto original.

Mientras no se reajuste la garantía en dicha cuantía, no se autorizarán nuevas operaciones en tránsito aduanero”.

Como se aprecia, esta norma condicionaba la autorización de nuevas operaciones de tránsito al reajuste de la póliza por parte del transportador, más no se señalaba un término para hacerlo, lo cual, aunado a la ausencia de un control tanto de las pólizas como de las operaciones surtidas ante las Administraciones, podía ocurrir que se autorizara una operación sin la debida póliza que la respaldara.

Así las cosas, en el evento de no estar garantizado el monto adeudado por no haberse reajustado la póliza, ésta se hará efectiva hasta el monto cubierto y el transportador quien es el principal obligado y quien debe finalizar el régimen dentro de los plazos autorizados y cumplir con la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero, responderá por el monto no garantizado.”

(Negritas y subrayas son del despacho)

De tal manera, que considera esta Sala que los actos acusados contenidos en las Resoluciones No. 001695 de agosto 26 de 2003 y N°. 002112 del 16 de octubre de 2003, por medio de las cuales se resolvieron negativamente las excepciones presentadas en contra del mandamiento de pago N°. 000099 del 20 de junio de 2003, se encuentran viciados de nulidad, porque con la expedición de ellos la demandada desconoció lo normado por los artículos 1079 del código de comercio y 1602 del código civil, al pretender exigirle a la compañía aseguradora CONFIANZA S.A., el pago de una suma de dinero que excede el límite máximo del monto de la responsabilidad al cual se obligó dentro del contrato de seguro que celebró con la empresa TRANSMIRO LTDA y que se concretó en el valor asegurado de \$80.000.000.00 establecido en la póliza CDL- 01-0263129 y su modificadorio CMO-DF-283463. Por todo lo anterior la Sala accederá a las pretensiones de la demanda pero por razones diferentes.

Ahora, con este criterio la Sala no está aseverando que hubo pago efectivo de la obligación contenida en la Resolución No. 00285 de julio 18 de 1997 que declaró el incumplimiento del tránsito aduanero No.00288 de febrero 04 de 1997, ni tampoco se está cuestionando la legalidad de dicho acto administrativo, por cuanto es claro que la suma de \$5.160.150.00, en que se ordenó afectar la póliza aun no ha sido cancelada; lo que el Tribunal considera es que esa suma no le podía ser exigida a la demandante CONFIANZA S.A., por cuanto el valor asegurado establecido en la póliza CDL- 01-0263129 y su modificadorio CMO-DF-283463, y que determinaba el monto máximo de su responsabilidad en el contrato de seguro por ella celebrado, ya se había agotado, toda vez que dentro del plazo de vigencia de dicha póliza, se presentaron otros incumplimientos que fueron cancelados por la actora, pero el transportador no cumplió con su obligación de reajustar el valor asegurado luego de esos pagos, quedando en consecuencia a su cargo el deber de cubrir aquellos riesgos como el que ahora se resuelve que no estuvieron debidamente amparados.

A juicio de la Sala sería totalmente injusto e ilegal, aceptar la posición de la demandada y sencillamente permitir que la compañía aseguradora sea obligada a pagar una indemnización más allá del límite de responsabilidad al cual se obligó en virtud del contrato de seguro que celebró, y mientras tanto, quien tenía la obligación de reajustar la póliza, no se le exija dicho pago.

Por todo lo que se ha expuesto, considera la Sala que el segundo cargo tiene vocación de prosperidad y por ende se accederá a las pretensiones de la demanda pero por las razones expuestas por esta Corporación.

VII. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena la cual quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR la ineptitud sustantiva de la demanda para conocer de la petición de nulidad del mandamiento de pago N° 000099 del 20 de junio de 2003 por lo antes expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos Resolución N° 0001695 de fecha 26 de agosto de 2003 y Resolución N° 002112 de 16 de octubre de 2003 que resolvieron desfavorablemente las excepciones propuesta en contra del mandamiento de pago N° 000099 del 20 de junio de 2003, pero por las razones expuestas por este Tribunal.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LICIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ANDINO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1264
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: DAVID ANTONIO TABORDA VEGA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2008-00134-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Cartagena de Indias, Veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013)

Tema: Responsabilidad objetiva accidente de tránsito

SENTENCIA No. 289 / 2013

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 001 2008 00134 01

II. PARTES

Demandante: DAVID ANTONIO TABORDA VEGA Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, señor DAVID TABORDA VEGA y otros, en contra de la sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

Los hechos de la demanda se pueden resumir de la siguiente manera:

“El día 18 de junio de 2007 el Sargento Segundo Taborda Vega se encontraba presentando su servicio en el Batallón de Contraguerrilla de Infantería de Marina No. 2 en el Municipio de Malagana (Bolívar); en horas de la madrugada de este día para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Comando del Batallón de Contraguerrilla I M No.2, salió una compañía integrada por el Sargento Segundo Taborda Vega y varios Infantes de Marina a bordo de un camión tipo turbo NPR de placas QGY-057 del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 3 por la vía que conduce de Malagana a Barranquilla.

El objeto del viaje era llevar a unas personas reinsertadas, cuando el vehículo se desplazaba por el sector “El Ceibal” en el corregimiento “San Cayetano” en jurisdicción de Malagana a eso de las 3:30 a.m. el conductor del camión donde viajaba perdió el control al tratar de esquivar un semoviente y por eso cayó en un barranco, causando heridas a varios de los militares.

El Sargento Segundo DAVID ANTONIO TABORDA VEGA fue llevado al Hospital Naval de Cartagena, y luego debido a la gravedad de la fracturas, fue trasladado al Hospital Militar Central en la ciudad de Bogotá.

Como consecuencia de este accidente tránsito al Sargento Segundo David Antonio Taborda Vega le tuvieron que amputar la pierna derecha hasta casi su rodilla, quedó con una insuficiencia respiratoria aguda y con lesiones graves en su cabeza, cara y nariz. Todo lo cual ha causado graves traumas y limitaciones para caminar y realizar sus actividades básicas. Por las lesiones que sufrió, la Dirección de Sanidad de la Armada en la ciudad de Bogotá realizó el acta de junta médica laboral No. 084, folio 121 de fecha 25 de Abril de 2008.

Las graves heridas que ocasionaron su incapacidad laboral y los perjuicios a la vida de relación, constituyen una grave falla en la prestación de servicio público de la Armada el cual violó las normas de cuidado y prevención que se deben tener para el transporte de personal militar por que iba con exceso de velocidad, pues lo normal no es que al esquivar un semoviente el vehículo sufra un volcamiento.

El joven David Antonio Taborda Vega ingresó a las filas de la Armada Nacional en perfecto estado de salud, por lo tanto la entidad que lo recibió debió devolverlo a su familia y a la sociedad en las mismas condiciones creando así una especie de obligación de resultado pues la entidad de la Armada se compromete en que el joven ejerce unas determinadas funciones del servicio y este corre unos riesgos normales dentro del mismo, para así terminar su función sano y salvo.

Dentro de los riesgos propios y normales de los militares profesionales no está el de quedar gravemente lesionados por viajar a bordo de un vehículo de la Armada Nacional.

La falla del servicio ha producido muchos daños a los demandantes según el Artículo 16 de la Ley 446 de 1998 los criterios para fijar la indemnización debe ser. La reparación integral, la equidad y los criterios actuariales para que la condena no pierda su valor.

La víctima directa dentro de este proceso está sufriendo mucho moralmente, materialmente, fisiológicamente, por las heridas, la incapacidad física y productiva, al igual, su esposa e hijos menores están padeciendo al ver lesionado a su ser querido con quien viven en la misma casa, por lo anterior, solicito que estos perjuicios sean liquidados en los términos expuestos en las presentaciones de esta demanda, que son las pautas fijada por el Consejo de Estado.”

B- PRETENSIONES

Los actores solicitan que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: *Declarar administrativamente y extracontractualmente responsable la Nación “Ministerio de Defensa Nacional” de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivos de las graves heridas y la posterior incapacidad laboral que sufrió DAVID ANTONIO TABORDA VEGA, por las lesiones que padeció cuando viajaba a bordo de un vehículo militar al servicio del Ejército Militar nacional, el día 18 de junio de 2007 en jurisdicción del municipio de Malagana (Bolívar).*

SEGUNDA: *Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a favor del demandante, todos los perjuicios que ha sufrido consistentes en:*

*a) A título de perjuicio morales, el equivalente en pesos de cien (100) salarios mínimos legales mensuales **PARA CADA UNO** de los demandantes, o lo máximo establecido por la jurisprudencia al momento del fallo, es decir*

para DAVID ANTONIO TABORDA VEGA, JUDITH SUAREZ GUTIERREZ,

BRISTNEY CAROLINA TABORDA SUAREZ, MANCHESTER DAVID TABORDA SUAREZ E ISAAC SANTIAGO TABORDA VEGA, en su calidad de víctima directa esposa, hijos y padres del afectado directo.

b) A título de perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación, el equivalente en pesos de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, o lo máximo establecido por la jurisprudencia al momento del fallo, que ha sufrido DAVID ANTONIO TABORDA VEGA con motivo de la amputación de su pierna derecha hasta la rodilla.

c) A título de perjuicios materiales, como lucro cesante, los que están sufriendo DAVID ANTONIO TABORDA VEGA con motivo de la incapacidad laboral causada por las lesiones, solicito se liquiden teniendo en cuenta las siguientes pautas:

1. El salario que ganaba la víctima como sargento segundo de la Armada en el mes de Junio de 2007, o en subsidio el salario mínimo legal vigente en el mes de junio del 2007, es decir la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS PESOS MENSUALES (\$433.700,00) en ambos casos más un treinta (30%) por ciento de prestaciones sociales. Según las pautas seguidas por el Consejo de Estado la suma con la cual se liquiden los perjuicios materiales no pueden ser inferior al salario mínimo legal vigente para la fecha en la cual se dicte sentencia definitiva o se apruebe el auto que liquide dichos perjuicios.

2. La vida probable de la víctima según la tabla de supervivencia aprobada para los colombianos en la Superintendencia Bancaria.

3. Un grado de incapacidad laboral del noventa y ocho punto cincuenta y dos (98.52) por ciento que le fijó al Sargento Segundo DAVID ANTONIO TABORDA VEGA en el acta de junta médica laboral No. 084 hecha el día 25 de Abril de 2008, en la Dirección de Sanidad de la Armada en la ciudad de Bogotá.

4. Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice del índice de precios del Consumidor existe entre junio de 2007 y el que exista cuando se produzca el fallo definitivo.

5. La fórmula de matemática financiera aceptada por el Consejo de Estado teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada a la futura.

TERCERA: Que las cantidades liquidas a las cuales se condenen a la Entidad demandada, cobren intereses moratorios desde el mismo día en que

quede en firme hasta el día en que efectivamente se produzca el pago de esa condena.

Esta solicitud la hago con base en los Artículos 176 y 177 de la C. C. A."

C.- ARGUMENTO DE LA DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, contestó la demanda aceptando algunos hechos y negando otros, f. 36 ss., y solicitando se denegarán las pretensiones de la demanda.

Como razones de su defensa, manifiesta que no es procedente que el Ministerio de Defensa Ejército Nacional repare o indemnice, al actor más allá de lo que prestacionalmente le corresponde. Además, aduce que la lesión fue ocasionada por unas circunstancias puramente fortuitas denominadas accidente de trabajo.

Al efecto señala: "Conviene manifestar que los Militares cuando se incorporan a la Institución Armada están cumpliendo con un deber legal o una obligación de prestar su servicio militar obligatorio, y para dicho fin las FF.MM cuentan con diversas escuelas de formación, donde reciben la capacitación y el entrenamiento básico, antes de enfrentarse a diversas escuelas de formación, donde reciben la capacitación y el entrenamiento básico, antes de enfrentarse a esos riesgos o peligros propios de la vida militar. Sin embargo, cuando algunos de sus miembros sufre una lesión que le ocasione una discapacidad física recibe una indemnización acorde con la lesión sufrida, de conformidad como lo establezca la junta medico laboral o el Tribunal médico laboral.

Ahora en el caso del soldado Sargento Segundo de la Armada, DAVID ANTONIO TABORDA VEGA, quien resultó lesionado en un accidente de tránsito ocurrido a la altura de San Cayetano, cuando se trasladaba a la ciudad de Barranquilla y se les atravesó un semoviente y el conductor al esquivarlo perdió control del vehículo, cayendo un barranco, lo que originó al mencionado militar la amputación del pie derecho a la altura de la parte inferior de la rodilla, no obstante de que dicho accidente ocurrió en el servicio por causa y razón, NO CONSTITUYE FALLA DEL SERVICIO, ya

que, la lesión fue ocasionada es el resultado de unas circunstancias de carácter

puramente fortuitas, denominada; ACCIDENTE DE TRABAJO que se define en el artículo 31 del Decreto 1796 de 2000: "Se entiende por accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga en el servicio por causa o razón del mismo, que produzca lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez o la muerte.

De otra parte, mi defendida sin lugar dudas, debe estar reparando prestacionalmente dicha lesión, como es haber reconocido y estar pagando la pensión de invalidez, en base (sic) a lo establecido en el Acta de la junta Medico Laboral N° 084 del 25 de abril de 2008, que determinó una disminución de la capacidad laboral del 98.52% en concordancia con el artículo 38 del Decreto 1796 de 2000, que establece los parámetros de la liquidación de pensión de Invalidez para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional: "Cuando mediante junta médico – laboral de revisión militar y de policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual, valorada y definida de acuerdo con la reglamentación, que expida para el efecto el Gobierno Nacional, liquidada con base en las partidas establecidas en las normas que regulen la materia y de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan:

(...)

El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco (95%)."

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (F. 157 a 174)

El a quo fundamentó su decisión de negar las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

"(...) Como primera medida, en el caso sub examine no es posible afirmar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio derivada de la actuación culposa del

conductor del vehículo oficial porque la conducta personal del agente estatal ya fue definida por el juez penal, quien decidió absolverlo de responsabilidad, por considerar que el daño se había producido como consecuencia de una fuerza mayor, que no le era imputable. Dicha providencia fue confirmada por el Comandante del Batallón de Segunda instancia, por considerar que los hechos se originaron en una situación imprevisible, toda vez que en horas de la madrugada, mientras regresaba al puesto de mando atrasado de esta unidad, se le atravesó un semoviente en medio de la vía, circunstancia que propició que el conductor perdiera el control del vehículo, lo que finalmente produjo el accidente.

Con todo, debe quedar claro que al declarar la responsabilidad patrimonial del Estado no puede desconocerse la sentencia penal para fundamentar aquella en la conducta culposa del servidor estatal, cuando el juez penal la hubiere descartado. Dicha responsabilidad, sin embargo, podrá declararse a partir de criterios de imputación basados en supuestos fácticos y jurídicos diferentes, como en los de considerar, por ejemplo, que si bien la fuerza mayor o el caso fortuito exonera de responsabilidad penal al funcionario porque un hecho ocurrido bajo esas circunstancias es ajeno a su voluntad, ese mismo supuesto genera responsabilidad patrimonial de la entidad a la cual sere ese funcionario, porque el daño se produjo con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas.

El daño es imputable a título de riesgo excepcional

Como ya se había adelantado, en los eventos en que el daño se produzca como consecuencia del ejercicio de actividades peligrosas, la responsabilidad del Estado podrá definirse con fundamento en el régimen de riesgo excepcional, aunque el demandante no lo hubiere invocado como fundamento de su pretensión, siempre que esto no implique desconocer la causa petendi sino los fundamentos jurídicos de la misma, lo cual no generan incongruencia del fallo.

En el caso concreto, la determinación de la responsabilidad del Estado con fundamento en el criterio de imputación de riesgo excepcional por el ejercicio de una actividad peligrosa no implica modificar los fundamentos fácticos de la pretensión. En efecto, se afirma en la demanda que el daño sufrido por los demandantes se produjo como consecuencia de un accidente de tránsito producido al volcarse el vehículo en el que se transportaba el Sargento lesionado, daño que el demandante atribuye a una falla del servicio, por considerar que la causa del accidente fue la negligencia del conductor, en tanto que para el despacho el mismo sería imputable a la entidad pero a título de riesgo excepcional.

En relación con las circunstancias en las cuales se produjo el accidente se destaca del material probatorio el Informe Administrativo por lesión del cual se describe como circunstancias de la lesión el hecho de por orden de marcha N° 020 CBACIM2 en un vehículo Turbo cuando iban a la altura del municipio de San Cayetano se atravesó un semoviente o que hizo que el conductor perdiera el control del vehículo ocasionando un accidente y cayendo a un barranco causándole al demandante Sargento Primero, la amputación del pie derecho.

De igual forma en la investigación Fiscal Administrativa se destaca que los testimonios aducen que el conductor del vehículo tipo turbo, realizó (sic) la labor encomendada de acuerdo al formato de orden de marcha, así mismo, advierten que una vez cumplida la misión de haber llevado a los reinsertados, hicieron un pare en la casa del hoy demandante y que una vez salieron a la altura de Carreto corregimiento de San Cayetano, se atravesó un semoviente siendo irresistible e inevitable esquivarlo, razón por la cual resultaron accidentados. De igual forma, se les interrogó si venían con algún grado de alcohol a lo que respondieron que no había ingerido licor, e inclusive que a la velocidad que venía era de 50 km por hora.

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se afirma que venían sin ninguna dificultad lo que para el despacho constituyó en definitiva un caso de causa

extraña y externa a la esfera jurídica del demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño.

La pruebas obrantes (sic) en el expediente son suficientes para afirmar que si bien se produjo un daño como consecuencia de la realización del riesgo, el mismo no puede ser atribuido a la Administración, por provenir de una Fuerza Mayor, de un suceso repentino ajeno a las circunstancias del servicio.

Así las cosas, se concluye que las lesiones producidas al Sargento Segundo constituyó un riesgo propio del servicio que estaba obligado a asumir como miembro de la Armada Nacional. La ocurrencia de dicho riesgo, por lo tanto, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado, es decir, no pueden estructurarse dentro de las nociones jurídicas de riesgo excepcional o daño especial, porque el suceso tuvo como un eximente de responsabilidad una fuerza mayor traducido en que se atravesó un semoviente, razón por la cual no se presentó una ruptura en la igualdad frente a las cargas públicas, constitutiva de un daño especial, dado que esta carga no le fue impuesta.”

VI. LA APELACION

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en base a las siguientes apreciaciones:

“El Informe Administrativo por Lesión elaborado el día 18 de junio de 2007 por el Comandante del Batallón de Contraguerrilla de Infantería de Marina N° 2 con ocasión del accidente de tránsito que produjo al daño cuya indemnización ahora se reclama señala:

“El señor SSCIM 72220447 TABORDA VEGA DAVID de la compañía Poseidón 3 se encontraba llevando unos reinsertados a la ciudad de Barranquilla, en cumplimiento órdenes señor CBACEM-2, placa QGY semoviente y al esquivarlo el conductor perdió el control del vehículo ocasionando un accidente cayendo en un barranco (...)”

De la lectura de ese documento se evidencia que el daño sufrido por el soldado Taborda Vega, por una parte, no corresponde al riesgo propio que implica la actividad militar, y por la otra, él no era el conductor del vehículo automotor accidentado, razones por las cuales no está obligado a soportar el daño como tal, ni los efectos que el mismo apareja.

Ahora bien, en nuestro criterio no aparece demostrada realmente la fuerza mayor como eximente de responsabilidad. Y ello porque muy a pesar de que se diga que el accidente se produjo en la medida en que un semoviente se cruzó por la vía y el conductor del vehículo no pudo reaccionar a tiempo para evitar el accidente, teniendo en cuenta la velocidad del vehículo, ello es contraevidente con las reglas de la experiencia humana.

Si dentro de las investigaciones (diferentes de este proceso) se ha dicho que el vehículo transitaba a una velocidad de 50 kilómetros por hora, no es comprensible conforme a las reglas de la experiencia humana que a esa velocidad un conductor experimentado no pueda esquivar un semoviente, sobre una carretera suficientemente espaciosa como lo es la "Troncal de Occidente" en inmediaciones del Corregimiento de San Cayetano.

Creemos que el accidente se debió a la impericia del conductor, porque a una velocidad de 50 kilómetros un conductor experimentado tiene posibilidades de maniobrar adecuadamente.

Es bien sabido que los daños ocasionados con vehículos automotores producen una responsabilidad objetiva. Además, entraña para la Armada Nacional en este caso, una obligación de resultado, que implica llevar a los ocupantes del vehículo, sanos y salvos, a su lugar de destino.

No compartimos, en esencia la posición del juzgado en cuanto encontró acredita la existencia de fuerza mayor como eximente de responsabilidad, situación probatoria que será debatida en la segunda instancia."

VII. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

A. Alegatos de la parte demandante.

El apoderado de la demandante no recorrió el término dado por esta Corporación para alegar de conclusión.

B. Alegatos de la parte demandada.

El apoderado de la demanda afirmó que atendiendo las circunstancias en que tuvo ocurrencia la lesión del SSCIM TABORDA VEGA DAVID, es evidente que ella no se produjo por falla del servicio, como tampoco obedeció a la creación de un riesgo excepcional diferente o mayor al que afrontaban sus demás compañeros.

Manifiesta que en el caso en concreto, solo le es aplicable el sistema de la indemnización predeterminada o automática (a forfait), establecida para casos como el de marras, por tratarse de un accidente de trabajo, por tal razón el actor fue valorado por la Junta medico laboral, quien le determinó INVALIDEZ, no APTO para el servicio, con una disminución de la capacidad laboral del 98.52%, en tal virtud la demandada reconoció pensión de invalidez al actor de acuerdo a procedimiento de orden administrativo que adelanta la institución de manera oficiosa.

Finalmente manifiesta que no existe duda de la ausencia de la relación de causalidad entre el hecho dañino y el daño, razón por la cual no le es imputable responsabilidad patrimonial a la entidad demandada, por cuanto no se dan los presupuestos estructurales de la Falla del servicio; el daño patrimonial para la parte demandante no provino de una acción u omisión imputable a la Administración, que permita la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política.

VIII. TRÁMITE PROCESAL

DE PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 6 de agosto de 2009¹.
- Por Auto calendarado el 9 de noviembre de 2010 se abrió a pruebas².
- Mediante providencia visible a folio 137 de fecha 2 de mayo de 2012 se le dio traslado a las partes para alegar de conclusión.
- El día 28 de febrero de 2013 se profirió sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 27 de junio de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de 30 de julio de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.
- Mediante informe secretarial de 12 de septiembre de 2013 paso al despacho para fallo.

IX.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN SEGUNDA INSTANCIA³

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante este Despacho, emitió concepto en los siguientes términos:

(...)

Estudiado el caso objeto de la sentencia en recurso de alzada, se tiene con precisión por esta Agencia, que el régimen a aplicar es el de la responsabilidad objetiva, específicamente el del riesgo excepcional, aplicable a la actividad militar.

¹ Véase folio 34

² Véase folio 53

³ Véase folios 201 a 210

Los regímenes de responsabilidad aplicables en el concepto global de la responsabilidad administrativa de que tratan los artículos 90 de la Constitución Política y 84 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado a través de varias décadas ha identificado dos sistemas, uno el de la responsabilidad subjetiva de los agentes del Estado o servidores públicos y por otro lado el de la responsabilidad objetiva, en donde el Estado asume el deber de indemnización por los daños en la vida, integridad de las personas y sus bienes, por causa de la actividad lícita del Estado, teniendo en cuenta que los habitantes del territorio nacional, no está obligados a soportar cargas mayores a las que les corresponden en aplicación de los principios y valores constitucionales.

Dentro de este sistema de responsabilidad se clasifican dos, el del riesgo excepcional y el del daño especial, para el caso en análisis como ya se dejó escrito, corresponde según los hechos comprobados, la aplicación de la teoría del riesgo excepcional.

III. Conclusión

*En concepto del **Ministerio Público** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, debe ser **REVOCADA** en su lugar **DECLARAR LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL** y **CONDENAR AL PAGO DE LOS PERJUICIOS** solicitados por los demandantes, toda vez que el daño fue comprobado, como consecuencia del riesgo excepcional creado por el accidente de tránsito, como consecuencia de la impericia del conductor del vehículo de propiedad de la Armada Nacional, ocasionándole lesiones físicas (amputación del pie derecho) al Sargento Segundo de Infantería de Marina de la Armada Nacional, David Taborda Vega, y que le redujo su capacidad laboral en el 98.52%, siendo declarado no apto para ninguna actividad laboral."*

X.- CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 133 Inc. 1º del C. C. A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación de la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Primero Administrativo en Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena.

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

2. Caducidad.

Es claro que las acciones de reparación directa semejantes a la presente, son de competencia de los Tribunales administrativos en primera instancia, al tenor del numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo; a la demanda, por reunir los requisitos de ley, se le imprimió el trámite señalado para los procesos ordinarios, naturaleza del presente; la acción se ejercitó dentro de los 2 años a que se refiere el artículo 136 del mismo Código y se presentan los demás presupuestos de la acción instaurada, como la legitimación en la causa y no se incurrió en causal de nulidad alguna que impida este pronunciamiento.

3. Objeto de la demanda

Pretenden los demandantes que se declare que la entidad pública demandada es administrativamente responsable de las lesiones causadas al señor DAVID TABORDA VEGA y que como consecuencia de las mismas, tuvieron que amputarle una pierna; en hechos ocurridos el día 18 de junio de 2007 en accidente de tránsito propiciado por

el vehículo militar tipo turbo de placas QGY, en hechos ocurridos en el Sector "El Ceibal" corregimiento de "San Cayetano" jurisdicción de "Malagana" a eso de las 3:30 a.m., al perder el control el conductor al tratar de esquivar un semoviente, vehículo en el cual se transportaba el demandante, en cumplimiento de misión a él encomendada, contenida en la orden de marcha N° 020 CBACIM2, y que tanto el conductor como el vehículo se encontraban a disposición del Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

Por consiguiente pretende que la demandada sea declarada responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados y que como consecuencia de la anterior declaración, se hagan las respectivas condenas por perjuicios morales y materiales en cuanto al lucro cesante.

4. Problema Jurídico a resolver

De conformidad con los argumentos expuestos por la demandante en su recurso de apelación, así como de los expuestos por el juzgado a quo en la sentencia que se estudia, queda claro que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si ¿Debe declararse administrativamente responsable al Ministerio de defensa – Armada Nacional de las lesiones causadas al señor DAVID TABORDA VEGA en hechos ocurridos el día 18 de junio de 2007?

5. De las pruebas

1. Informe Administrativo por Lesión, en el cual se describe como circunstancia de la lesión, que el demandante se encontraba en cumplimiento de una misión, cuando en el vehículo en que se transportaba por esquivar un semoviente que se atravesó el conductor del vehículo perdió el control, lo que le produjo la amputación del pie derecho del demandante. Sin embargo, fue considerado un accidente de trabajo en la que la lesión le ocurrió por causa y razón del mismo. (F. 67)

2. Investigación Fiscal por los hechos ocurridos en donde el demandante resultó lesionado, en la cual se absuelve al demandante TABORDA VEGA, y al conductor del vehículo por los daños ocasionados al vehículo turbo por considerar que el accidente se produjo por fuerza mayor o caso fortuito según lo estipulado en el Decreto 791 de 1979. (F. 69 – 74)
3. Consulta del fallo de fecha 06 de junio de 2008 por medio del cual se absuelve al demandante TABORDA VEGA, y al conductor del vehículo que transportaba al demandante, el cual confirma en todas sus partes la mencionada investigación. (F. 75 – 77)
4. Resolución N° 2470 del 4 de septiembre de 2008 por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de invalidez al demandante TABORDA VEGA. (F. 87 – 88)
5. Acta de Junta Médico Laboral N° 084 en la cual se le determina una pérdida de la capacidad laboral del 98.52%, no apto para el servicio y que las lesiones sufridas fueron en actos del servicio. (F. 104 – 110)
6. Tarjeta de Propiedad del vehículo militar tipo turbo de placas QGY en el que se transportaba el lesionado el cual aparece como propietario la Armada Nacional. (F. 130)

6. Del régimen de responsabilidad aplicable

Dicho lo anterior, también es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el libelo de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada dentro del régimen de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 90 que dice:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

De ésta modalidad de responsabilidad del estado, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el

*mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional”.*⁴

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone.

Ahora bien, el daño antijurídico debe configurarse mediante alguna de las teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- La clásica falla del servicio en su modalidad probada o presunta y que también puede ser por acción u omisión.
- La teoría del daño especial.
- La teoría del riesgo excepcional
- La responsabilidad por vías de hecho
- La responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.
- La responsabilidad por trabajos públicos
- La responsabilidad por almacenaje de mercancías
- La responsabilidad por error judicial.

El daño que los demandantes imputan a la parte demandada en el presente proceso, se produjo con ocasión del accidente de tránsito propiciado por el vehículo militar tipo

⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515.

turbo de placas QGY, en hechos ocurridos en el Sector "El Ceibal" corregimiento de "San Cayetano" jurisdicción de "Malagana" a eso de las 3:30 a.m., al perder el control el conductor al tratar de esquivar un semoviente, vehículo en el cual se transportaba el demandante, en cumplimiento de misión a él encomendada, contenida en la orden de marcha N° 020 CBACIM2, y que tanto el conductor como el vehículo se encontraban a disposición del Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

De acuerdo a lo anterior, para el caso bajo examen, y atendiendo al principio iura novit curia, la Sala considera que debemos enfocar nuestro análisis, tal y como bien lo hizo el fallador de primera instancia, no bajo la teoría de la falla del servicio probada, sino bajo la teoría del riesgo excepcional, régimen en el cual se presume la responsabilidad en razón del daño antijurídico que padece la víctima, por lo que se trata entonces de un régimen de responsabilidad sin falla o culpa del servicio.-

Actualmente la teoría del riesgo excepcional se aplica generalmente en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas, como por ejemplo la conducción de energía eléctrica, el uso de armas de fuego, la conducción de vehículos automotores, etc, y se genera como consecuencia un régimen objetivo de responsabilidad.

Sobre la conducción de vehículos automotores como actividad peligrosa, la jurisprudencia del Consejo de estado ha expresado lo siguiente:

"De acuerdo con ello, en relación con la responsabilidad por accidentes de tránsito, la doctrina argentina ha dicho que el automotor es conducido por el hombre y esta actividad conductiva es relevante, tiene enorme importancia a la hora de juzgar los accidentes. No se trata de un daño "por" el riesgo del automotor, con indiferencia del modo o manera de ser "manejada" dicha cosa peligrosa. El conductor, la persona humana, puede poseer pericia conductiva o carecer de ella, al margen de la titularidad de un carné de conductor que sólo

autoriza a presumir esa pericia, lo que admite prueba en contrario. Puede ser diligente o imprudente. Cuidadoso o abandonado. Respetar o violar las reglas de tránsito, y aumentar con la actitud transgresora los riesgos de dañosidad. De donde resulta, según esta doctrina, que al “riesgo” de la cosa automotora puede adicionarse “la culpa” del conductor y el accidente imputarse, en consecuencia, a más de un factor de atribución. En relación con la colisión entre dos automotores -“cosa riesgosa versus cosa riesgosa”-, los juristas argentinos han establecido que en cada caso concreto debe analizarse en qué medida ese riesgo se ha creado cuánto riesgo significa un automotor pequeño (un Fiat 600) a 40 kilómetros y cuánto riesgo genera un camión grande (Mercedes Benz) a 80 kilómetros por hora de velocidad-, y en qué medida, obviamente, ha contribuido a la producción del accidente. Evaluar riesgos, de una y otra parte; evaluar, así mismo, las infracciones que pudieron cometerse, su entidad, y, por fin, la virtualidad o aptitud de unos y otras para llevar al siniestro. En Colombia, puede decirse que en general, el régimen de la responsabilidad por daños causados con vehículos de la Administración sigue los mismos lineamientos del de las armas como objetos peligrosos, y por tanto generadores de riesgo. En nuestra jurisprudencia, se encuentran múltiples casos de accidentes causados por diversos vehículos oficiales. Se incluyen allí las bicicletas o motos de los guardas de tránsito o los carros usados por escoltas motorizados; daños causados por máquinas barredoras y, también, en virtud de la noción de guarda, se da el caso del vehículo particular utilizado temporalmente para la prestación del servicio. La conducción de vehículos ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa y cuando su guarda está a cargo de una entidad estatal, el daño causado en desarrollo de la misma resulta imputable a ésta, en aplicación de la teoría del riesgo como un tipo de régimen de responsabilidad objetiva. Nota de Relatoria: Ver sentencia de 19 de julio de 2000. exp. 11842, Actor: José Manuel Gutierrez y otros; fallo del 10 de marzo de 1997 exp. 10080”⁵

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil seis (2006).

Acerca de esta teoría de responsabilidad por riesgo excepcional el Consejo de Estado también ha dicho:

*"No se trata aquí, entonces de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones, Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del estado."*⁶

Bajo este régimen de responsabilidad del riesgo excepcional, en consecuencia al demandante solo le bastará demostrar el daño y la relación o nexo de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho administrativo, y la parte demandada sólo se podrá exonerar de responder en la medida en que logre demostrar la existencia de una causa extraña, es decir, la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho de un tercero también determinante y exclusivo. No se eximirá aduciendo el caso fortuito o el cuidado, diligencia o prudencia en el ejercicio de tales actividades peligrosas.-

Siendo así, la Sala no encuentra razón en lo manifestado por el recurrente en cuanto a que el fallador de primera instancia no aplicó al caso bajo examen el régimen de responsabilidad objetiva producto del ejercicio de una actividad peligrosa, pues en contrario de la lectura de la sentencia que se revisa, claramente se observa que ese fue el régimen bajo el cual se analizó el caso bajo examen.

Radicación número: 20001-23-31-000-1998-02939-01; 20001-23-31-000-1997-03334-01(14694). Actor: IDELMA ROSA MESTRE BRITTO Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS.

⁶ Consejo de estado. Sentencia Agosto 10 de 2000. Expediente 11.585, Magistrado Ponente Dr. Ariel Eduardo Hernández.

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, pasamos ahora si a verificar si se encuentran o no reunidos los presupuestos para derivar responsabilidad administrativa a la entidad demandada con fundamento en la teoría del riesgo excepcional por el ejercicio de actividad peligrosa, como consecuencia de los hechos que han sido puestos de presentes en ésta demanda.

Y lo cierto, es que esta Sala como respuesta al problema jurídico planteado, desde ya es del criterio que dentro del expediente, tal y como lo concluyó el juez a quo, no existen elementos de convicción que lleven a la Sala a la certeza que estén reunidos los presupuestos o requisitos esenciales de la teoría del riesgo excepcional por el ejercicio de actividad peligrosa, y bajo los cuales poder a su vez edificar una declaratoria de responsabilidad en contra del Ministerio de defensa – Armada nacional.

En efecto, si miramos lo atinente al primer elemento de ésta modalidad de responsabilidad, esto es el “Daño”, este no hay duda que está plenamente demostrado en el expediente, pues dentro del expediente a folio 67 obra Informe suscrito por el Comandante del Batallón de Contraguerrilla de IM N° 2, en el cual se describe como circunstancias de la lesión, que el demandante se encontraba en cumplimiento de una misión, cuando el vehículo de en qué se transportaba por esquivar un semoviente que se atravesó, el conductor del vehículo perdió el control, lo que le produjo la amputación del pie derecho al Sargento Segundo de Infantería de Marina, DAVID ANTONIO TABORDA VEGA..

Además a folios 87-88 y 104-110 del expediente, se encuentra anexa Resolución N° 2470 del 4 de septiembre de 2008, por la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de invalidez al demandante; y, Acta de junta Médico laboral número 84, con la cual se determinó la pérdida de la capacidad laboral de David Antonio Taborda Vega en el 98.52%, declarado no apto para el servicio, y se determinó que las lesiones sufridas fueron en actos del servicio.

Los anteriores documentos provienen de servidores públicos en uso de sus atribuciones, razón por la cual se estima que son auténticos y públicos y en consecuencia dan fe de su contenido (artículos 251 y 252 del C.P.C.)

Se tiene, entonces, que de las pruebas mencionadas surge sin lugar a duda alguna que está demostrada la lesión causada al señor DAVID ANTONIO TABORDA VEGA y su ocurrencia después de haber sufrido un accidente de tránsito.

Hay así un hecho que corresponde exactamente al enunciado por los actores en la demanda, y que se ha comprobado en la forma antes descrita.

Con todo lo que se ha expuesto y los documentos analizados, considera la Sala que el primero de los requisitos para que opere responsabilidad por riesgo excepcional, esto es que exista "un daño que implique lesión de un bien jurídicamente tutelado", no admite ninguna discusión; pues todos los documentos analizados llevan a la convicción que indudablemente como consecuencia del accidente que se produjo el día 18 de junio de 2012, el señor DAVID ANTONIO TABORDA VEGA resultó lesionado, la cual permitió que le fuera amputado su pie derecho, siendo este un daño antijurídico que el demandante no estaba obligado a soportar.-

Ahora bien, si bien el demandante alega como título de imputación la falla del servicio, el juez de primera instancia en su estudio considera que a partir de la pertenencia del bien a la entidad demandada es posible aplicar un régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, y esta Sala acoge dicho planteamiento ya que tradicionalmente se ha considerado que cuando se presentan daños causados en un accidente con un vehículo oficial la responsabilidad será objetiva porque el Estado compromete su responsabilidad cuando emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, frente a un "riesgo de naturaleza excepcional" que por su gravedad, supera las cargas que normalmente han de soportar los administrados.

No obstante lo anterior, en algunos casos, y solo para efectos de determinar el tipo de responsabilidad aplicable, no se exige acreditar la propiedad del vehículo sino que se aplica la teoría de la guarda de la actividad peligrosa, según la cual, aquel a quien corresponde la guarda de la actividad, quedará obligado a responder por el riesgo creado.

Al respecto el H. Consejo de Estado ha dicho:

"En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la doctrina mayoritaria ha reconocido la imposibilidad de imputar la responsabilidad al guardián del comportamiento, cuando de los supuestos fácticos se desprende que el daño se origina en la estructura misma de la cosa, o de los elementos a través de los cuales se desarrolla la actividad⁷; no sucede lo propio en sede de la responsabilidad extracontractual de la administración pública, toda vez que, si el Estado es el guardián del comportamiento o de la actividad peligrosa, es porque se está frente a la prestación de un servicio público o actividad estatal y, por lo tanto, no se puede liberar de su responsabilidad en relación con los hechos, máxime si el daño es producto de la concreción de una actividad de alto riesgo, tal como lo es la producción, distribución y comercialización de la energía eléctrica u otros similares".

(...)

Así las cosas, en eventos en que se juzgue la responsabilidad patrimonial de la administración pública, donde se aprecie la existencia de una guarda acumulativa entre dos o más sujetos, uno de los cuales sea el aparato estatal, no se podrá excluir el deber de reparación integral, bien porque el Estado sea el guardián de la estructura o del comportamiento, dado que en estas situaciones la administración, en su calidad de controladora de la cosa o de la actividad, estará obligada a la reparación del perjuicio⁸

Por tanto, la demostración de la titularidad o propiedad del vehículo pierde relevancia ante la necesidad de establecer quién la tenía a su cargo, quien ejercía la dirección del mismo, es decir, la guarda material de la misma al momento de producción del accidente.

⁷ "Cuando el daño se produce por un vicio de la cosa, esta doctrina considera que solamente debe responder el "guardián de la estructura", sobre quien pesa el deber de conservar la cosa en buen estado y libre de todo vicio, y que no es otro que el propietario. En este supuesto, sería injusto responsabilizar al "guardián del comportamiento" toda vez que no puede reprochársele haber incurrido en falta alguna. Inversamente, si el daño obedece a deficiencias en el comportamiento de la cosa, debe responder quien tiene la guarda de dicho funcionamiento v.gr. el comodatario o locatario, debiendo en principio, quedar exento de responsabilidad el guardián de la estructura." PIZARRO, Ramón Daniel Ob. Cit. Pág. 406 y 407.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 13 de 1998 rad 17042 C. P.Enrique Gil Botero.

En el caso concreto, no solo se debe tener en cuenta que el Ministerio de Defensa – Armada Nacional tenía la guarda del vehículo camión tipo turbo NPR de placas QGY-057 del Batallón de Infantería de Marina, en el que se produjo el accidente, sino que además este era conducido por un funcionario de la entidad, que por ostentar dicha categoría compromete la responsabilidad de la entidad demandada sin que pueda aceptarse que es un tercero, porque la actividad principal de la entidad no es el transporte de pasajeros.

Ahora bien, en el régimen de responsabilidad objetiva, es suficiente que los actores acrediten que la actividad peligrosa les ocasionó un daño y de igual forma, no basta con que la entidad demuestre que fue diligente en su actuar, ya que sólo puede exonerarse demostrando una causa extraña, que bien puede ser el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o la fuerza mayor.

A juicio de la Sala, en el presente caso nos encontramos ante una fuerza mayor que tiene la virtud de exonerar de responsabilidad de la entidad, para lo cual deberán tenerse en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

La fuerza mayor se define por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público.”

Esta definición contiene sus características esenciales, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, a lo cual se suma que el hecho debe ser externo al sujeto que lo padece, estos deben darse concurrentemente, de modo que si falta uno de ellos, ya no se estaría en presencia de una causal de exculpación de responsabilidad, por esta razón en cada caso concreto deben valorarse todos los elementos de juicio disponibles en el proceso, para llegar al convencimiento de que se configura la causal

de exclusión de la responsabilidad⁹.

De acuerdo con el informe administrativo por lesión¹⁰ suscrito por el Comandante del Batallón de Contraguerrillas de IM N° 2, se consigna que conforme a la orden de marcha N° 020 CBACIM2 el vehículo tipo turbo NPR placa QGY 057 del BAFIM 3, a la altura del San Cayetano se atravesó un semoviente y al esquivarlo el conductor quien venía a una velocidad moderada (50km/h) perdió control del vehículo ocasionando un accidente cayendo a un barranco, con las consecuencias ya conocidas.

Al analizar los hechos, se observa que este impacto sufrido por el vehículo era totalmente imprevisible y su manejo puede catalogarse como irresistible, además de que es externo a la actividad cumplida por quien iba conduciendo.

Siguiendo con la prueba del informe por lesión antes descrito, se dice que los ocupantes fueron sorprendidos por el impacto, y una vez que este se produjo, el conductor perdió el control del mismo y cayeron al barranco, esto permite deducir que lo ocurrido también fue irresistible y ajeno a la actuación de quien lo invoca.

Corolario de lo anterior resulta que no pueden despacharse favorablemente las pretensiones de los demandantes, por cuanto se encontró probada la existencia de una causal de exclusión de la responsabilidad Estatal y en consecuencia se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

XI. DECISION

Sin que se precise de más consideraciones, la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁹ Ver sentencia Consejo de Estado, rad 14847 de 2007, C.P. Juan Angel Palacios H.

¹⁰ Véase folio 67 del expediente

FALLA

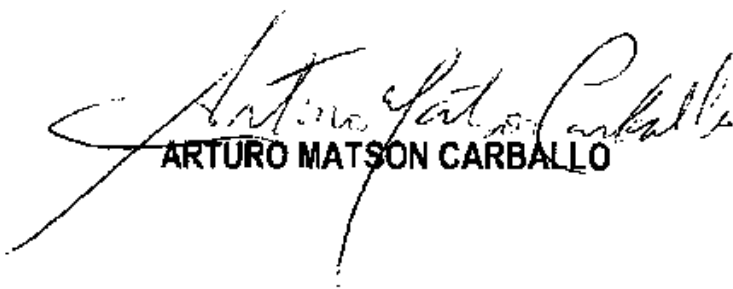
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena mediante la que se negaron las pretensiones de la demanda.

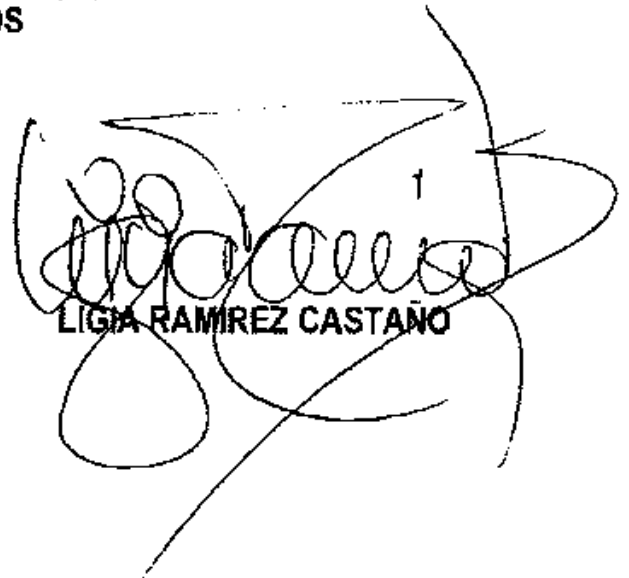
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1265
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: JOSE OMAR BUENO CALVO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2011-00018-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

179a 197
(1.e)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 22912413

Cartagena de Indias, D. T. y C., veinticinco (25) de Octubre de mil trece (2013).

TEMA: Pago de haberes por concepto de homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13-001-33-31-005-2011-00018-01

II. PARTES

Demandante: JOSE OMAR BUENO CALVO

Demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala Especial No. 003 de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha treinta y uno (31) de Mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. La demanda

1. Pretensiones

“PRIMERA: Sírvase declarar la Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. 142911/ADSAL-JEFAT-6.6.6-22 del 11 de Octubre del 2010, signado por el señor Jefe de Área Administración salarial de la Policía Nacional, mediante el cual la Policía Nacional negó el reconocimiento del derecho que le asiste a la accionante.

“SEGUNDA: A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, a practicar nuevas liquidaciones de los haberes mensuales mes por mes y por todos y cada uno de los años que ha estado en el servicio, tomando en consideración los haberes que el Ministerio de Defensa Nacional, certifica mediante oficio No 36091 MDNVEPDPPSDGPP del 6 de Mayo del 2009, en donde se manifiesta que el actor para el año 2009, percibía en haberes la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/legal (\$3.436.857,00) y no los que manifiesta la Policía Nacional y canceló el actor.

“TERCERA: Que se CONDENE a la Policía Nacional a reconocer liquidar y pagar este incremento tanto en la hoja de servicio y en los sueldos que devengaba mes por mes así como para reliquidar las cesantías del actor, desde el mes de Julio de 2007 (sic) a la fecha de su retiro de la institución.”

“CUARTA: Sírvase ordenar la liquidación de las anteriores condenas, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, ordenando que se ajusten dichas condenas tomando como base el IPC, o por mayor conforme a lo dispuesto por el artículo 178 de C.C.A.”

“QUINTO: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 176 y 177 de C.C.A.”

“SEXTA: Ordenar la indemnización por DAÑOS MORALES que le han sido causados al actor por la irregular liquidación de los haberes de que ha sido víctima, los cuales se estiman en el equivalente a CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES-(100 SMLMV).”

“SEPTIMA: Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.”

2 Hechos

“1. El actor ingreso a la Policía Nacional como agente (Decreto 1213 de 1990), posteriormente ingreso a la carrera de suboficiales, ingreso que hizo basado en las garantías que el gobierno nacional proporcionaba a los jóvenes colombianos que quisieran hacer carrera en esta institución, convencido de unas ventajas y beneficios ofrecidos al momento de tomar esta decisión, egresó y fue dado de alta como Agente ese mismo año.

“2. Desde su mismo origen y creación, la carrera del nivel ejecutivo en la Policía Nacional tuvo como **finalidad mejorar las condiciones salariales y laborales de los policías**, tal y como puede verificarse en las recomendaciones que efectuaron las dos misiones que estudiaron la problemática institucional en el año de 1993.” (La negrilla y subrayado es del texto).

“3. Con base en lo anterior, motivado por sus superiores y con la confianza en las normas que regulan dicha carrera y que establecieron la NO DESMEJORA NI DISCRIMINACIÓN EN NINGUN (sic) ASPECTO, encontrándose al servicio de la Policía Nacional como Suboficial, según resolución No 2123 del 15 de Marzo de 1994, se HOMOLOGO a la carrera profesional del Nivel Ejecutivo en el grado de Subintendente del cuerpo de vigilancia.”

"4. Su última unidad donde laboró fue el Comando de Policía Metropolitana de Cartagena. con sede en la ciudad de Cartagena."

"5. Para el año de 2007 el actor no devengó ni ha devengado los haberes que certifica el Ministerio de Defensa Nacional, motivo de la declaración de Nulidad y Restablecimiento del Derecho."

"6. Mediante oficio No. 36091 MDNVEPDPPSDGPP del 6 de Mayo del 2009, el Ministerio de Defensa Nacional, certifica que el actor para el año 2007 en el grado de Comisario ganaba o percibía en haberes la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/lega (\$3.436.857,00), pero la Policía Nacional no le canceló ese año dicha suma, es más para el año 2010, o sea (sic) dos años más tarde la suma que la Policía nacional le asigna es un monto menor.

"7. El actor desconoce el porqué la Policía Nacional le descontó por cada mes del año 2007 sumas que no a (sic) autorizado en su nombre ni existe orden judicial al respecto y continuó con los mismos descuentos para los años 2008, 2009, y 2010, además que no se tuvo en cuenta esta suma para el incremento anual a que tienen derecho los servidores públicos."

"8. Las normas legales que crearon y desarrollaron la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como en este caso, están en servicio activo ingresaron a esta carrera, en el sentido de que tal ingreso **no podía desmejorar ni discriminar la situación EN NINGUN ASPECTO, veamos:** (La negrilla y subrayado es del texto).

"9. En razón a su condición de NO UNIFORMADO (CIVIL) en servicio activo al momento de Homologarse al Nivel Ejecutivo **NO SE PODIA DESMEJORAR EN NINGUN ASPECTO SUS DERECHOS SALARIALES Y PRETACIONALES,** respecto a la situación laboral que tenía en su vinculación previa con la Policía Nacional. (La negrilla y subrayado es del texto).

"10. Así las cosas, el actor tiene un derecho adquirido, cierto, indiscutible e irrenunciable, a que los factores salariales y prestacionales le sean liquidados y pagados con el sueldo básico devengado año por año, desde 2007 hasta el mes que ocurra su retiro institucional y que este incremento se aplique en la hoja de servicios del actor, así como en el auxilio de cesantías retroactivas."

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El apoderado de la parte actora citó como normas violadas de la constitución nacional los Artículos 1, 2, 22, 25, 25, 334, 366 y 373. En concordancia con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados mediante la Ley 74/68, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la misma ley, y el artículo 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada mediante Ley 16 de 1972, que conforme con el artículo 93 de la Carta Política integran el bloque de constitucionalidad.

Legales

- Ley 4ª de 1992
- Ley 180 de 1995
- Decreto 132 de 1995
- Decreto 1213 de 1990
- Oficio Nro 36091/MDNVEPDPPSDGPP/ de mayo 26 de 2009 del Ministerio de Defensa Nacional.

El concepto de violación de las anteriores disposiciones, se transcribe en lo pertinente de la siguiente manera:

"DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES, preámbulo y artículo 1º C.N, (sic) Derechos que se violaron flagrantemente por la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, al negar las pretensiones del actor, al ser preceptos constitucionales que

promulgan y garantizan el respeto de los derechos fundamentales y sociales de los ciudadanos.

(...)

Pero la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, ha desestimado el valor jurídico en el acápite de las normas Constitucionales enunciadas así como los derechos sobre incremento salarial los cuales eran derechos adquiridos y era una obligación implícita para esta entidad la liquidación y pago de estos incrementos para lo cual debe rectificar y restablecer este derecho arbitrariamente suspendido, cancelando y liquidando desde el 27 de julio de 2007 al momento de formular la Demanda, con indexación e interés legales vigentes.

(...)

El acto demandado viola los principios, valores, y fines del Estado Colombiano, consagrados en el artículo (sic) 2º de la C.P, en concordancia con el artículo (sic) 4º ibídem todo vez que una autoridad administrativa desconoce los mandatos expresos e imperativos del legislador, en las lees 4ª de 1992, 180 de 1995 y el Decreto ley 132 de 1995, que consagran y disponen refiriéndose a los integrantes de la Policía Nacional que, encontrándose en servicio activo, ingresaron por homologación a la carrera del nivel ejecutivo, NO PUEDEN SER DESMEJORADOS NI DISCRIMINADOS EN NINGÚN ASPECTO, en estas condiciones se resiente la estructura misma del Estado de Derecho.

(...)

También resulta vulnerado el artículo (sic) constitucional ya que, no le es dado a la Administración y a quienes la integran el extralimitarse en ejercicio de sus funciones, vulnerando con su poder la Constitución y la ley, ya que no puede expedirse un acto administrativo en donde se certifiquen haberes que no ha recibido el trabajador por parte del empleador DESMEJORANDO Y DISCRIMINANDO a aquellos que confiaron en los principios de la BUENA FE y la CONFIANZA LEGITIMA del Estado Colombiano.

(...)

El acto demandado es violatorio igualmente del artículo (sic) 13 por cuanto se manifiesta en el mismo que la Policía Nacional cumplió y ha venido cumpliendo con los parámetros establecidos por la ley, pero han (sic) verificar el oficio Nro. 36091/MDNVEPDPPSDGPP de mayo 26 de 2009, se observa claridianamente que no es así y que se está incumpliendo con el pago correcto de los haberes que en verdad le corresponden al actor.

(...)

Con el acto administrativo demandado se violó el artículo (sic) 29 de la carta política, al no efectuarse un debido proceso para suprimir o extinguir los derechos que el actor debe recibir y además de desmejorarse y discriminarse las garantías y prerrogativas que debe gozar desde el mes de julio de 2007 de acuerdo al oficio No 3091/MDNVEPDPPSDGPP de mayo 26 de 2009, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional.

(...)

La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, incurre igualmente en la violación del Artículo 53 Constitucional al no tener en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: ... irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, así como lo establecido en la ley 4ª de 1992, ley 180 de 1995 y Decreto ley 132 de 1995, que así lo exige, que prohibieron cualquier discriminación o desmejoras para estos servidores, respecto del Decreto 1212 de 1990, que es el referente para no desmejorar la situación anterior y en atención al oficio Nro 36091/MDNVEPDPPSDGPP/ de mayo 26 de 2009, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional.”...

Concluye el actor “que el régimen salarial y prestacional de los miembros la (sic) Policía Nacional se encuentra regulado por diferentes normatividades, las cuales no muestran una adecuada concatenación frente a las leyes marco, la cual ha generado la declaratoria de nulidades que dejan vacíos normativos y dificultan la interpretación de la normas y su aplicación, además que al momento del actor ingresar al Nivel Ejecutivo, para ese momento no se había expedido las nuevas regulaciones y le continuaban rigiendo las disposiciones, contenidas en el Decreto 1212 de 1990, anteriormente relacionado, que si existía dudas por parte de la demandada, esta tendría que remitirse al artículo (sic) 53 de la carta política.”

B. LA CONTESTACION

La entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda en los siguientes términos:

En cuanto a las pretensiones solicitadas en el libelo de la demanda nos oponemos a ellas, debido a que carecen de fundamentos legales y respaldo probatorio.

Como razones de la defensa en ajustada síntesis expone: "(...) *Así mismo, en el párrafo 2º del citado artículo se consagra que también quedarán cubiertos por estas disposiciones, el personal del nivel Ejecutivo de la Institución en servicio activo, es decir que incluye no solo a los que ingresan a dicho nivel a partir de la vigencia del decreto, sino también aquellos que pertenezcan a él desde antes de la promulgación de esta norma.*

(...)

Si bien, el libelista considera que se vulneran los derechos adquiridos de aquellos que pertenecían al Nivel Ejecutivo antes de la vigencia del decreto, no es menos cierto que la normatividad aplicable para el personal de la Policía Nacional homologado al Nivel Ejecutivo o que se encuentran en el mismo por incorporación directa desde el año de 1994 a la fecha, es el Decreto 4433 de 2004, artículo 25, de acuerdo con lo expuesto en el numeral anterior, razón por la cual no puede reconocerle al actor las partidas contempladas en el decreto 1212 de 1990, para efecto de liquidarle la asignación de retiro."

C. ALEGATOS PRIMERA INSTANCIA

1. DE LA PARTE DEMANDANTE.

La parte demandante, no presentó alegatos de conclusión.

2. DE LA PARTE DEMANDADA (Fl. 95 a 103)

La parte demandada, en su escrito de alegatos de conclusión presentado el día 09 de mayo de 2012, reiteralos argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

D. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (FI-107-116).

EL juez A quo previo estudio realizado al caso concreto coligue que el problema jurídico consiste en determinar si el demandante al haberse homologado del cargo de Cabo Segundo en la carrera de Suboficial de la Policía Nacional a la carrera profesional del nivel ejecutivo en el Grado de Intendente Jefe del cuerpo de vigilancia, perdió o no el derecho a que se le liquidaran los salarios devengados de conformidad con las normas que regulan su cargo anterior, y de ser así entonces determinar si tiene derecho a que se le reliquiden con base en ese régimen.

Seguido cita como marco jurídico el artículo 150 y 189 Constitucional, en relación con el establecimiento del régimen prestacional de los miembros de la Policía Nacional exponiendo que la Constitución Política fue clara en señalar que dicho régimen estaría determinado por la Ley.

En ese orden de ideas se remite a la Ley 4ª de 1992, la cual en su art. 2º - literal a) se refiere a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general como en los régimen especiales, consagrado en los Decretos Leyes 1212 y 1213 del 8 de junio de 1990, por los cuales se reformaron los estatutos de personal de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

Paralelamente expone, que con la expedición de la Ley 180 de 1995, se modifica la estructura de la Policía Nacional y se advierte de manera categórica que la creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo; remitiéndose a la sentencia del H. Consejo de Estado de fecha 14 de febrero de 2007, que declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Concluye el Juez A quo al considerar:

“Aunque esta judicatura acoge la tesis referente a que quienes se homologaron de suboficiales de la Policía Nacional a nivel ejecutivo de dicha entidad, no pueden ser discriminados ni desmejorados salarialmente, en el presente caso no se acreditó la fecha en que se homologó el demandante ni tampoco las prestaciones que devengaba en ese momento.”

E. LA APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpone recurso de apelación con fecha de recibido 12 de Julio de 2012 (Fl.118-125), donde manifiesta lo siguiente:

“La sentencia recurrida, al pronunciarse en el fondo de asunto, niega las suplicas (sic) de la demanda por considerar, en síntesis:

1-Que el actor no demostró cuando se homologó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, ni las prestaciones que devengaba en ese momento.

No compartimos la decisión acatada, por cuanto es contraria a la verdad de autos, al denotar que se falló con interpretaciones rigoristas, dada la difícil pero no siempre imposible destrucción de la presunción de legalidad de un acto el que aquí se demanda, pues con los cargos expuestos en la demanda y demostrados mediante las pruebas allegadas al proceso, se evidencia que la autoridad nominadora incurrió en falsa motivación, como se planteó en la demanda y se probó, se configuran intenciones distorsionadas del nominador que le hacen perder su presunción de legalidad al acto administrativo acusado. La exigencia procesal de probar la falsa motivación alegada fue-precisamente-la que se demostró dentro del proceso, como seguidamente, y en forma respetuosa, insistimos en segunda instancia

Como se puede apreciar dentro del plenario, el oficio No 36091 MDNVEPDPPSDGPP, adiado el 06 de Mayo de 2009, fue la respuesta a la petición del señor JUAN CARLOS CORONEL GARCIA, del señor Ministro de Defensa Nacional, al cuestionario sobre la

expedición de "...1-de todos los antecedentes que se recopilaron, se tuvieron en cuenta y se presentaron ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Presidencia de la República de la República y otras dependencias para que el gobierno nacional en el año 2007, autorizará u ordenará el aumento de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública.

2-Las tablas comparativas de los sueldos y demás prestaciones que se manejaron o tuvieron en cuenta en este tema, respecto de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerza Pública en relación con el nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y aquella que se presentó para fundamentar el aumento arriba referido.

En dicha respuesta se puede observar CLARIDIANAMENTE, SIN TEMOR A EQUIVOCOS REMOTAMENTE, que en la misma se está certificando los HABERES, respecto a PESOS de 2007, de los funcionarios de ese Ministerio y que la FUENTE de esta certificación¹ es la POLICIA (sic) NACIONAL y MDN DIRECCION (Sic) DE PLANACION (sic) Y PRESUPUESTACION (sic) DEL SECTOR DEFENSA.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- En auto de fecha 06 de noviembre de 2012, se concede el recurso de apelación (FL. 139).
- En auto posterior de fecha 07 de diciembre de 2012, admite el recurso de apelación. (Fl. 141) y se notifica al Ministerio Público para que rindiera concepto en esta instancia y se resuelve correr traslado a las partes para que aleguen de conclusión.
- Finalmente el proceso entra para su pronunciamiento al despacho 001 en Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar.

¹Ver folios 19 a 22 del expediente.

VI. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia.

La Señora Procuradora 22 Judicial II Administrativo Delegada ante esta jurisdicción, emitió su concepto en lo referente así:

“Para sustentar nuestra tesis, de que SI se debió declarar la Nulidad del Acto Administrativo demandado, contenido en el Oficio Número 142911/ADSAL-JEFAT-6.6.6-22 del 11-OCTUBRE-2010, que SI se demostró la fecha en que se Homologó al nivel ejecutivo el accionante, y SI se demostró las prestaciones que devengaba en ese momento, con fundamento en las siguientes apreciaciones:

Primero que todo, nos acogemos a la tesis del Juez de primera instancia, de que quienes se Homologaron de Suboficiales de la Policía Nacional al Nivel Ejecutivo de dicha entidad, no pueden ser discriminados ni desmejorados salarialmente, conforme lo ordena la ley 180 de 1995, por lo cual se modifica la estructura de la Policía Nacional, quedando integrada por Oficiales, Personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos, Personal del Servicio Militar Obligatorio y demás personal No Uniformado (artículo 1º), revistiendo al Presidente de la República de precisas facultades extraordinaria, hasta por 90 días, para desarrollar, entre otras, la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Institución Policía, a la cual podrán vincularse, suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa (artículo 7º).

La ley 180 de 1995, en el párrafo único del artículo 7, dispuso, que con la creación del Nivel Ejecutivo, previendo con ello una protección especial para el personal de Agente, suboficiales y no Uniformados que se homologaran al nivel Ejecutivo.

La ley 4º de 1992, por la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza

Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, dispuso:

ARTÍCULO 1º. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

(...)

d) Los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 2º. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

ARTÍCULO 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

De igual forma, el Decreto 132 de 195, por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en su artículo 82, dispuso lo relativo al ingreso al nivel ejecutivo, reiteró lo señalado en Ley 180 de 1995, cuando señala que "El ingreso al Nivel ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional".

Pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagenade fecha 31 de Mayo de 2012, que negó todas las pretensiones de la demanda.

2. De los actos acusados

Se demanda en este asunto la nulidad del acto administrativo contentivo en el oficio Nro142911/ADSAL-JEFAT-6.6.6-22 de fecha 11 de Octubre del 2010, signado por el Jefe Área Administración Salarial de la Policía Nacional, el cual presuntamente negó reconocer el incremento de los haberes mensuales producto de los derechos adquiridos por homologación de cargo del accionante al nivel ejecutivo de las policía Nacional.

3. El problema jurídico a resolver.

De conformidad con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y en atención a los argumentos del A quo en la sentencia de primera instancia, la Sala considera que el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si el hecho de que la parte demandante no hubiese acreditado en este asunto mediante su respectiva aportación al proceso, de copia de la resolución No. 2123 del 15 de marzo de 1994, según la cual fue homologado a la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de Subintendente del cuerpo de vigilancia, ni que hubiese demostrado las prestaciones que devengaba antes de la homologación, da lugar a que no prosperen las pretensiones de la demanda como lo

concluyó el a quo; o si por el contrario esas probanzas no son necesarias para demostrar la ilegalidad del acto acusado?

Pero para poder responder el anterior problema jurídico es necesario previamente explicar el marco normativo y jurisprudencial relacionado con este asunto.

4. Marco normativo y jurisprudencial del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

En Sentencia del 26 de Noviembre de 2009, se realizó a partir de la demanda de nulidad parcial al Decreto 4433 de 2004, un estudio normativo sobre el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, sobre éste se precisó:

La creación del nivel ejecutivo en la Policía Nacional obedeció fundamentalmente a la necesidad de profesionalizar la base y mandos medios de la Institución y darle una formación integral que le permitiera afrontar con criterio y decisión, las múltiples y delicadas responsabilidades que debía asumir en desarrollo de su misión ante la comunidad, además, con la creación de ese nivel, se quiso mejorar la remuneración de los agentes y conferirles un régimen salarial especial.

Como antecedentes legales del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se tiene la reforma de la Policía Nacional que se inició con la publicación de la ley 62 del 12 de agosto de 1993 "Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un Establecimiento Público de Seguridad Social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República". (Subraya fuera del texto original)

*En virtud de tales facultades, el Gobierno Nacional dictó el **decreto ley 41 del 10 de enero de 1994**"Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones" (Subraya la Sala) y en él se consagró el llamado nivel ejecutivo de la Policía Nacional que comprende los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador según la especialidad.*

No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia No. C-417 del 22 de septiembre de 1994, declaró inexecutable las expresiones "nivel ejecutivo", "personal del nivel ejecutivo" y "miembro del nivel ejecutivo" empleadas en un gran número de artículos del decreto ley 41 de 1994, por exceder el límite material fijado en la ley de facultades extraordinarias (ley 62 de 1993), y declaró igualmente

²Dispuso en su artículo 115 El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto Ley 1212 de 1990 con excepción de los títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás normas que le sean contrarias

inexequibles varios artículos que se referían específicamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por la misma razón³.

*En consecuencia, el Congreso de la Republica expidió la **Ley 180 de 1995**, en la cual se modificó el artículo 1º de la Ley 62 de 1993, incluyendo al Nivel Ejecutivo como parte integrante de la Policía Nacional y revistiendo nuevamente al presidente de la República para desarrollar esta carrera, previendo expresamente, y en concordancia con los artículos 2º y 10 de la Ley 4ª de 1992, **una especial protección para el personal que atendiendo el llamado institucional, pasara de los escalafones de suboficiales, agentes o del personal no uniformado a la carrera del Nivel Ejecutivo.** (Negrillas de la Sala)*

En efecto el artículo 7º de la citada norma dispuso:

“ De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias hasta por el término de noventa (90) días contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

- 1. **Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo** a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, Personal no Uniformado y de incorporación directa (...)*

Parágrafo: La creación del Nivel Ejecutivo, no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.” (Destaca la Sala)

*Por su parte el **Decreto 132 de enero 13 de 1995**, que desarrolló la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, reguló el ingreso de personal uniformado de la Policía Nacional a su Nivel Ejecutivo en las condiciones que fijó, el retiro y causales en dicho nivel, a la vez que en su artículo **82** volvió a repetir una **protección** para dicho personal cuando expresó:*

“El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes ESTÁN al servicio de la Policía Nacional.” (Resalta la Sala)

*Este Decreto fue derogado por el **Decreto 1791 del 2000** “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*

³ El pronunciamiento de la Corte se fundamentó en que consideró que el ejecutivo se extralimitó al desarrollar las atribuciones otorgadas en el numeral 1º del artículo 35 de la ley 62 de 1993, porque al tenor de la ley de investidura no estaba autorizado para crear una tercera categoría dentro del personal uniformado de la Policía Nacional, denominada “nivel ejecutivo”, tal como se hizo, pues el legislador ordinario decidió conservar las mismas tres categorías que tradicionalmente se conocen en esa Institución, a saber: la de oficiales, la de suboficiales y la de agentes

Continuando con la evolución normativa en el tema que nos concierne, observamos que **Decreto 1091 de 1995** expedido por el Presidente de la República de Colombia, como desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4 de 1992, "*Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante el Decreto 132 de 1995*" consagró:

Artículo 49. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.

- a. Sueldo básico;*
- b. Prima de retorno a la experiencia;*
- c. Subsidio de alimentación;*
- d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad;*
- e. Una duodécima (1/12) parte de la prima de servicio;*
- f. Una duodécima (1/12) parte de la prima de vacaciones;*

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

Respecto de la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo, regulada en el artículo 51 del mencionado decreto, se presentó una causal de nulidad, ya que la norma se expidió pero sin tener en cuenta la protección especial de que trata el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995, por lo que se declaró la nulidad de dicha norma, bajo los siguientes consideraciones:

Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (Art. 13, 48 y 53)

y legales (Art. 7º párrafo de la ley 180 de 1995) que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

*Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificables o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido (...) sólo es dable exigirlo en la medida que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero lo cierto es que en este particular caso el **Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto –se repite– era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo**⁴. (Resalta la Sala).*

Por su parte el Decreto 4433 de 2004 "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de los miembros de la Fuerza Pública" señaló:

Título III asignación de retiro y pensión de sobreviviente del personal de la Policía Nacional. Capítulo I Asignación de retiro.

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 6º 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.

23.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con lo 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.

⁴Sentencia del 14 de febrero de 2007 Exp No. 1240-04

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilio y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones y sustituciones pensionales.

A partir del estudio normativo precedente podemos afirmar, que al establecer en la Constitución Política (Art. 150) la potestad al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública; y que mediante la Ley 4 de 1992 se determinaron los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional, entre ellos *el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales.*

*En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales (Art. 2 literal a de Ley 4/92), y que este respeto a los derechos adquiridos fue a su vez establecido en la ley 180 de 1995, al desarrollar la carrera profesional del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional, disponiendo que "La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo"(Parágrafo del Art. 7 Ley 180/95); se convierte por tanto, en una obligación para todas las autoridades, que a los suboficiales, agentes y personal no uniformado que ingresaron al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, respetarles la **protección legal** de no ser discriminados, ni desmejorados en ningún aspecto por el hecho de su ingreso al nivel ejecutivo.*

El respeto a los derechos adquiridos

Es vasta la jurisprudencia que encontramos sobre el respeto a los derechos adquiridos, sin embargo se expondrá algunos apartes de las mismas, a fin de lograr obtener cual es el sentido que se le ha dado a este principio.

En la Constitución Política de 1991, se dispuso como derechos adquiridos *aquellos que han entrado en el patrimonio de la persona, con arreglo a las leyes civiles y que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (Art. 58)*

Así mismo en sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional, consideró:

Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. Y además precisó El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'. Se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

De igual forma en sentencia C-763 de 2002, referenciada en sentencias anteriores recordó:

Por derechos adquiridos, ha dicho la Corte, se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente. Tal afectación o desconocimiento sólo está permitido constitucionalmente en el caso de que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso, para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano. Se trata de afirmar entonces el imperio del principio de que el bien común es superior al particular y de que, por lo mismo, este debe ceder.

6. Caso concreto.

En el caso bajo estudio tenemos que el señor José Omar Bueno Calvo por intermedio de apoderado, mediante derecho de petición radicado el día 20 de septiembre de 2010, concretamente solicitó a la Policía Nacional, que le fueran cancelados los dineros que presuntamente se le habían dejado de cancelar, pues consideró que para el año 2007 en el grado de Comisario, ganaba en sus haberes la suma de \$3.436.857.00, pero que la demandada no le incluyó esa suma mensualmente y que

además no se tuvo en cuenta dicha suma para el incremento anual de los servidores públicos de acuerdo a la constitución y la ley, por lo que puede que se le cancelen esos dineros con sus intereses e indexaciones además para los años 2008, 2009 y 2010 y que se ingresen a la hoja de servicios y auxilio de cesantías del demandante.-

Como respuesta a la anterior petición, la demandada expidió el oficio No. 142911/ADSAL – JEFAT – 6.6.6 – 22, mediante el cual se resuelve negar al demandante la nivelación y cancelación de los dineros que este dice dejó de percibir desde el año 2007 hasta el día de hoy, con los correspondientes intereses producto de la Homologación que realizó en el Nivel Ejecutivo de la Institución. (FI-46).

Como razones para dicha negativa expresó la entidad demandada que la Policía Nacional cuenta con un régimen especial propio prestacional y de carrera regulado en los decretos 1212, 1213, 1214 todos de 1990 y 1091 de 1995.

Que los sueldos básicos del personal uniformado y no uniformado de la Policía Nacional, los fija anualmente el Gobierno Nacional de conformidad con lo establecido en el art. 13 de la ley 4ª de 1992 y que en razón a todo lo expuesto el área de administración salarial en relación con la normatividad salarial y prestacional, sólo puede liquidar aquellos valores contenidos en los decretos de sueldos, primas y subsidios vigentes.

Pues mirando dicha respuesta, la Sala encuentra que la misma no estuvo ajustada a derecho pues desconoce el principio de los derechos adquiridos así como la prohibición expresa contenida en la ley de que no pueden ser desmejorados, ni discriminados en ningún aspecto el personal de agentes, suboficiales y no uniformados que se homologaron al Nivel Ejecutivo, en cuanto a la situación que tenían y gozaban al momento del ingreso al nuevo nivel.

Es de advertir que para la adecuada ejecución de las funciones a cargo de la Policía Nacional, el Constituyente previó un régimen especial de carrera cuya elaboración estaría a cargo del legislador, por mandato del artículo 218 constitucional, en consideración a la singular naturaleza de este cuerpo armado.

Precisamente con la finalidad de consolidar ese régimen han sido expedidas por el legislador ordinario y extraordinario múltiples disposiciones normativas. En principio se trató de la **Ley 62 de 1993**:

“Artículo 5° : por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.” En ella se le describió como “un cuerpo armado, instituido para prestar un servicio público de carácter permanente, de naturaleza civil y a cargo de la Nación. Su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar la paz ciudadana.”

De acuerdo con esa normativa, la Policía Nacional estaría integrada por oficiales, personal del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, alumnos, quienes prestan el servicio militar obligatorio en la institución y los servidores públicos no uniformados pertenecientes a la misma.

A fin de regular la carrera profesional de los oficiales, suboficiales y personales de nivel ejecutivo adscritos a la Policía Nacional, el numeral 1° del artículo 35 de la Ley 62 de 1993 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para su reglamentación, que se intentó mediante la expedición del respectivo decreto-ley, el 41 de 1994, que fue declarado inexecutable en su mayoría por la Corte Constitucional mediante sentencia C-417 de 1994.

La declaratoria de inconstitucionalidad de las normas acusadas se fundó en que, a falta de regulación específica sobre la categoría de los agentes, el Ejecutivo omitió la obligación conferida en el numeral 1º del artículo 35 de la norma habilitante, la ley 62 de 1993, que le exigía:

“modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.”

Es así como, dicha previsión fue desconocida por el Gobierno en ejercicio de su labor como legislador extraordinario, pues al regular únicamente lo concerniente a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, no se cumplió a la cabalidad con los precisos términos fijados por el Congreso en la ley de habilitación legislativa. Su inobservancia configuró la inconstitucionalidad de casi todas las normas del decreto.

Posteriormente se hizo un segundo esfuerzo por consolidar la carrera del nivel ejecutivo mediante la **Ley 180 de 1995**:

“por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Política denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes.”

A través del artículo 7º numeral 1º de esa Ley se habilitó igualmente a la Presidencia de la República, en cabeza del Ministerio de Defensa, para:

“1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa.”

Notoriamente el objetivo perseguido por el Ejecutivo con la consolidación de este nivel jerárquico era lograr la absorción, dentro de esta categoría, de un número plural de Suboficiales y Agentes a efectos de conseguir la optimización de la carrera policial, sistema para cuyo funcionamiento no se exigía hasta la fecha requisitos rigurosos para el acceso a cargos de planta, fundamentalmente para el ingreso al cargo de agente, que no estaba condicionado a la culminación del bachillerato.

En razón de ello fue expedido el **Decreto 132 de 1995**, "por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional" que resultó finalmente derogado por el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000. En lo atinente al ingreso, justamente en ese afán por cualificar la carrera policial, se estableció en el Decreto 132:

"ARTÍCULO 12. INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

- 1. Cabo segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente.*
- 2. Sargento Segundo y Sargento Viceprimero, al grado de Intendente.*
- 3. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;*
- 4. Sargento mayor, al grado de Comisario.*

*PARÁGRAFO 1o. **Una vez se ingrese al Nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se exigirá el título de bachiller, como requisito para ascensos posteriores,** de acuerdo con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional (...)*

ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

- 1. Solicitud escrita a la Dirección General de la Policía Nacional.*
- 2. **Acreditar el título de bachiller en cualquier modalidad.***
- 3. Evaluación y concepto favorable del Comité de Evaluación del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.*

PARÁGRAFO 1o. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo [sic] con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional. ” (Negrillas por fuera del texto original)

Resulta ostensible que el objetivo perseguido con el establecimiento de este nuevo escalafón fue la profesionalización de la actividad policial y el fomento de las condiciones primordiales para la promoción del personal perteneciente a cargos de planta, mediante la fijación de requisitos más rigurosos para el acceso a esos puestos básicos y la posibilidad subsecuente de que este personal tenga aseguradas mayores opciones de ascenso.

Como se dijo, la expedición del **Decreto 1791 de 2000**, implicó la derogatoria de las normas que con anterioridad regulaban la carrera policial. Este resultó de la autorización dada por el legislador ordinario al Presidente de la República para la reglamentación de esta temática, en virtud el artículo 1° de la **Ley 578 de 2000** que dispuso:

“ARTÍCULO 1°. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía

Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

Este último decreto sí satisface el propósito de regular el nivel ejecutivo de la Policía Nacional que, como ya fue expuesto, aparece delineado inicialmente en la Ley 180 de 1995, norma en la que se retoma la caracterización que de este cuerpo se consignó en la Ley 62 de 1993. De tal forma se reafirma su composición por parte de oficiales, personal del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, alumnos, por quienes presten el servicio militar obligatorio en la institución, así como los servidores públicos no uniformados que laboren en la misma.⁵

En efecto, de la Ley 180 se desprende el propósito inequívoco de instaurar *una nueva carrera profesional*, que resultó regulada con la promulgación del Decreto 1791 de 2000, en el cual se mantuvo la estructura jerárquica inicialmente propuesta en la Ley 180, salvo por la categoría de los alumnos que prestan servicio en la institución, la cual fue suprimida de esta estructura jerárquica. Conforme esta nueva normatividad, la carrera policial estaría integrada por cuatro categorías que en orden descendente serían las siguientes: 1) oficiales, 2) nivel ejecutivo, 3) suboficiales y 4) agentes. A manera de ilustración tenemos que los cargos que por disposición del Decreto 1791 de 2000, conforman la estructura policial se organizan así:

“1. Oficiales

a) Oficiales Generales

- 1. General*
- 2. Teniente General*
- 3. Mayor General*
- 4. Brigadier General*

b) Oficiales Superiores

- 1. Coronel*

⁵ Artículo 1º de la Ley 180 de 1995

- 2. *Teniente Coronel*
- 3. *Mayor*
- c) *Oficiales Subalternos*
 - 1. *Capitán*
 - 2. *Teniente*
 - 3. *Subteniente*

2. Nivel Ejecutivo

- a) *Comisario*
- b) *Subcomisario*
- c) Intendente Jefe**
- d) *Intendente*
- e) *Subintendente*
- f) *Patrullero*

(La negrilla y subrayado es de la Sala).

3. Suboficiales

- a) *Sargento Mayor*
- b) *Sargento Primero*
- c) *Sargento Viceprimero*
- d) *Sargento Segundo*
- e) *Cabo Primero*
- f) *Cabo Segundo*

4. Agentes

- a) *Agentes del Cuerpo Profesional*
- b) *Agentes del Cuerpo Profesional Especial*⁶

Ahora bien es importante precisar que el Decreto 1791 de 2000, incluye en el capítulo I del título tercero dos normas que abren la posibilidad de que personal perteneciente a la categoría de suboficiales y agentes ingrese al nivel ejecutivo a manera de **'homologación'**, simplemente mediante la presentación de una solicitud escrita ante la Dirección General de la Policía. (La negrilla y subrayado es de la Sala).

⁶ Artículo 5º del Decreto 1791 de 2000

El artículo 9º, relativo al ingreso de suboficiales al nivel ejecutivo, preceptúa que:

“podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

1. Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente;
2. Sargento Segundo, al grado de Intendente;
- 3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe;**
4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;
5. Sargento Mayor, al grado de Comisario.”

(La negrilla y subrayado es de la Sala).

Por su parte, el artículo 10º, que regula lo propio para el personal agente dispone:

“podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo, los agentes en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.”

Ello quiere decir que los agentes que así lo estimen conveniente cuentan con la posibilidad de ingresar al nivel ejecutivo en el primer grado, es decir, como patrulleros; mientras que los suboficiales, de acuerdo con esta escala de equiparaciones, entran a hacer parte del nivel ejecutivo en los cargos de subintendente, intendente, **intendente en jefe**, subcomisario y comisario. (La negrilla y subrayado es de la Sala).

Cabe recordar que la Homologación al Nivel Ejecutivo aglutinó las carreras de los Suboficiales y Agentes de la Policía, en una sola; estableciendo exclusivamente dos carreras: Oficiales y Nivel Ejecutivo.

El Nivel Ejecutivo vino a suprimir las carreras de Suboficiales y Agentes empalmándolas en una sola carrera que contuviera a todos sus miembros, exceptuando la carrera de Oficiales que continuaba sin modificaciones; permitiendo al

personal de Suboficiales y Agentes que lo solicitara, el ingreso al Nivel Ejecutivo, de acuerdo con las siguientes equivalencias:⁷

- Agentes con menos de ocho (8) años de servicio al grado de Patrullero.
- Agentes con ocho (8) o más años de servicio al grado de Subintendente;
- Cabo segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente;
- Sargento Segundo, al grado de Intendente;
- Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe;
- Sargento Primero, al grado de Subcomisario;
- Sargento Mayor, al grado de Comisario;

Pero quienes se Homologaran de Suboficiales de la Policía Nacional al Nivel ejecutivo de dicha entidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 180 de 1995, no pueden ser discriminados ni desmejorados salarialmente:

ARTÍCULO 7o. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:

(...)

PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.

En este mismo sentido se manifestó el H. Consejo de Estado CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D. treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013). REF: EXPEDIENTE NO. 7300123310002011000390, al expresar:

“En consecuencia, la norma acusada, párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo

⁷ Artículo 9 del DECRETO 1791 DE 2000

para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

[...]

Es cierto que la Ley marco establece en su artículo 3°, numeral 3.1 un tiempo mínimo de servicio de 18 años y un límite máximo de 25 años para obtener dicha asignación, sin embargo, en el presente asunto no se trata de establecer si el requisito del tiempo de servicio para la generalidad de los beneficiarios se estableció dentro de ese límite mínimo y máximo, sino de la garantía que la Ley 923 de 2004 estableció en favor del personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, que es la inconformidad planteada en la demanda.”.

“(v) De la anterior normativa y jurisprudencia, entonces, queda claro que quienes pertenecían al nivel de Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder, voluntariamente, a la carrera del Nivel Ejecutivo; y, que quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral.

En relación con este último aspecto, debe advertirse que se convierte en una regulación expresa de la prohibición de retroceso o de regresividad derivada del principio de progresividad al que están sometidas las facetas prestacionales de los derechos constitucionales.

En este marco, de una lectura armónica v. gr. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, con especial cuidado del artículo 2.1.⁹, se deriva que los Estados deben lograr la satisfacción plena de los derechos que allí se consagran [entre los cuales se hace referencia al trabajo y a su adecuada remuneración] de manera **gradual** y en **progreso**¹⁰. Bajo esta línea, aunque no se desconocen los esfuerzos económicos que se deben adelantar para la consecución de máximos niveles de satisfacción de este tipo de bienes, tampoco es dable, en principio¹¹, que el Estado, so pena de vulnerar el mandato de “progreso”, disminuya el nivel de protección que ha alcanzado por la vía de gradualidad, por lo que, tanto a nivel internacional como nacional, se ha considerado que uno de los propósitos derivados del referido principio de progresividad es la prohibición de retroceso o regresividad, la cual se ha entendido por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-428 de 2012, en los siguientes términos:

2.4. El último aspecto, denominado prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de algunas facetas prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada.”¹².

Al respecto, en la Sentencia C-038 de 2004, reiterada por la Sentencia T-662 de 2011 se consideró sobre los derechos adquiridos, que:

⁸ Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en los términos del artículo 93 de la Constitución Política

⁹ En similar sentido ver el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, en materia del principio – derecho a la seguridad social, el artículo 48 inciso 3º de la C.P. consagra el principio de progresividad

¹⁰ Al respecto ver la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU

¹¹ “En principio” implica que en nuestra jurisprudencia constitucional se ha establecido una presunción de inconstitucionalidad de las medidas que impliquen un retroceso, sin perjuicio de que, asumiendo una carga argumentativa, se justifiquen constitucional y legalmente las decisiones adoptadas en contravía de este mandato, por perseguir fines constitucionales imperiosos [ver la Sentencia T-043 de 2007]

¹² Para una mayor comprensión del asunto se pueden ver, entre otras, las Sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1098 de 2002, T-043 de 2007 y C-228 de 2011, y, consultar “Ni un paso atrás - La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Christian Courts (Compilador), CEDAL Centro de Asesoría Laboral y Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto s r l, Argentina, 2006

"Bien, el derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación."

Finalmente conviene advertir que en relación con el mandato de no regresividad y con la protección de derechos adquiridos, el literal a) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 [normativa a la que se sujetó el Gobierno Nacional al expedir el Decreto No. 1091 de 1995], dispuso:

"Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

[...]"

Bajo esta óptica, entonces, aunque no se desconoce la protección dada a los Agentes y Suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, de no ser desmejorados en sus salarios y prestaciones sociales, el Juez A

quo, no accedió a las pretensiones de la demanda, en consideración a que *"en el presente caso no se acreditó la fecha en que se homologó el demandante ni tampoco las prestaciones que devengaba en ese momento"*; al respecto conviene decir que por auto calendado a fecha 31 de Julio de 2013¹³, esta Sala de Decisión 003, ordenó por Secretaria, para mejor proveer, oficiar al Ministerio de Defensa – Policía Nacional, o la entidad o dependencia que tenga sus funciones, con el fin de remitir al expediente de la referencia:

- Un informe detallado, sobre los factores salariales que tuvo en cuenta la demandada para expedir la Certificación que obra en el oficio Nro. 36091/MDNVEPDPPSDGPP/ de mayo 26 de 2009, y sobre los haberes que devengaba un Intendente.
- Certificación de salarios y haberes devengados por el accionante en los meses de Junio y Julio del año 2007 y Mayo de 2009.
- Certificación donde conste en qué fecha el accionante se homologó al Nivel Ejecutivo.
- Copia íntegra y auténtica de todos y cada uno de los documentos que integran del expediente administrativo correspondiente al accionante, que dio origen al Acto Administrativo contenido en el oficio Nro. 142911/ADSAL-JEFAT-6.6.6-22 del 11 de Octubre del 2010, signado por el Jefe Área Administrativa Salarial de la Policía Nacional.

De la anterior orden se recibió respuesta por parte del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Talento Humano, memorial No. S-2013- 273895/ ADSAL-GRUNO-22, de fecha 20 de Septiembre de 2013¹⁴, recibido por esta Corporación el día 27 de

¹³ Folios 169 y 170.

¹⁴ Folios 173 a 177.

Septiembre del presente año, en el cual expone la entidad que el señor JOSE OMAR BUENO CALVO, se homologó al Nivel Ejecutivo en fecha fiscal, el día 01 de marzo de 1994, a continuación se transcribe apartes del memorial en comento:

“Numeral 3. En lo concerniente a la fecha en la que el señor Comisario JOSÉ OMAR BUENO CALVO se homologó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, le indico que verificando el Sistema de Información para la Administración del Talento Humano (SIATH), registra como fecha fiscal de homologación el 01 de marzo de 1994.”

Aunando un poco más y con la certeza de saber la Sala, la fecha de homologación al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional del accionante, a saber, 01 de Marzo de 1994, visible a folio 19 del expediente, milita oficio No. 36091 NDNVEPDPPSDGPP de fecha 6 de mayo de 2009, del Ministerio de Defensa Nacional en la cual se puede constatar que el actor, para el año 2007, en el Grado de Comisario devengaba en haberes, la suma de \$3.436.857. En este mismo orden se pronunció el Procurador Judicial II-22 Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar expresando:

“El actor para el año 2007 en el Grado de Comisario devengaba en haberes, la suma de \$3.436.857, folios 14, 15 y 16 hecho que quiso demostrar el accionante con la solicitud que hizo en el escrito de demanda, accediéndose a la práctica de dicha prueba, mediante auto, decretándose: (i) oficiar a la demandada, para que allegara al proceso los antecedentes sobre los factores salariales que tuvo en cuenta para expedir dicha certificación; (ii) oficiar a la Policía Nacional, a fin de que remitiera con destino a este Despacho y con destino al proceso certificación de salario y haberes devengados por el accionante, en los meses de junio y julio de 2007 y mayo de 2009; (iii) de manera oficiosa se solicitó a la Policía Nacional, la remisión de copia autentica del expediente administrativo correspondiente al accionante, que dio origen a la expedición el (sic) oficio de mandado y copia autentica de la historia laboral del demandante o historia en servicio activo, con la correspondiente certificación de

salario y demás prestaciones por el percibidas. (folios. 62-64), requerimientos que no fueron respondidos por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional; pero a folios 90 a 93, reposa la respuesta de la entidad demandada al requerimiento que hace el a quo relacionado con la constancia de sueldo devengado por el señor JOSE OMAR BUENO CALVO, en los meses de junio y julio de 2007 y mayo de 2009, y efectivamente en este no aparece lo devengado por el actor en el Nivel Ejecutivo en el grado de Subintendente del cuerpo de vigilancia, porque eso es precisamente lo que reclamó inicialmente por vía administrativa, y ahora lo hace por vía judicial.”

De lo anterior y una vez advertido el hecho de que visible a folio 24 milita copia de Resolución No. 0254 del 30 de julio de 2010, por la cual se retira del servicio activo a un personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, entre quienes se encontraba el accionante, quedando demostrado con total certeza que si se prueba el hecho de haberse homologado, razón que nos lleva a considerar la viabilidad de acceder a conceder lo demandado.

En mérito de lo anterior asumiendo los postulados Constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º, párrafo de la Ley 180 de 1995), que ampara y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de buena fe y de la confianza¹⁵, esta Sala decisión revocará la providencia de fecha 31 de Mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, por la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

Paralelamente se dispondrá decretar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 142911/ADSAL- JEFAT- 6.6.6 – 22 de fecha 11 de octubre de 2010. y en consecuencia ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, practicar nuevas liquidaciones de los haberes mes por mes y por todos y cada uno de los años de servicio de JOSE OMAR BUENO CALVO, tomando en consideración los

¹⁵ Consejo de Estado sentencia 14 de febrero 2007

haber sido certificados mediante oficio No. 36091 MDNVEPDPPSDGPP de fecha 6 de Mayo del 2009, así como de todos los factores salariales.

Pago de los perjuicios morales

Con relación a la pretensión del actor, a que sean reconocidos los perjuicios morales, estos no se encontraron debidamente probados dentro del expediente, es decir, que no hay certeza sobre la aflicción y el impacto psicológico, social y moral que aduce el demandante. De lo obrante en el plenario no se puede obtener tal evidencia, por tanto, no se accederá al pago de los perjuicios morales.

Condena en costas

Al respecto el Artículo 171 del C.C.A. establece: *"Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, 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."*

Conforme lo anterior, no advierte este Tribunal que en el curso del *sub judice* las partes asumieran una posición temeraria o dilatoria, motivo por el cual no se condenara en costas.

En virtud de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 003 administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la providencia de fecha 31 de Mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, por la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la Nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio No. 142911/ADSAL- JEFAT- 6.6.6 – 22 de fecha 11 de octubre de 2010, signado por el

Jefe Área Administración Salarial de la Policía Nacional, por las razones expuestas en el acápite de consideraciones.

TERCERO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho **ordenar** a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, practicar nuevas liquidaciones de los haberes mes por mes y por todos y cada uno de los años de servicio de JOSE OMAR BUENO CALVO, tomando en consideración los haberes certificados mediante oficio No. 36091 MDNVEPDPPSDGPP de fecha 6 de Mayo del 2009, así como de todos los factores salariales.

CUARTO: Las sumas reconocidas, se hará en los términos del Art. 178 del C.C.A.

QUINTO: SIN COSTAS en este proceso.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que resulten necesarias en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

CVR



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1266
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: RAMON SUAREZ GONZALEZ
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2012-00091-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECINUEVE (19) DE SEPTIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS. -
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

71 100 a 115
(1.03)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 755 - 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., Diecinueve (19) de Septiembre de dos mil trece
(2013)

TEMA: Prima de actividad -Reajuste de Asignación de Retiro

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-33-31-008-2012-00091-01

II. PARTES

Demandante: RAMON SUAREZ GONZALEZ

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9524, PSAA 12-9537 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

1. *“Se DECRETE por parte de ese despacho la NULIDAD de la comunicación de fecha 17 de agosto del año 2011, la cual se encuentra rotulada CREMIL 65614, consecutivo 39653, distinguida como No. 320 dirigida a mi representado RAMON SUAREZ GONZALEZ, suscrita por el abogado JAIME ELKIN MUÑOZ RIAÑO, en su condición de Jefe de Oficina Asesora de Jurídica encargado de las funciones de Subdirector Prestaciones Sociales Prestaciones (sic), la cual solo fue recibida por mi cliente el día 26 de agosto del año en mención, manifestación esta que se hace bajo la gravedad juramental, acto administrativo contentivo de una respuesta a solicitud de reconocimiento de un derecho, relacionado con la PRIMA DE ACTIVIDAD, en la cual se le manifiesta a mi poderdante que NO se le reconoce el incremento del porcentaje que, viene percibiendo mi representado por concepto de tal prima.*
2. *Que como consecuencia de tal determinación, se DECRETE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO consistente en que mi poderdante deberá recibir por parte de la entidad accionada los valores correspondientes al incremento del 12.5% de tal PRIMA DE ACTIVIDAD, causados desde el día 27 de julio del año 2007, fecha de entrada en vigencia del decreto 2863 que, autorizó su aumento, hasta la fecha actual, valores estos que DEBERAN CANCELARSE DEBIDAMENTE INDEXADOS.*
3. *IGUALMENTE se CONDENE a la entidad demandada al RECONOCIMIENTO Y PAGO de LA NIVELACION de su asignación de retiro, por lo que la misma DEBERA REAJUSTAR tal asignación de los valores reconocidos por concepto de tal PRIMA.*

4. Se *ORDENE* al ente accionado a darle cumplimiento a los términos del pertinente fallo, dentro de la oportunidad señalada en el art. 176 al 178 del C.A.A. y los decretos 768 del 26 de abril del año 1993 y 818 del año 1994.
5. Se condene en costas y agencias en derecho.
6. Se me reconozca personería para actuar en tal asunto.”

2. HECHOS

1. El señor RAMON SUAREZ GONZALEZ, prestó sus servicios personales a las Fuerzas militares y concretamente a la ARMADA NACIONAL, habiendo ingresado inicialmente con el grado de GRUMETE, consecutivamente fue ascendido al grado de MARINERO. Posteriormente, fue distinguido con el grado de Suboficial Tercero, lo que causó como consecuencia de su buen comportamiento, desempeño idóneo y responsabilidad en las labores encomendadas, que lo ascendieran a Suboficial Segundo. Así las cosas, y cuando adopta la decisión de retirarse de tal Institución, ostentaba el grado de Suboficial Primero.

2. Posteriormente y merced al lleno de requisitos y tiempo de servicios, se procedió al reconocimiento de su derecho a la “Asignación de Retiro”, mediante acto administrativo el cual, oportunamente, le fue debidamente notificado, y por ende encontrarse legalmente ejecutoriado.

3. En relación con los valores correspondientes a la denominada “Asignación de retiro” que es equiparable a la conocida pensión de Vejez o de Jubilación, mi prohijado ha visto recibiendo a partir de tal anualidad y en los correspondientes años subsiguientes, los debidos reajustes que vienen reseñados y reconocidos en legislación vigente sobre tal particular, lo que equivale decir, la ley 4ª de 1992, decreto 1212 de 1990, Decreto 745 del 2002 y pertinentes.

4. Con respecto a la legislación puesta de presente en el numeral anterior, la referenciada ley 4ª de 1992, consagró un procedimiento de aumentó gradual en la

escala correspondiente para la Fuerza Pública. En desarrollo de tal ley se expidieron varios Decretos, encontrándose entre ellos el 2863 del 27 de julio del año 2007, por medio del cual el ejecutivo Nacional ORDENO, el aumento de la Prima de Actividad que venía percibiendo mi representado, la cual era representativa de un 37.5%. el aumento en cuestión se tarifó en un 50%.

5. Ante tal determinación del Ejecutivo Nacional, de aumentar el porcentaje que venía percibiendo mi representado de la referenciada Prima de Actividad, y como tal aumento NO se registraba el correspondiente desprendible de pago de su respectiva mesada, provocó tal irregularidad la reclamación por parte de mi prohijado, quien fue radicada en la oficina respectiva del ente demandado, bajo el número de radicado 52386.

7. Como respuesta a los términos de tal misiva, la cual en forma concreta se limitaba a reclamar el aumento del 12.5% restante de tal prima, ya que solo recibía el 37.5% por tal concepto, se envió por parte de tal encartada, comunicación de fecha 17 de agosto del año próximo pasado, distinguida como Cremil 656144, consecutivo 39653, la que solo fue recibida físicamente por mi cliente, el día 26 del mismo mes en mención, por medio del cual DENEGABA tal pretensión.

8. Por último es menester aclarar que, concebido como lo ha sido el momento el carácter prestacional de tal prima, y teniendo en cuenta el NO reconocimiento que sufrió mi representado durante su estancia laboral o activa en tal entidad empleadora, se hace necesario recalcar el reconocimiento de la misma, para efectos liquidatarios en lo concerniente con el valor de su asignación de retiro, lo que efectivamente NO ha ocurrido, ya que en el momento de liquidarse los factores salariales y prestacionales para adoptar el valor de su respectiva mesada, NO se tuvo en cuenta tal prima.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 2,13, 25, 53 y 58.
- Artículo 1, literal "d", 2 literal "a", 4, 10, 13,18 de la ley 4ª de 1992.
- Artículo 32 del Decreto 1515 del 2007.
- Artículo 2,4 del Decreto 2863 del 27 de Julio del año 1990.
- Artículos 2,13 (13.1.2), artículo 38 del Decreto 1214 del año 1990.
- Artículos 1, 2,23 (23.1.2) del Decreto 4433 del año 2004, y demás normas pertinentes y concordantes con la situación "Sub-Lite".

En atención a la normatividad puesta de presente se observa en primera instancia, y teniendo en cuenta el contenido de nuestra Carta Política como estatuto magno de nuestra legislación Policiva que, la misma encierra desde sus inicios una virtual protección a todos los Asociados por parte del Estado, garantizando el cumplimiento a favor de los mismos de los más elementales derechos, ora como ciudadano, ora como trabajador o pensionado; le reconoce esencialmente derecho de igualdad a todos los asociados sin discriminación de ninguna índole, ya sea como blanco, negro, pobre, rico etc., por lo que hallándonos en un momento pertinente en determinada situación, estaremos recubierto de esa especial protección. Con fundamento en tal protección y asistencia garantiza el Estado a favor de todos sus miembros derecho y acceso al Trabajo, y consecuentemente con ello el pago y reconocimiento de los derechos inherentes al mismo, ya sea como activo o pensionado al haber adquirido por efectos de largos años de labores, acceso a tal prestación. Ello comunica seguridad al pensionado que, encontrándose en situación de avanzada edad, requiere en forma preferencial de protección lo que le genera el reconocimiento de derechos fundamentales y reconocimiento por parte del Estado de garantía de mejores condiciones de vida. En desarrollo de tales principios, se expidió la ley 4ª de 1992 por medio del cual se establecieron una escala de sueldos, salarios y prestaciones de los miembros de la fuerza Pública, así como la creación de un Plan Quinquenal para la

Fuerza Pública, extendiendo este desde el año m1992 hasta el año 1996 inclusive, en desarrollo y con fundamento en tal normatividad contentiva del Plan en mención, se expidió el Decreto 2863 del 27 de julio del año 2007, por medio del cual el Ejecutivo Nacional, modifica parcialmente los términos del Decreto 1515 del año 2007, legislación esta que tiene que ver con lo concerniente con la fijación de los sueldos de personal de Oficiales y Suboficiales vinculado a las Fuerzas Militares y otros adscritos a la Policía Nacional, la Armada Nacional. Es de resaltar que, el primero de los decretos referenciados en su art. 2, incrementa en un 50% a partir del 1º de Julio del año 2007, el porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD que se encuentra cobijada en el art. 84 del Decreto 1211 del año 1990, así como el art. 68 del 1212 del mismo año citado, lo mismo que el art. 38 del 1214 de tal anualidad en comento. Con claridad meridiana los mencionados preceptos refieren, al reconocimiento por parte de cada uno de los decretos reseñados, de la denominada Prima de Actividad. Obsérvese que en el primero de los decretos mentados (1211 del año 1990, se refiere precisamente a los "Oficiales y Suboficiales de las Fueras Militares..." cuestión esta atinente a la condición de mi prohijado quien, conserva su condición de SUBOFICIAL JEFE, grado este con que se retiró y pensionó en la Institución castrense en mención. Tal precepto señala en su contexto, un porcentaje del 33%, tarifa esta aumentada en un 50% por el pruricitado (sic) decreto 2863, en su art. 2 cuando, INCREMENTA el mismo en tal porcentaje. Las normativas relacionadas en los subsiguientes decretos, vale decir, el 1212 y 1214, refiere a personal de Oficiales y Suboficiales adscritos a la Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa. Del texto literal y contextual de los preceptos acabados de reseñar se tiene que, existe una claridad y diafanidad integral, el cual trasluce en considerar que, para el caso concreto de mi representado, este en el momento de reconocimiento de su asignación de retiro, solo se le reconoció por concepto de tal prestación demandada (Prima de Actividad), un 33%. Tal reconocimiento por efectos de tal reconocimiento de Pensión, se causa a partir del año 2044(sic). Cuando el art. 2 del tantas veces mencionado decreto 2863 del 27 de julio del año 2007, procede reajustar tal concepto prestacional en un 50%, con

vigencia a partir del 1 de julio del año en mención, se entiende sin mayores esfuerzos intelectivos que, es a partir de tal fecha que DEBE proceder a tal reajuste, hasta la fecha actual. Ello ya que, mi representado por razones obvias relacionadas con el objeto de la cursante actuación, NO ha recibido tal diferencia porcentual, lo que por razones obvias y sustracción de materia, le corresponde "Ipso Jure".

B. LA CONTESTACION

La entidad demandada, presenta contestación de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de los hechos y pretensiones, manifestando que los incrementos de la partida de prima de actividad se han venido efectuando conforme al decreto 2863 de 2007.

Así mismo señaló que en desarrollo de los preceptos constitucionales se han expedido una serie de Decretos por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de Oficiales y Suboficiales, de los cuales se encuentra vigente el Decreto 4433 de 2004.

Frente al demandante señala que adquirió el status de militar retirado al desvincularse de la Armada por solicitud propia a partir del 22 de julio de 1990, misma fecha en que reunió los requisitos para acceder a la prestación, que le fue reconocida mediante resolución No. 0372 del 20 de marzo de 1998, incluyendo la prima de actividad en un porcentaje del 25%, luego incremento al 37.5% conforme al decreto 2863 de 2007.

Además la entidad demandada, propone las siguientes excepciones:

“No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de retiro de las fuerzas militares.”

Las actuaciones realizadas por la Caja se ajustan a las normas vigentes aplicables a sus miembros, al realizar los incrementos anuales con base en decretos expedidos por el Gobierno, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector,

diferente de la normatividad dispuesta para los servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de la seguridad social. En el presente caso, no se da causal de nulidad, por el contrario las actuaciones se ajustan a lo dispuesto por el legislador, respecto al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

“Inepta demanda por inexistencia de unidad jurídica”

Expresa la accionada que el acto acusado es un oficio de carácter informativo y que existen otros, como el que reconoció la asignación de retiro que gozan de presunción de legalidad y no fueron demandados en este proceso, razón por la cual se torna inepta la demanda por falta de unidad jurídica.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En la sentencia de primera instancia el a-quo decidió negar las pretensiones de la demanda pues consideró que no es procedente incrementar el porcentaje de la prima de actividad que se computa en la asignación de retiro del actor, por cuanto el porcentaje reconocido lo fue con fundamento en la disposición legal vigente al momento en que adquirió el derecho y actualmente la recibe acorde con la normatividad aplicable.

El aquí manifestó que del acervo probatorio, que la entidad demandada reconoció al actor la asignación de retiro mediante resolución No. 1859 de 1990 (folio 39), es decir, bajo la vigencia del Decreto – Ley 1211 de 1990, siéndole reconocido un porcentaje del 25% por concepto de prima de actividad, conforme a lo dispuesto en su artículo 158 y 163, por haber laborado durante 21 años 1 mes y 26 días, esto es, un término superior a 20 años, pero inferior a 25.

Para el a-quo también quedó demostrado que el porcentaje antes indicado 25% se mantuvo hasta el mes de junio de 2007 y que a partir del mes de julio de ese año, se aumentó al 37.5%, según se observa en la certificación obrante a folios 51 a 52, lo cual indica que se dio aplicación a lo ordenado en el Decreto 2863 de 2007.

D. LA APELACION

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, manifestando que, el derecho que viene reclamado en el intrínquilis de la condigna actuación Judicial, deviene precisamente por efectos de la normatividad vigente en el momento en que, mi representado cumple con los requisitos y condiciones “especiales” que rigen para el personal militar vinculado con la Armada Nacional. Bajo tal arista se observa que, efectivamente en el momento en que se le reconoce su derecho pensional que, para la situación Sub- examine, recibe una denominación “Sui Generis” de “Asignación de Retiro”, lo cual, por efectos de pronunciamientos de Altas Cortes, se asimila en su efectos a lo que comúnmente se conoce como pensión vitalicia de vejez, se le reconoció por concepto de tal Prima de Actividad, un 25% del valor que percibía como mesada correspondiente.

Obsérvese que tal reconocimiento, se causa con fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto 443 del año 2004, y por consiguiente, antes del 1 de julio del año 2007. Se conoce que, el decreto en mención (4433 de 2004), refiere al denominado “Principio de Oscilación” lo cual es aludido expresamente por el canon 42 del mismo. Entonces, por efectos del sentido y alcance tal normatividad, en lo que concierne al reconocimiento de los derechos de los pensionados relacionados en su contexto que, tal reconocimiento (incremento hasta el 50% de la prima pluricitada), se extiende desde sus inicios, vale decir, desde el momento de reconocimiento de la denominada asignación de retiro, por la potísima razón de que tal derecho fue adquirido por mi prohijado, “... antes del 1 de julio de 2007”... Tal entendido señoría se explica, teniendo en cuenta la clara intención del Legislador, al expedir el decreto en comento (4433 del 2004), entendido su sentido en “recompensar” a los miembros en retiro de las Fuerzas Militares, con el reconocimiento de un derecho que desde el momento de la adquisición de su asignación, se le ignora. No es una dadiva del Legislador de entonces, sino sencillamente la aceptación tácita de un derecho que legalmente le correspondía a tales pensionados.

Ahora bien, por otra parte adicionalmente se considera que, cuando el canon 2 del decreto 3863 del año 2007, procede “incrementar” en un 50% el valor de la prima demandada, lo hace en el sentido de “Unificar” para todos los pensionados de tal Institución, con los grados y distintivos a que alude el canon 4 ibídem, (entre los cuales se encuentra mi prohijado), y que hayan adquirido su derecho antes del 1 de Julio del año 2007, como es igualmente la condición de mi representado. Una interpretación “ a contrario sensu” se nos antoja un cercenamiento del “Principio de la Inescindibilidad” de las normas y preceptos, teniendo en cuenta para ello, las consideraciones o fundamentos del legislador para la expedición de tal normatividad que, como se ha dicho o manifestado, lo que pretendió fue precisamente instituir un mecanismo legal, para “recompensar” a tales beneficiarios por el olvido de que habían sido objeto por parte del Estado Social de Derecho, en lo que justamente le debían corresponder.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto de fecha 7 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 31 de julio de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso.

En el presente caso, presente el demandante la nulidad de la comunicación de fecha 17 de agosto de 2011, plasmada en el oficio CREMIL 65614 consecutivo 39653, distinguida como No. 320 dirigida al actor RAMON SUAREZ GONZALEZ, suscrita por el abogado JAIME ELKIN MUÑOZ RIAÑO, en su condición de Jefe Oficina Asesora de Jurídica encargado de las funciones de Subdirector Prestaciones Sociales Prestaciones, mediante el cual le niegan al actor el incremento de la prima de actividad, que solicita.

Y como consecuencia de lo anterior, se decrete el restablecimiento del derecho consistente en que el actor deberá recibir por parte de la entidad accionada los valores correspondientes al incremento del 12.5% de tal PRIMA DE ACTIVIDAD, causados desde el día 27 de julio del año 2007, fecha de entrada en vigencia del decreto 2863 que, autorizó su aumento, hasta la fecha actual, valores estos que DEBERAN CANCELARSE DEBIDAMENTE INDEXADOS.

Por su parte el a-quo decidió negar las pretensiones de la demanda pues consideró que no es procedente incrementar el porcentaje de la prima de actividad que se computa en la asignación de retiro del actor, por cuanto el porcentaje reconocido lo fue con fundamento en la disposición legal vigente al momento en que adquirió el derecho y actualmente la recibe acorde con la normatividad aplicable.

Finalmente el apelante manifiesta que, el derecho que viene reclamado en el intrínquilis de la condigna actuación Judicial, deviene precisamente por efectos de la normatividad vigente en el momento en que, señalando que el actor cumple con los requisitos y condiciones “especiales” que rigen para el personal militar vinculado con la Armada Nacional. Bajo tal arista se observa que, efectivamente en el momento en que se le reconoce su derecho pensional que, para la situación Sub- examine, recibe una denominación “Sui Generis” de “Asignación de Retiro”, lo cual, por efectos de

pronunciamientos de Altas Cortes, se asimila en su efectos a lo que comúnmente se conoce como pensión vitalicia de vejez, se le reconoció por concepto de tal Prima de Actividad, un 25% del valor que percibía como mesada correspondiente.

Así mismo señala el recurrente que, cuando el canon 2 del decreto 3863 del año 2007, procede "incrementar" en un 50% el valor de la prima demandada, lo hace en el sentido de "Unificar" para todos los pensionados de tal Institución, con los grados y distintivos a que alude el canon 4 ibídem, (entre los cuales se encuentra el actor), y que hayan adquirido su derecho antes del 1 de Julio del año 2007.

3. Acto administrativo demandado.

El demandante solicita la nulidad *de la comunicación de fecha 17 de agosto del año 2011, la cual se encuentra rotulada CREMIL 65614, consecutivo 39653, distinguida como No. 320 dirigida a mi representado RAMON SUAREZ GONZALEZ, suscrita por el abogado JAIME ELKIN MUÑOZ RIAÑO, en su condición de Jefe de Oficina Asesora de Jurídica encargado de las Funciones de Subdirector Prestaciones Sociales Prestaciones, que negó el incremento del porcentaje relacionado con la prima de actividad procedente de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*

4. Problemas jurídicos a resolver.

Vistos los argumentos expuestos por el recurrente, así como los expuestos por el Juez a-quo en la sentencia apelada, la Sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si en el caso sub iudice, al actor le asiste el derecho al incremento del porcentaje reconocido por concepto de prima de actividad, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, y como consecuencia de lo anterior, el correspondiente reajuste de su asignación de retiro.

5. Marco jurídico

Para resolver el asunto objeto de debate es necesario tener en cuenta las normas reguladoras de la prima de actividad a fin de determinar con claridad cuáles son los factores a tener en cuenta para liquidarla.

❖ Naturaleza y Evolución de la Prima de Actividad.

La prima de actividad se consagró como un factor que tiene relevancia, como su nombre lo indica, para aquellos servidores de la Fuerza Pública en estado de servicio activo que es una retribución que se le asigna al servidor como un porcentaje de su sueldo básico.

Así mismo, la prima de actividad por expreso mandato normativo, constituye un factor que integra los conceptos que ha de tener en cuenta la Caja de Retiro correspondiente a efectos de liquidar la Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

En ejercicio de la referida por la Ley 19 de 1.983¹ se expidió el **Decreto 089 de 1.984**, mediante el cual se reorganizó la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Esta disposición estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo en cuantía equivalente al 33 (%) por ciento del respectivo salario o sueldo básico (Art.80). En el mismo sentido se incluyó la Prima de Actividad como factor o concepto integrante para liquidar la Asignación de retiro (Art.151).-

Posteriormente, como efecto de las facultades conferidas de la ley 5^a de 1.988², se expide el **Decreto 095 de 1.989** regulando la prima de actividad en su artículo 82 con el siguiente tenor literal:

¹"Que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional."

²"Que revistió de facultades al Presidente de la República para reformar los estatutos de carrera de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; el régimen disciplinario para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; el estatuto de Capacidad Psico-física, Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; y Reformar los Reglamentos de Calificación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"

“Art.82: Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio Activo tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”

Igualmente la citada normatividad dispuso incluir la prima de actividad para el cómputo de las prestaciones y en la asignación de retiro, regulados así:

“Artículo 154. Cómputo de la Prima de Actividad. A los oficiales o 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:

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

Se anota que el Decreto 095 de 1.989 derogó de manera expresa, el Decreto de 089 de 1.984.-

Siguiendo el orden cronológico normativo, el Congreso de la República expide la **Ley 66 de 1989** mediante el cual le otorgó facultades protempore al Presidente de la República para, entre otros, reformar los estatutos del personal de **Oficiales**,

Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en las siguientes materias: disposiciones preliminares; jerarquía; clasificación, escalafón, ingreso, formación y ascenso; administración de personal; asignaciones, subsidios, primas, dotaciones y descuentos, traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias; suspensión, retiro, separación y reincorporación; régimen general de prestaciones sociales; reservas, normas para alumnos de las escuelas de formación; trámite para reconocimientos prestacionales y disposiciones varias.

Amparado en ella expide el **Decreto 1211 de 1.990** *“por medio el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”*. Este Decreto no tuvo variación en cuanto a la regulación de la Prima de Actividad tanto para el personal en servicio activo como para el retirado, conservando los porcentajes en relación con el tiempo servido para efecto de cuantificar su inclusión en la asignación de retiro respecto de las disposiciones del Decreto 095 de 1.989. En efecto, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1.990 consagró la Prima de Actividad para el personal en servicio activo así:

“ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”.

Por su parte, en relación con su inclusión en la asignación de retiro, sus porcentajes con relación al tiempo servido se reguló en el artículo 159 de la siguiente manera:

“ARTICULO 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 computara 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%**)”.

Se tiene entonces que el Decreto 1211 de 1.990 estableció el cómputo de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 en la siguiente forma:

“ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias”.

Hasta este momento se tiene que existen unas disposiciones que regularon de manera uniforme, y más o menos pacífica, la inclusión de la prima de actividad, tanto en el Salario o sueldo básico de los miembros en servicio activo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, y luego como concepto o factor para liquidar las asignaciones de retiro, en un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su pase a retiro.

Luego de las disposiciones anteriores al Decreto 1211 de 1.990, se expide la **ley 797 de 2.003** mediante el cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

“ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política”.

En desarrollo de la precitada normatividad, se expide el **Decreto 2070 de 2.003** “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”.

En el Decreto que nos ocupa, al regular la Asignación de Retiro y de manera especial y concreta las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares dispuso:

“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 1o 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 pensiónales”.

Por su parte, en relación con los porcentajes de la las partidas computables para efectos de liquidar la Asignaciones de retiro de las Fuerzas Militares, el artículo 15 del Decreto 2070 de 2.003 señaló:

*“ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, **que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto** y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables”.

Debe decirse respecto del Decreto 2070 de 2.003 que fue declarado inexecutable mediante la Sentencia **C-432 de 2.004** con fundamento en los siguientes argumentos:

“Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

15. Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de

Retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.”

Y agregó en relación con toda la normatividad en estudio:

“18. En el asunto bajo examen, tanto el Decreto-Ley 2070 de 2003 "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional" como su ley habilitante,

al conformar un solo conjunto regulador sujeto a unos mismos principios y reglas, constituyen un sistema normativo entrelazado, frente al cual esta Corporación debe proferir un fallo unívoco.

En efecto, todo el contenido normativo del Decreto-Ley 2070 de 2003, se destina a regular el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública, señalando, entre otras materias: Su campo de aplicación (art. 1°), la garantía de los derechos adquiridos en materia de asignación de retiro y otras pensiones (art. 2°), los principios que regulan las prestaciones de asignación de retiro y otras (art. 3°), los factores salariales susceptibles de constituir el ingreso base de liquidación de las citadas prestaciones (arts. 4°, 5° y 6°), la forma de computar el tiempo de servicio para la debida liquidación prestacional (arts. 7°, 8°, 9° y 10), el régimen de beneficiarios (arts. 11 y 12), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de las fuerzas militares (arts. 13 a 22), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de la policía nacional (arts. 23 a 29), la pensión de invalidez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional (arts. 30 a 33), otras disposiciones relacionadas (arts. 34 a 45) y la vigencia (art. 45).

Por ello, si todo el Decreto-Ley 2070 de 2003 es contrario a la Constitución Política por vulnerar la reserva de ley marco, debe integrarse cabalmente la unidad normativa, en el entendido que conforma un sistema normativo integral con la ley habilitante. Lo anterior, con el propósito de impedir que en el ordenamiento jurídico continúen produciendo efectos en derecho disposiciones que desconocen la naturaleza jerárquica del texto superior.

Por lo anterior, la Corte declarará en la parte resolutive de esta providencia inexecutable tanto el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, como el Decreto 2070 de 2003, por vulnerar la reserva de ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición del texto superior."

Por manera entonces que el Decreto 2070 de 2003, en su integridad, fue declarado inexecutable por la Honorable corte Constitucional generando como efecto de derecho, el que la legislación que le precedía y que regulaba las asignaciones de retiro, concretadas en el Decreto 1211 de 1990, recobrarán toda su vigencia y validez. Así lo dispuso la sentencia que viene relacionada en los siguientes términos:

24.Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que "la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta"³⁶.

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.

Surge como ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad que se cita, que el régimen prestacional de la Fuerza Pública sólo puede ser expedido en desarrollo de una ley marco creada por el Congreso de la República y por tanto, el Presidente de la República carece de facultades para regular la materia mediante una norma jurídica distinta.

El discurrir normativo nos conduce a la expedición de la **Ley 923 de 2.004** “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar 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”. Con apoyo en la citada ley, se expide el **Decreto 4433 de 2.004**, que en su artículo 13 dice:

ARTICULO 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:

3.1 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 6o 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 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 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

PARAGRAFO: - 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.

Del artículo anterior, la Sala observa que hubo un cambio frente a la redacción que tenía el artículo 158 del decreto ley 1211 de 1990, puesto que en el nuevo artículo se expresa que entre las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro, está la prima de actividad, pero sin agregarle lo atinente a los porcentajes que entre el 15% y el 33% que traía el artículo 159 del Decreto ley 1211 de 1990.

Adviértase además que tanto el declarado inexecutable Decreto 2070 de 2.003, como el Decreto reglamentario 4433 de 2.004, son explícitos y claros en señalar el ámbito

de aplicación temporal y material de sus disposiciones. En efecto, todos los Decretos que vienen enunciados con posterioridad al 1211 de 1.990, apuntan a prescribir, que la regulación en ellas contenidas³⁴, desde el punto de vista material y personal, comprenden a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos, o que se encuentren en servicio activo la entrada en vigencia y sean retirados.

De manera pues que si bien es cierto que el numeral 13.1.2. del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, tuvo una redacción diferente a la del artículo 158 del Decreto ley 1211 de 1990, pues en el primero nada se dijo referente a porcentajes atados a tiempo de servicios para incrementar la prima de actividad como factor computable de las asignaciones de retiro, no obstante la Sala considera que ello no significó que el gobierno hubiese derogado mediante dicho decreto las disposiciones que sobre la materia trae el art. 159 del Decreto Ley 1211 de 1.990.

Así las cosas, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2.004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo a la variación porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo tanto en ese aspecto, a juicio de la Sala siguió en plena vigencia y eficacia, el contenido de los artículos 84, 159 y concordantes del Decreto 1211 de 1990.

En ese mismo orden de ideas, para todos los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la Asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el status de retirado antes del Decreto 1211 de 1990, hasta ese momento debía estarse a la normativa bajo cuya vigencia el Oficial y suboficial alcanzó el reconocimiento de dicha prestación, normas estas que en nada se oponen al contenido del Decreto 4433 de 2.004.

³ "Art 13 del Decreto 2070 de 2 003 'que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto" artículo 14 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, que sean retirados" y artículo 15 Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto

⁴ "Artículo 14 del Decreto 4433 de 2 004 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados"

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, tenemos que ya más recientemente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, el cual en su artículo 2º dispuso:

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

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º 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%)”. (Negrillas fuera del texto)

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

“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 asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º 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 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones”. (Negrillas fuera de texto)

Es decir, que a partir de la expedición del decreto reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el 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 1º de julio de 2007, y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

Ahora, con relación al denominado principio de oscilación, cabe señalar que el mismo es un sistema de reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares de acuerdo con las variaciones o modificaciones que se introduzcan anualmente en las asignaciones de actividad para cada grado por el gobierno nacional y que tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro.

Dicho principio de oscilación, para el ramo de las fuerzas militares, ha venido consagrado de forma inalterable desde hace varios años pudiendo citar por ejemplo el art. 139 del Decreto 2337 de 1971, que decía lo siguiente:

“Artículo 139. 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 131 de este decreto. 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”.*

Otras disposiciones como el artículo 169 del decreto ley 1211 de 1990 lo consagraron 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. 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”.*

Posteriormente los decretos 2070 de 2003 art. 42 y 4433 de 2004 artículo 42, mantuvieron la misma redacción que tenía el principio de oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.

6. Caso concreto.

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 activo.

Revisada la foliatura se observa que a folio 39 del expediente, que al actor le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 1859 del 17 de octubre de 1990, es decir bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, observamos que precisamente en la liquidación de la asignación de retiro del actor, se tuvo en cuenta que este laboró al servicio de las Fuerzas Militares un total de 21 años, 1 mes y 26 días; también se tuvo en cuenta su grado de Suboficial Primero de la Armada Nacional con que se retiró del servicio y además se le tuvieron en cuenta las siguientes partidas computables: prima de actividad 25%, prima de antigüedad 21%, y prima de navidad 1/12, subsidio familiar del 39%.

Se decidió entonces en el artículo 1º de la parte resolutive de dicha Resolución que a partir del 22 de julio de 2002 se reconocía y pagaba al demandante una asignación mensual de retiro en un porcentaje del 74%.

Se puede corroborar en el certificado expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que el actor en principio le fue reconocida en la precitada Resolución un porcentaje de prima de actividad del 25%, sin embargo se observa que en tal certificación que inicia en el año 2007, que dicho porcentaje del 25 % fue tenido en cuenta hasta el mes de junio del año 2007, pues a partir del mes de julio del 2007, se

evidencia en el certificado emitido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares visible a folio 51 del expediente, que la prima de actividad esta liquidada en un 37.5% quiere decir esto que la misma fue aumentada desde el mes de julio del año 2007.

Se tiene entonces , que yace certificación dentro del expediente, que permite corroborar a partir de qué momento la prima de actividad del actor fue elevada, esto es a folio 51 dele expediente, se puede verificar que la entidad demandada con la entrada en vigencia del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, aumentó la prima de actividad del actor en un porcentaje del 50% y por tal razón la prima que devenga actualmente ya no es del 25% como fue reconocida en principio, sino del 37.5% en razón a la entrada en vigencia del decreto que autoriza el aumento de dicha prima al personal retirado, es decir, que se aumentó en un 50% lo que se le venía cancelando al señor RAMON SUAREZ GONZALEZ, por concepto de prima de actividad.

El señor RAMON SUAREZ GONZALEZ, interpone demandada de nulidad y restablecimiento contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que se le reconozca, re liquide y pague la prima de actividad, con el incremento del 12.5% de tal prima, causados desde el día 27 de julio de 2007, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2863, que autorizo su aumento.

El A quo en su sentencia negó las pretensiones de la demanda al considerar que la equivalencia porcentual para realizar el incremento de la prima de actividad del personal retirado y activo que solo fue contemplada en el Decreto 2863 de julio 27 de 2007, y que en esa medida al demandante se le aumento en el porcentaje del 50% autorizado no encontrando que se encuentren vulnerados los derechos del actor con el acto administrativo que demanda.

El demandante al no encontrarse de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia interpone recurso de apelación contra la misma, manifestando "Que en canon 2 del decreto 3863 del año 2007, procede "incrementar" en un 50% el valor de la prima demandada, lo hace en el sentido de "Unificar" para todos los pensionados

de tal Institución, con los grados y distintivos a que alude el canon 4 ibídem, y que hayan adquirido su derecho antes del 1 de Julio del año 2007, como es igualmente la condición del actor. Una interpretación “ a contrario sensu” se nos antoja un cercenamiento del “Principio de la Inescindibilidad” de las normas y preceptos, teniendo en cuenta para ello, las consideraciones o fundamentos del legislador para la expedición de tal normatividad que, como se ha dicho o manifestado, lo que pretendió fue precisamente instituir un mecanismo legal, para “recompensar” a tales beneficiarios por el olvido de que habían sido objeto por parte del Estado Social de Derecho, en lo que justamente le debían corresponder.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos que se encuentran probados, así como las precisiones normativas que han sido efectuadas respecto de la figura jurídica de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y del principio de oscilación de la asignación de retiro o pensión, esta Sala considera que no hay duda alguna que en su momento, cuando se le reconoció al actor la asignación de retiro, el porcentaje que se tuvo en cuenta por concepto de prima de actividad para liquidar su asignación de retiro era del 25% y ese fue el aplicado y posteriormente se le reajusto al 37.5% de conformidad con el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007.

De igual manera, señala dicha norma, que la prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro se incrementara en el mismo porcentaje en que se haya ajustado la prima de actividad del personal activo correspondiente, es decir del mismo grado que el del retirado. El incremento de la prima de actividad para el personal en servicio activo fue en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1 de julio de 2007.

Así las cosas, es dable hacer la siguiente precisión, en cuanto el incremento del porcentaje de la prima de actividad en un 50% a partir del 1 de julio de 2007, consiste en que el porcentaje que venía percibiendo el retirado se incrementará en esta proporción, valga la redundancia, por ende, la interpretación hecha por el actor es

alejada de lo que realmente prescribe la norma, toda vez que lo pretendido por esta es el incremento de la prima de actividad al 50% de lo que le corresponde por asignación básica.

Es pertinente señalar por esta Sala, que el incremento del porcentaje de la prima de actividad que pretende el actor del 12.5% a partir del 27 de julio de 2007, y por ende aplicación del principio de oscilación, ya fue efectuado por parte de la entidad demandada, al aplicar el decreto 2863 de 2007, que determino el incremento en un 50% de lo que venía recibiendo como prima de actividad, que para su caso sería un 12.5%, pues el accionante se le está computando una prima de actividad liquidada en un 25%.

Es por lo anterior que le asiste razón a la entidad aquí demandada, al negarse a reconocer al actor el incremento pretendido de la prima de actividad, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y acorde con el tiempo de servicio el porcentaje que le es aplicable al actor es el 25%, razón por la cual, el incremento conforme al Decreto 2863 de 2007, es de 37.5%, como en efecto se cumplió por parte de la entidad aquí demandada.

Finalmente, reitera esta Sala que el actor le asiste derecho a que se le reajuste la prima de actividad conforme al Decreto 2863 de 2007 solo hasta un 37.5%, que es lo que actualmente viene recibiendo por prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

Así las cosas la Sala considera acertada la decisión del A quo, al no acceder a declarar la nulidad del acto demandado, toda vez que en el presente asunto no es procedente incrementar el porcentaje de la prima de actividad que se computa en la asignación de retiro del actor, por cuanto el porcentaje reconocido lo fue con fundamento en la disposición legal vigente al momento en que adquirió el derecho y actualmente la recibe acorde con la normatividad aplicable. Así las cosas la entidad demandada ha realizado los aumentos que la normatividad le ha permitido realizar.

Por consiguiente esta Corporación confirmará en todos sus apartes la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, dentro del trámite procesal de la demanda de Nulidad y Restablecimiento de Derecho interpuesta por el señor RAMON SUAREZ GONZALEZ, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS DE DESCONGESTIÓN


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDEÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1267
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO
DEMANDADO	: CORELCA S-A-E-S-P
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-504-2008-00570-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE 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 BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN N° 002

- SALA DE DECISIÓN 004 -

Cartagena de Indias, D. T. y C., Octubre Veinticinco (25) de dos mil trece (2013).

SENTENCIA No. 219 2013.

Tema: sustitución pensional – aplicación de la ley 100 en virtud del principio de retrospectividad.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13001-33-31-504-2008-00570-01
Demandante: ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO
Demandado: CORELCA S.A. E.S.P Y OTROS

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSAA 8347 de 29 de julio de 2011, PSAA12 9201 de 1º de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, por la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la señora ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CORPORACIÓN

ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA y GECELCA S.A. E.S.P. para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

1. **Se solicita su señoría declarar la nulidad del acto administrativo**, contenido en el oficio No. 01838 de junio 25 de 2007, emitido por la CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA", que **negó la pensión** de sobrevivientes a la cónyuge supérstite ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, con el cual quedó agotada la vía gubernativa (anexado al expediente original)
2. Condenar a la Corporación Eléctrica de la costa atlántica "CORELCA", a reconocer a mi mandante, ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, la Pensión de Sobrevivientes a que tiene derecho, desde la fecha de fallecimiento de su esposo, el trabajador SAULO GALEANO RAMOS, es decir, desde julio 4 de 1988, hasta cuando se haga efectiva, conforme a las normas legales existente referidas a este caso y sin dilación se produzca la decisión favorable.
3. Condenar a La CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA" al pago de la pensión de sobrevivientes a mi protegida ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, como cónyuge supérstite (en el porcentaje que para estos casos establece la Ley) en el 100% del salario promedio (según ingreso promedio), que para la fecha disfrutaba el trabajador fallecido SAULO GALEANO RAMOS. (...)

HECHOS

El soporte fáctico de los pedimentos, se concreta a lo siguiente:

1. El señor, SAULO GALEANO RAMOS, laboró en la CORPORACIÓN DE LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA", desde el 01 de agosto del año 1977, hasta el 4 de marzo de 1988, tal como se desprende de la liquidación de cesantía definitiva de fecha 13 de septiembre del año 1988, suscrita por el Jefe de la Sección Administrativa de Personal, es decir: diez (10) años, siete (7) meses y Tres (3) días, de lo cual se encuentra anexada al expediente original.
4. El Señor, SAULO GALEANO RAMOS, falleció el 4 de marzo de 1988, siendo funcionario activo de LA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA CORELCA, conforme la resolución No. 07258 de julio 25 de 1988, anexada en el expediente original.

5. La CORPORACIÓN ELÉCTRICA PARA LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA", conforme oficio No. 01838 de junio 25 de 2007, negó la pensión de sobreviviente a la cónyuge supérstite ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, identificada con CC No. 45.420.276, quien solicitó dicha pensión, en petición hecha en fecha abril 16, conforme Guía DEPRISA No. 151889665 alegando dicha entidad que: (...)
6. liquidación de la pensión. (...)

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

Código Contencioso administrativo Art. 88 y 137.
Ley 171 de 1961 artículo 12.
Ley 5ª de 1969 artículo 1º.
Decreto 3041 de 1966.
Acuerdo 224 de 1996.
Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el Decreto 232 de 1984 artículo 22

Manifiesta el apoderado de la actora, que en el presente caso: "LA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA", no puede alegar que conforme "lo señalado por el literal b. del Artículo 16, del decreto 2515 del 16 de diciembre de 1999, que es la oficina del Ministerio de Hacienda y de Crédito Público, a quien le corresponde conceder la pensión de sobreviviente a mi cliente, por cuanto es absurda su interpretación, ya que la ley, lo que preceptúa es que asumida la obligación, por la empresa la reserva de los dineros están a cargo "del Fondo de Reservas para Bonos Pensionales". Igualmente "a lo señalado por el artículo 102 del decreto 1848 de 1969 por medio del cual reglamenta el decreto 3135 de 1968, no habla de prescripción alguna, por cuanto es claro que los derechos adquiridos como la pensión no prescriben."

Así mismo expresó que: "si el causante SAULO GALEANO RAMOS, quien laboró en la CORPORACIÓN DE ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA", hubiera estado afiliado a un fondo de pensiones, conforme el tiempo laborado que alcanzó a cotizar un total de 3.913 días, convertidas a semanas serían un total de 544.71428, lo cual le daría derecho a la pensión que hoy su viuda pretende."

Finalmente señala: *“el objeto de este litigio, se focaliza en el punto de que el señor SAULO GALEANO RAMOS, (sic) laboro más de 10 años en la empresa LA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA “CORELCA”, y esta NIEGA pensión de sobreviviente a su cónyuge supérstite, sin justificación legal alguna, habiendo cotizado un total de 549.71248 semanas y 56.87142, semanas con la EMPRESA CONDISA S.A. a través del fondo de pensiones del Seguro Social para (sic) u total de 60.15 semanas , es decir más de 12 años laborando para haber dejado causado el derecho de la pensión de sobreviviente de su cónyuge supérstite, señora Esneda Londoño de Galeano.”*

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

GECELCA S.A.

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, contestó la demanda afirmando, que en el presente caso su apadrinada no tiene obligación legal alguna con la señora ESNEDA LONDOÑO DE GALENO, quien solicitó el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente del señor SAULO GALENO RAMOS.

Así lo considera, puesto que el convenio de sustitución patronal suscrito entre CORELCA y GECELCA, no dispuso en ninguno de sus apartes la asunción de las obligaciones laborales relacionadas con el señor SAULO GALEANO RAMOS, por cuanto su deceso se produjo antes de la suscripción del mencionado convenio.

Finalmente, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la causa.

CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA “CORELCA”

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, esta entidad contestó la demanda manifestado en lo pertinente lo siguiente:

Señala, que para los años en los cuales el señor SAUL GALEANO RAMOS trabajó para su apadrinada, la Ley 12 de 1975 no estableció la figura de la pensión de sobrevivientes, sino la figura de la sustitución pensional. En ese sentido, explica que la normatividad citada dispuso como condición *sine quanon* para acceder al reconocimiento de la sustitución pensional que, al causante le hubiere sido reconocida pensión por invalidez vejez o muerte, o en su defecto que contara con los requisitos necesarios para su reconocimiento.

En ese orden, explica que el señor SAUL GALEANO RAMOS, laboró para su apadrinada por un lapso de 10 años y siete meses, circunstancia que limita la posibilidad de reconocimiento del derecho solicitado por la actora, como quiera que no se le había reconocido pensión, ni muchos menos cumplió los requisitos para su reclamo antes de su muerte.

Consideró, que conforme a lo expuesto anteriormente, la apoderada de la actora confundió los conceptos de pensión de sobrevivientes y de sustitución pensional, toda vez que para la época en que se debió causar el derecho, la ley solo disponía sobre la sustitución pensional.

Finalmente, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, caducidad, prescripción e inexistencia de la obligación.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 25 de Junio de 2012, el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió:

FALLA:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de la obligación e Inexistencia de la causa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. 01838 de junio 25 de 2007, proferido por la CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA

COSTA ATLANTICA – CORELCA S.A. E.S.P., por no haber reconocido la pensión de sobrevivientes a la señora ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, conforme a la ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR (sic) CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLANTICA – CORELCA S.A. E.S.P., y a la GENERADORA y la comercializadora de energía del caribe – gecelca s.a. e.s.p. a reconocer y pagar, la pensión de sobrevivientes mensual de la señora ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, según lo dispuesto en la ley 100 de 1993.

(...)

Lo anterior y en lo relevante bajo las siguientes consideraciones.

Consideró la Juez *a quo*, que en el presente caso le asiste el derecho a la señora ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el señor SAUL GALEANO RAMOS, con base en el régimen general dispuesto por la Ley 100 de 1993.

Así lo consideró, puesto que la normatividad especial que regulaba el reconocimiento y pago de la prestación solicitada, vulneraba el principio de favorabilidad, que a propósito de las relaciones laborales, debe ser observado obligatoriamente conforme lo ha sostenido el H. Consejo de Estado y la H.Corte constitucional. En tal sentido, señaló que las normas especiales obstaculizaban el acceso a la prestación solicitada; razón por la cual, dio aplicación al régimen general de la Ley 100 de 1993 en despropósito del régimen especial.

V. RECURSO DE APELACIÓN

GECELCA S.A. E.S.P.

Esta entidad presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha de primera instancia manifestado lo siguiente:

Insiste en la excepción propuesto en el libelo introductor de falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el entendido que, en el convenio suscrito entre su apadrinada y CORELCA no se dispuso la

asunción de las obligaciones laborales derivadas del señor SAUL GALEANO RAMOS.

Así mismo, considera que en el presente caso se configura la excepción de caducidad de la acción, toda vez, que la demanda se presentó pasados cuatro meses de la notificación del acto acusado.

CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA CORELCA

Esta entidad, manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia afirmando, que en el presente caso la Juez *A quo* desconoció el principio de justicia rogada que gobierna las actuaciones judiciales de los jueces que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así lo considera, puesto que el fallo recurrido, reconoció pensión de sobreviviente a la señora ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, con base en lo establecido en la Ley 100 de 1993, normatividad que consideró aplicable a este caso, a propósito del principio de favorabilidad; sin embargo, la parte actora en el concepto de la violación plasmado en su demanda, no indicó que su representada hubiere trasgredido con la expedición del acto acusado, el principio de favorabilidad aplicado en el sub examine.

Así mismo, manifiesta que la juez de primera instancia no realizó el estudio pertinente de la caducidad de la acción.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 30 de noviembre de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl.469); y, con providencia adiada en febrero 8 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 371).

En esta oportunidad, la parte demandada integrada por CORELCA Y GECELCA, se ratificaron en los argumentos expuestos en el recurso de alzada; *contrario sensu*, la parte demandante guardó silencio.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador delegado ante este despacho, solicita que se confirme en su integridad el fallo de primera instancia. Así lo considera, puesto que el recurso de alzada esta direccionado a enervar el fallo de primera instancia bajo el argumento que en el *sub lite*, sí se configuró la excepción de caducidad de la acción. En ese sentido, previo el análisis jurisprudencial correspondiente, determinó que en casos como el ocupa a la Sala, donde se demandan actos administrativos que nieguen el reconocimiento de prestaciones periódicas, ha determinado el H. Consejo de Estado que, la acción que pretenda la nulidad de esos actos administrativos, no tiene término de caducidad, toda vez, que al ser imprescriptibles, su reconociendo puede ser solicitado una y otra vez ante la administración, lo que generaría un desgaste innecesario para el Estado.

VIII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

XI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Junio 25 de 2012 proferida por el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

Sin perjuicio de lo anterior, en este acápite se debe aclarar, que la presente acción fue presenta en su momento ante la jurisdicción ordinaria

laboral, quien determinó a través de sentencia del 3 (tres) de noviembre de 2010 con ponencia del H. Magistrado Carlos Francisco García Salas, que aquella no era la competente para dirimir el presente asunto, puesto que el señor SAUL GALEANO RAMOS ostentaba la calidad de empleado público al momento de causar la prestación solicitada pro al señora ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO.

En ese sentido, del análisis del expediente la Sala considera que, efectivamente el señor SAUL GALEANO RAMOS a la fecha de su fallecimiento laboraba para CORELCA en el cargo de Mecánico 8004-06, entidad cuya naturaleza jurídica correspondía a la de un establecimiento público. De tal manera, que no cabe duda alguna, que el mencionado señor para la época de su muerte tenía la calidad de empleado público, bajo el entendido que no desempeñaba funciones propias de trabajadores oficiales, tales como, auxiliares servicios generales o mantenimiento de la planta física entre de otras; pues los trabajadores que desempeñaran labores distintas a las mencionadas, tendrían la connotación de empleados públicos, conforme al régimen laboral aplicable a los establecimientos públicos.

CUESTIÓN PREVIA

La parte demandada, manifiestan su inconformidad con el fallo de primera instancia afirmando, que en el presente caso sí se configuran las excepciones de caducidad de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva. De tal manera que, la sala procederá al estudio de las excepciones en las que se insiste en el recurso de alzada, como a continuación se detalla.

Caducidad

La parte demandada en voces de **CORELCA**, propuso en su contestación de la demanda la excepción de caducidad de la acción, puesto que la presentación de la demanda inobservó el término de caducidad, que para tal propósito dispuso el art. 136 del C.C.A para esta clase de acciones.

Agrega, que el Juez de primera instancia no se pronunció sobre la excepción propuesta y, por ello solicita que aquella sea resuelta por esta Corporación.

Pues bien, en consideración de la Sala, el medio exceptivo propuesto no tiene vocación de prosperar, toda vez que, el H. Consejo de Estado ha señalado, que las acciones judiciales que pretendan la nulidad de actos administrativo que nieguen el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas, no tienen término de caducidad.

Al respecto la Corporación de cierre de la jurisdicción¹ ha sostenido lo siguiente:

“TERMINO DE CADUCIDAD RESPECTO DE ACTO QUE NIEGA PRESTACION PERIODICA - Rectificación jurisprudencial / RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL - Caducidad de la acción respecto de acto que niega la prestación periódica / PRESTACIONES PERIODICAS - Rectificación jurisprudencial sobre caducidad de la acción respecto de actos que niegan la pensión o sustitución / PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS - Prevalece sobre la intangibilidad de la ley / ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Abstracción genérica que faculta al intérprete para dar eficacia material a un precepto legal en la sentencia / EXCEPCION DE CADUCIDAD RESPECTO DE ACTOS SOBRE PRESTACIONES PERIODICAS - Se aplica a actos que otorguen o nieguen la pensión o sustitución

Se evidencia cómo la discriminación que aplica la caducidad al acto que niega el reconocimiento de una prestación periódica implica una razón susceptible de evaluar en el contexto del absurdo, por cuanto conduce a la repetición estéril de una conducta ya descrita tanto por la administración como por el usuario y desde luego por la administración de justicia, lo que por supuesto significa un desgaste que conspira en forma simultánea contra los derechos esenciales implicados en esta problemática, y respecto de la economía y eficiencia como principios seculares en la actividad de la Administración Pública y de la Administración de Justicia. En lo puramente casuístico, la situación del proceso refleja que la actora agotó la vía gubernativa el 28 de noviembre del 2000, recibió fallo de primera instancia el 9 de agosto de 2007, y un año después se apresta a recibir fallo de segunda instancia, es decir, que por razones de operación judicial y administrativa ha perdido 8 años en definir la

¹CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

existencia o no de su derecho, y si tenemos en cuenta su edad, aproximadamente de setenta años, es probable que de acuerdo al promedio estándar de longevidad en el país, no alcance a enterarse de cuál es la decisión judicial que en últimas definirá su aspiración. Sin duda, tal circunstancia no es exclusiva de este proceso, sino que resulta un lugar común en las personas con derechos pensionales; evidentemente por razones legales, estos conflictos frente a asuntos pensionales ocurrirán con personas mayores de 60 años; emerge entonces con nitidez que la regulación establecida en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., es precaria en su razonabilidad y que la pacífica jurisprudencia que la interpreta amerita por lo menos una nueva reflexión que la coloque a tono con los mandatos de la Constitución del año 1991 en cuanto estableció un Estado Social de Derecho, cuyo criterio de interpretación no es la intangibilidad de la Ley, sino precisamente, la intangibilidad y eficacia de los derechos, principiando por los derechos fundamentales sobre los que descansa la legitimidad misma del Estado. Sobre este dilema, la Ley en el Estado Social de Derecho debe entenderse fundamentalmente sobre dos supuestos. El primero se ubica en su carácter general, que implica una abstracción sobre la cual se afirma la idea de determinación de su contenido; se trata pues de acciones o actividades típicas, definidas en forma abstracta a casos genéricos frente a casos individuales. El segundo supuesto, refiere a la razonabilidad de su aplicación, que consiste en la competencia del intérprete para que esa abstracción genérica, a la que por su propia naturaleza le resulta imposible regular la totalidad de los casos, pueda conducirse hacia su eficacia material de manera tal que la aplicación del precepto legal no niegue sino viabilice la vigencia del derecho. Ley y razonabilidad constituyen un binomio que afirma el ámbito de acción del juez, del que dimana la competencia para que al expedir su sentencia -que es una regla jurídica de contenido concreto-, se realice la justicia. Con este pensamiento, la premisa que la Sala sienta, se distancia de la interpretación que ha sostenido la Sección en las referencias jurisprudenciales anotadas homogéneamente en los últimos años; por consiguiente, la excepción de caducidad respecto de los actos que reconozcan prestaciones periódicas, se aplica indiscutiblemente también a los actos que las niegan."

De tal manera que, como lo ha expuesto el H. Consejo de Estado a partir de la sentencia citada, también se encuentran cobijados con la excepción a la caducidad de la acción que dispone el Art. 136 N°. 2 del C.C.A, las acciones que pretendan la nulidad de actos administrativos que nieguen el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas. Así lo considera la Corporación de Cierre de la Jurisdicción, puesto que las prestaciones periódicas son derechos que por su naturaleza son

imprescriptibles, lo que faculta al administrado a solicitar su reconocimiento y pago en cualquier tiempo, resultando inane, que en aquellos casos en las cuales se niegue su reconocimiento en sede administrativa, se desgaste a la administración con la presentación de una nueva petición que busque el pronunciamiento expreso o presunto sobre la misma prestación.

De tal suerte, la sala declarará no probada la excepción propuesta, con base en todo lo expuesto anteriormente.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

La parte demandada en vocería de GECELCA, afirma en su recurso de alzada, que en el sub lite se configura la excepción de falta de legitimación por pasiva con relación a su representada. Así lo considera, puesto que el convenio de sustitución patronal suscrito entre GECELCA Y CORELCA, no dispuso en ninguno de sus apartes que su apadrinada asumiría las obligaciones pensionales causadas por el señor SAUL GALEANO RAMOS.

Agrega, que si bien es cierto en uno de sus partes el aludido convenio señaló que, GECELCA asumiría en general las obligaciones pensionales causadas con anterioridad a su firma, también lo es que para que ello se hiciera efectivo, era necesario que en los anexos del convenio se señalará expresamente al señor GALEANO RAMOS.

Pues bien, la Sala procede al estudio del medio exceptivo propuesto afirmando, que en el presente caso no le asiste la razón a la entidad demanda. Ello es así, puesto que de la simple lectura de la cláusula 3.3 del convenio suscrito entre GECELCA Y CORELCA que reza "**CLAUSULA 3. OBLIGACIONES LABORALES ASUMIDAS POR GECELCA.** 3. Los derechos y Obligaciones Pensionales generadas y/o causados con anterioridad a la fecha efectiva.", se desprende con meridiana que la empresa GECELCA, sí está legitimada por pasiva para comparecer en este proceso, por cuanto

aquella asumió el pago de obligaciones pensionales, como el que ocupa a la Sala.

Para la Sala, no es de recibo el argumento referente a la necesidad de la inclusión del señor GALEANO RAMOS en los anexos del convenio como requisito para asumir el pago de las obligaciones de aquel, por cuanto a la fecha de la suscripción del convenio, el derecho ya se había causado para la señora ESNEDA LONDOÑO DE GALEANO, razón por la cual aquel se encuentra cobijado por la cláusula citada.

De tal suerte, que a la luz de los argumentos expuestos, la Sala comparte el criterio adoptado por la Juez de primera instancia para declarar no probada esta excepción; y en ese sentido aquel no tiene vocación de prosperar.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver, de acuerdo a los argumentos expuestos por CORELCA y GECELCA, consiste en establecer si se debe revocar el fallo de primera instancia, para concluir que la demandante no tiene derecho a acceder a la prestación pensional de precada, con base en la aplicación de la Ley 100 de 1993, en despropósito de la normatividad que regulaba la pensión de sobrevivientes al momento de la muerte del señor SAUL GALEANO RAMOS en el año 1986, Decreto 3135 de 1968, Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975, y Ley 71 1989.

Así mismo, se determinará si en el presente caso, el fallo de primera instancia desconoció el principio de justicia rogada, inherente a las actuaciones judiciales que adelanta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que la parte actora no indicó en su demanda que el acto administrativo acusado hubiera vulnerado la Ley 100 de 1993.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser confirmada, toda vez, que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado, es viable la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, con base en el principio de favorabilidad, para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes que se causaron con anterioridad a la entrada en vigencia de aquella, bajo el imperio de normatividades que consagraban mayores requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes; ello se fundamenta, en la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad.

Así mismo, se determinó que el presente caso constituye excepción al principio de justicia rogada, como quiera que se controvierten derechos fundamentales de vigencia inmediata,

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Oficio N°. 01838 del 25 de junio de 2007, mediante el cual LA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P. niega el reconocimiento y pago a favor de la demandante de la pensión de sobrevivientes causada por el señor SAUL GALEANO RAMOS.

En este caso se entiende agotada la vía gubernativa, como quiera que la entidad demanda no le indicó a la actora los recursos procedentes en contra del acto acusado, conforme lo dispone el Art. 135 del C.C.A.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Como primera medida, se analizarán las normas aplicables para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, para así determinar, cuál de las normas aplicables resulta más favorable a la actora.

En ese sentido el Decreto 3138 de 1969 sobre la sustitución pensional sostuvo:

“Artículo 39°.-Sustitución de pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes. **Modificado por el artículo 20 Decreto 434 de 1971, Artículo 47 Decreto Nacional 1045 de 1978 y artículo 46 y ss. de la Ley 100 de 1993.**”

Posteriormente, a través de la Ley 33 de 1973 la norma citada fue reformada y se ordenó el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes de forma definitiva así:

“Artículo 1o.- Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia. **Ver: Ley 12 de 1975 Ley 44 de 1980 Ley 113 de 1985**

Parágrafo 1°.- Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo de Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon. **Modificado Ley 12 de 1975**

Si concurrieren cónyuges e hijos, la mesada pensional se pagará, el cincuenta por ciento al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital. **Ver Ley 29 de 1982 sobre los derechos de los hijos extramatrimoniales con los legítimos; artículo 3 Ley 12 de 1975 y Artículo 8 Decreto Nacional 1160 de 1989**

Parágrafo 2°.- A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley. **Sustituido Artículo 2 Ley 12 de 1975 Artículos 54 Decreto Nacional 1045 de 1978 Artículo 56 Decreto Nacional 1045 de 1978**

Artículo 2°.- El derecho consagrado en favor de las viudas en el artículo anterior, se pierde cuando por culpa de la viuda, los cónyuges no viven unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital. **Ver artículo 47 Decreto**

Nacional 1045 de 1978 Sobre la pérdida del derecho al pago de ciertas prestaciones.

En años posteriores, la Ley 12 de 1975 estableció que, podía solicitarse el derecho a la sustitución pensional, en aquellos casos en los cuales el causante hubiere cotizado el tiempo necesario para acceder a la pensión, pero falleciera faltándole solo la edad para tal propósito.

“Artículo 1º.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas. Ver Ley 113 de 1985 A quién se entiende como cónyuge supérstite); artículos 47, 54 y 56 del Decreto Nacional 1045 de 1978 Ley 33 de 1973 Ley 44 de 1977 y artículo 3 Ley 71 de 1988”

En ese orden la norma anterior fue adicionada por la Ley 113 de 1985 disponiendo lo siguiente:

“Artículo 1º.- Para los efectos del artículo 1 de la Ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la Ley Colombiana en la fecha de la muerte.

Parágrafo 1º.- El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión.”

Finalmente la Ley 71 de 1989 dispuso así:

“Artículo 3.-Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.
2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante."

Ahora bien, tal como quedó visto, el régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, exigía como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, que el causante estuviere disfrutando de su pensión, o en su defecto, que tuviera el tiempo de cotización necesario o en su defecto, que solo le haga falta el requisito de la edad para acceder a su derecho.

En ese orden, a continuación se analizará los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para acceder al derecho de la pensión de sobrevivientes.

"ARTICULO. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003 **Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.** 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 que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

ARTICULO. 48.-Monto de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las

primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto."

Del análisis de las normatividades citadas, resulta evidente que el régimen más favorable para la actora, es el consagrado en la Ley 100 de 1993, como quiera que exige como requisito para acceder a la prestación solicitada, que el actor hubiere cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los tres últimos años a su muerte.

A continuación, se analizará si en el presente caso es aplicable al *sub lite* la Ley 100 de 1993 con base en la retroactividad de la Ley.

Aplicación del principio de favorabilidad con base en la retroactividad de la ley de la Ley 100 de 1993 al caso bajo estudio.

A continuación, realizaremos un estudio jurisprudencial, sobre el tema referente a la aplicación retrospectiva de normas laborales en materia de seguridad social.

En ese sentido, la H. Corte constitucional, y el H Consejo de Estado, han sido unísonos en establecer, que dicho principio tiene toda aplicación respecto de los derechos que confiere el sistema general de seguridad social, bajo el entendido, que guarda plena coherencia con el principio de favorabilidad consagrado en el Art. 53 de C.P, y el derecho a la igualdad del Art. 13 ídem.

La siguiente jurisprudencia del H. Consejo de Estado², realiza un estudio pormenorizado de la aplicación de la Ley 100 de 1993 de forma retrospectiva, a una situación similar a la que ocupa a esta Sala.

²CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

“PENSION DE SOBREVIVIENTES - Reconocimiento a menor aun cuando a la fecha del fallecimiento del causante no se encontraba vigente el sistema general de pensiones / REGIMEN GENERAL DE PENSIONES - Derecho a pensión de sobrevivientes por aplicación retrospectiva de la ley / LEY - Promulgación, publicación y vigencia / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY - Régimen general de pensiones

DE LA RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY PENSIONAL:

Sin perjuicio de que el régimen general de pensiones y, en consecuencia, la pensión de sobrevivientes haya entrado en vigencia el 1º de abril de 1994 y la muerte de la causante haya ocurrido el 28 de febrero anterior, considera la Sala que procede examinar si la demandante tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama.

En sentencia del 20 de septiembre de 1996, expediente No. 7687, Actor: Jesús María Morales Barraza, al resolver un caso similar, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Orjuela Góngora, dijo esta Sala lo siguiente:

*“...En el evento de autos se trata de una situación específica de aplicación de la ley en el tiempo, para cuya definición debe recordarse que las normas de contenido laboral **surten efectos generales inmediatos.***

Es sabido que en tratándose de pensiones, la ley posterior al momento del retiro prevalece sobre la anterior, en cuanto sea más favorable, dado el carácter de orden público que ostenta y la hace aplicable a situaciones aún no consumadas, pero en vía de solución...”

Esta tesis había sido sostenida por el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992), Consejero Ponente Doctor Luís Eduardo Jaramillo Mejía, Expediente No. S - 182, Actor : María del Carmen Alarcón viuda de Farfán. Se lee allí:

*“...Como se ve por medio de la disposición transcrita, de 22 se redujo a 15 el tiempo de servicios requerido para adquirir derecho a sueldo o asignación de retiro. Por virtud de esta fundamental modificación, el General Martínez Landinez, que con exceso había cumplido al servicio del Estado, como Oficial de las Fuerzas Militares, el lapso mínimo señalado por la ley nueva, **adquirió el derecho a la prestación como consecuencia de la aplicación retrospectiva que en materias sociales a ella debía darse.***

“Y no fue el negocio en que se estudió la situación del General Jorge Martínez Landinez el primero que el Consejo de Estado resolviera, con aplicación retrospectiva de la ley relativa a prestaciones sociales. No. Ya anteriormente la Corporación,

ajustando su decisión a un principio de justicia y de equidad generalmente aceptado, así retrospectivamente aplicó la legislación a esta materia relativa. Dígalo, si no, el fallo de 24 de septiembre de 1951, por medio del cual esta Sala del Consejo confirmó la Resolución número 1955 de 22 de febrero de 1950 proferida por la Junta Directiva de la Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico, que, aprobada por el señor Ministro de Correos y Telégrafos en favor de la señorita Matilde Torres Vergara **reconoció una pensión de jubilación, retrotrayendo a su caso los preceptos de una ley sancionada con posterioridad a la fecha de su retiro definitivo del servicio público.**"

"En segundo lugar debe la Sala insistir en que, de conformidad con un principio generalmente aceptado, en materia de prestaciones sociales y en casos excepcionales, consideraciones de justicia y de equidad determinan la aplicación retrospectiva de la ley."

En la sentencia de julio 16 de 1980 que hace referencia concreta a una acumulación de tiempo servido en el Ejército y en la Policía Nacional por el demandante, se dijo

"Así pues, la ley no puede ser retroactiva, aunque se trate de una que sea favorable al trabajador, **pero puede, en algunos casos, ser retrospectiva si tiene en cuenta factores de computación o de liquidación de prestaciones sociales y en general hechos ocurridos antes de la fecha en que entró en vigencia**" (Resaltado fuera de texto)

En sentencia C-444 del 18 de septiembre de 1997, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 1º (parcial) de la ley 332 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA, dijo:

"...La ley posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado; lo que no puede hacer, por contrariar preceptos constitucionales, es desmejorar los derechos ya reconocidos. Mientras no exista un derecho adquirido, la ley puede modificar las condiciones para la adquisición de la pensión, los montos, requisitos, etc. Dentro de este contexto, es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido su derecho pensional, no se encuentran en la misma situación....."

En casos como el presente, es necesario acudir al sentido común y no solo al texto frío de la ley encontrando una solución cimentada en principios de equidad y proporcionalidad, de los que se apartaría una decisión judicial que niegue el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a quien ha aportado al sistema de seguridad social durante más de 7 años y la concede a quien demuestra aportes por 26 semanas, con el argumento simple de la entrada en vigencia de la pensión de sobrevivientes. Criterio como el sostenido en este caso fue acogido por esta Sala en sentencia del 2 de noviembre de 2000, expediente No. 1168/99, actor: Jairo Antonio Ciales Acosta, con ponencia de quien redacta esta providencia".

Así mismo la Corporación de Cierre de la Jurisdicción³ ha reiterado la anterior postura en diversos pronunciamientos

El antecedente postulado, ha sido acogido en diferentes pronunciamientos de la H. Corte Constitucional⁴, al resolver tutelas en contra de sentencias de esta jurisdicción, en las cuales se amparan los derechos solicitados por el desconocimiento del precedente del H. Consejo de Estado.

Por su parte la H. Corte Constitucional sobre la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993 ha dispuesto así en la sentencia T 891 de 2011:

"28. De conformidad con lo anterior, es claro que la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha mantenido su posición respecto de la aplicación retrospectiva de la ley en materia de pensiones, basados en criterios de justicia y equidad. En el mismo sentido, resulta evidente que el Tribunal Administrativo de Caldas en la sentencia del 27 de septiembre de 2007 y siguiendo la línea jurisprudencial definida por el Consejo de Estado, resolvió acoger las pretensiones de la demanda y reconocer la pensión de sobrevivientes, dando aplicación retrospectiva al artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior fue precisamente lo que no ocurrió en la sentencia del mismo Tribunal del 15 de diciembre de 2010 que ahora se revisa y que no sólo se apartó de su sentencia de septiembre de 2007 sino que no aplicó todos los precedentes que se acaban de reseñar.

29. En efecto, del análisis realizado a la sentencia que ahora se controvierte y cuyos principales argumentos se citaron en los numerales 22 y 23 de esta providencia, se constata que el Tribunal Administrativo de Caldas se apartó del precedente establecido tanto por el Consejo de Estado (precedente vertical) como por él mismo en 2007 (precedente horizontal) y en los argumentos de la sentencia no justificó dicha decisión, aún más, no hizo referencia a la existencia del precedente y menos aún, esbozó las razones

³Consejo de Estado, Sala Plena Sentencia del 7 de julio de 1980. Rad. 10 399 Consejo de Estado, Sala Plena Sentencia del 10 de septiembre de 1992. Rad. S-182. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A Sentencia del 16 de mayo de 2002. Rad. 3676-01. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A Sentencia del 23 de septiembre de 2010 Rad. 2439-04. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 5 de mayo de 2005. Rad. 2439-04. sentencia del 2 de junio de 2011, Expediente No 1232-08, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve; sentencia del 29 de abril de 2010, Expediente No 0548-09, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

⁴Sentencia T 072 de 2012

por las cuales se apartaba del mismo. Estima la Sala que esta situación vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso de la peticionaria, y por ende se verifica la existencia de la causal específica de procedencia de acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente.

30. Por consiguiente, es claro para esta Sala, que el Tribunal Administrativo de Caldas, en la decisión del 15 de diciembre de 2010 por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la señora Hincapié de Aristizabal, desconoció tanto el precedente vertical como el horizontal, sin que adujera razón alguna que lo justificara, vulnerando con ello los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso de la accionante. Por esta razón, se revocará la decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del catorce (14) de marzo de 2011 que a su vez confirmó la decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del veintiséis (26) de mayo de 2011. En su lugar tutelaré los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la señora Sonia Hincapié de Aristizabal.

31. Como quiera que el precedente establecido por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Caldas permiten la aplicación retrospectiva del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 a efectos de otorgar la pensión de sobrevivientes, es claro que la peticionaria cumple los requisitos establecidos por dicho artículo para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

En efecto, el artículo 46 (original) de la Ley 100 establece que los miembros del grupo familiar del afiliado, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre que éste se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte y en este caso se encuentra acreditado que el cónyuge de la peticionaria cotizó al sistema durante 18.5 años al servicio del Estado y que se encontraba laborando en Dansocial^[24] al momento de la muerte.

32. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas del 15 de diciembre de 2010, dentro del proceso 17-001-33-31-001-2007-00429-00 y, en su lugar, se confirmará la sentencia proferida por el Juez Cuarto Administrativo de Descongestión de Manizales del catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho identificado con radicado No. 17-001-33-31-001-2007-00429-00, en la cual se condenó a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANALEICE a reconocer y pagar a favor de Sonia Hincapié de Aristizabal identificada con cédula de ciudadanía No. 24.282.175, la pensión de sobrevivientes."

Visto lo anterior, se concluye en forma diáfana, que tanto la Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional como de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo comparten el mismo criterio respecto de la aplicación del régimen general de seguridad Social a personas que causaron su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aplicando **retrospectivamente** aquellos preceptos con base en el principio de favorabilidad; lo que encuentra su razón de ser en el objetivo del sistema general de seguridad social, es el solventar todas las contingencias relacionadas con salud, pensiones y riesgos profesionales de sus afiliados, de conformidad al principio de universalidad en que se cimienta ese sistema.

EL CASO EN CONCRETO.

De acuerdo al material probatorio relacionado anteriormente, se evidencia de forma clara, que el señor SAUL GALEANO RAMOS se desempeñó como Mecánico 8004-06 desde el 1º de agosto de 1977 hasta 4 de marzo de 1988, cuando ocurrió su deceso, acumulando un total de 10 años, 7 meses y 3 días de servicios (fl.17); así mismo, se logró acreditar el vínculo de la demandante respecto del finado, de acuerdo a la partida de matrimonio visible a folio 9 a 4, lo cual le confiere plenas facultades para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, objeto de la presente demanda.

En su oportunidad, la juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, pues consideró que, con base en el principio de favorabilidad, eran aplicables a las demandantes en forma retrospectiva las normas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes consagradas en la Ley 100 de 1993; en despropósito de las normas vigentes al momento del fallecimiento del señor SAÚL GALENO RAMOS, las cuales que exigían mayores requisitos para acceder a la prestación solicitada.

Pues bien, la Sala considera que de conformidad con el marco normativo

expuesto, así como reiteradas decisiones que sobre el tema han adoptado las el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional por vía jurisprudencial⁵, es posible concluir que, en el caso de reconocimiento de derechos pensionales, es dable la aplicación del principio de favorabilidad, cuando surge la duda de aplicación dos normatividades aplicables a un caso, bajo el entendido que, en materia laboral siempre debe prevalecer la ley que le brinde una condición más beneficiosa al trabajador, en aras de materializar el cumplimiento de los principios de igualdad, proporcionalidad e igualdad.

De ese modo se tiene, que el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 establece como requisitos mínimos para acceder a la pensión de sobrevivientes los siguientes requisitos: (...) "a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte"; a su vez, el Decreto 3135 del 1968 para acceder a al mismo derecho señala: **Artículo 39°.-Sustitución de pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes. Modificado por el artículo 20 Decreto 434 de 1971, Artículo 47 Decreto Nacional 1045 de 1978 y artículo 46 y ss. de la Ley 100 de 1993."**

De lo anterior se sustrae, que los requisitos exigidos para obtener la pensión de sobrevivientes dispuestos en la Ley 100 de 1993, resultan más favorables en comparación con los requisitos exigidos por el 3135 de 1968 y sus modificaciones, puesto que en las leyes anteriores, era necesario que a la muerte del causante se le hubiera reconocido la pensión, o en su defecto cumpliera a lo menos con el tiempo de cotización, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. De tal suerte, como quiera que en el presente caso es imperiosa la aplicación del principio de

⁵Sentencia de la H. Corte Constitucional T-685/07, **CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCION SEGUNDASUBSECCION "B"**
Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008)
Radicación número: 05001-23-31-000-2000-01274-01(8626-05)Actor: HERNANDO DE JESUS OLARTE Y OTRA
emandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

favorabilidad, debe valerse el juez de lo señalado por el Art 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento del derecho solicitado.

Ahora bien, estando clara la aplicación del principio de favorabilidad en este caso, debe la Sala analizar, si el principio de retrospectividad de la ley es aplicable al sub lite.

En ese sentido, considera la Sala que, de conformidad con el marco normativo expuesto, de acuerdo a las decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional por vía jurisprudencial, es posible concluir que, en el caso del reconocimiento de pensiones, son aplicables los preceptos establecidos en la Ley 100 de 1993, en aquellos casos, en que las normas anteriores bajo las cuales se causó el derecho en favor de la cónyuge supérstite, impongan mayores requisitos a los dispuestos por la Ley 100 de 1993 para acceder al derecho solicitado, con base en el principio de **retrospectividad**.

Es necesario en este caso, distinguir sobre los principios de retroactividad y retrospectividad, en ese sentido, señalan las Altas Cortes, que la diferencia entre la retroactividad y la retrospectividad de ley radica, en que la primera se refiere a la aplicación de la ley a situaciones consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia; y la retrospectividad, hace alusión a la aplicación de la ley a situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia, pero con el aditamento, que la situación fáctica a la cual se aplica, aun no consolidó el derecho en la persona que lo solicita.

Ello es así, puesto que en el caso de la aplicación del principio de retrospectividad de la ley en materia pensional, solo es dable cuando no se haya efectuado el reconocimiento de la prestación solicitada, bajo el entendido que el principio de retrospectividad es aplicable a situaciones generadoras de derechos, que están al portas de ser reconocidas.

De tal forma, en el *sub lite* es totalmente aplicable el principio de retrospectividad, puesto que al momento del fallecimiento del señor SAUL GALEANO RAMOS, acaecida en el año de 1986, no cumplía los requisitos mínimos para causar en favor de su cónyuge pensión de sobrevivientes y en consecuencia el reconocimiento de esa prestación era imposible en aquel entonces; sin embargo, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se establecieron requisitos menos rigurosos para acceder a la pensión de sobreviviente, razón por la cual resulta aplicable aquella, para el reconcomiendo del derecho soltado.

Ahora bien, resuelto el primer problema jurídico, es necesario que se analice si en el presente caso, la juez de primera instancia desconoció el principio de justicia rogada inherente a las actuaciones judiciales de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, por aplicar normas que no se invocaron como violadas por el acto administrativo acusado.

En su oportunidad, la Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, y ordenó a las entidades demandadas que reconocieran pensión de sobreviviente a la señora ENELDA LONDOÑO DE GALEANO conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 en su artículo 46 y ss. Para tal propósito, la Juez *A quo* dio aplicación a los principio de favorabilidad y restrospectividad en materia pensional.

A su turno, CORECLA S.A. repara de la decisión de primera instancia para afirmar, que en el caso que nos ocupa, la Juez de primera instancia infringió el principio de justicia rogada que gobierna las actuaciones judiciales de la jurisdicción, bajo el entendido que, dio aplicación a la Ley 100 de 1993; norma que no fue señalada como conculcada en el concepto de la violación de la demanda. Por esa razón considera, que se debe revocar el fallo apelado y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Pues bien, la Sala se adentra en la solución del problema jurídico planteado afirmando, que no es de recibo el argumento traído en el recurso de alzada

por la entidad demandada, toda vez, que si bien es cierto el principio de justicia rogada es de obligatoria observancia por parte del juez contencioso administrativo, también lo es, que con relación al citado principio, la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado han establecido excepciones que le permiten al operador judicial, efectuar el control de legalidad de actos administrativos, a la luz de normas que no fueron indicadas por el actor en su demanda.

Sobre el tema, la H. Corte Constitucional dispuso en la Sentencia C 197 de 1999 así:

"2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97² cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas. Dijo la Corte en dicha sentencia: (...)

2.8. Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior.

Lo expresado tiene su justificación en los razonamientos expuestos por esta Corte en la sentencia C-069/95³, en la cual, a propósito de la declaración de exequibilidad condicionada del art. 66 del C.C.A., se dijo: (...)

3. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución."

A su vez, el H. Consejo de Estado⁶ ha sostenido sobre el tema:

JUSTICIA ROGADA - Límites / SEGURIDAD SOCIAL - Protección de una persona especialmente vulnerable / TERCERA EDAD - Protección especial

Como el punto aquí señalado merece alguna precisión, en lo referente a la vigencia del principio de la justicia rogada en lo Contencioso Administrativo, es necesario un breve comentario que nos permita evidenciar los límites de dicho principio a la luz de la Carta Política de 1991 y conforme al Bloque de Constitucionalidad en aquellas cuestiones que tocan con la seguridad social. En efecto, el principio de la justicia rogada obedece a un criterio netamente positivista apoyado en la prevalencia de las fuentes del derecho radicadas principal y esencialmente en la Ley. No obstante, el artículo 228 de la Constitución, modificó esa concepción para apostar por el derecho sustancial como valor supremo en la aplicación del derecho, circunstancia fundante de nuestro orden jurídico que le obliga al Juez a tener que adoptar un examen de contenido en los casos bajo su cuidado, de tal manera que logre armonizar con coherencia el poder regulador de la regla jurídica positiva y la vigencia sustantiva de los derechos, supuesto que evidencia una restricción al mentado principio de la justicia rogada restándole al Juez la facultad de advertir la vigencia del derecho pero al mismo tiempo negarlo por una circunstancia adjetiva imputable al apoderado de la actora; en otras palabras, las vicisitudes de la mera técnica procesal en la introducción de las demandas no pueden convertirse en un factor determinante para la suerte de los derechos, de no ser ello así, los ciudadanos están sometidos a un azar extraño a la razón y absolutamente distante de la justicia. En lo que respecta a la seguridad social, esta Sala ha sido suficientemente reiterativa en destacar que una de las principales justificaciones de la existencia de los Estados la constituye el amparo de la seguridad social, porque en ella se expresan los objetivos de la civilidad de las sociedades en tanto el sujeto digno de protección en este ámbito, es generalmente una persona especialmente vulnerable, de donde se deriva la obligación de las autoridades de otorgar un trato compatible con esa circunstancia, lo que en el supuesto que nos ocupa no se proyecta al denegarle las súplicas y forzar a la introducción de una nueva demanda, lo cual implica aplazar por lo menos 5 años más la eficacia del derecho, cuando se trata de una persona que conforme a los datos del proceso frisa los 65 años, época en la que la expectativa de vida es menor, de tal manera, que la aplicación neta del principio de la justicia rogada en la práctica, disuelve la posibilidad cierta para que el Estado le reconozca la plenitud de sus derechos.

Tal como quedó visto, la H. Corte constitucional al analizar por vía de control abstracto de constitucionalidad, estableció la exequibilidad condicionada del Art. 137 del C.C.A, en tanto que el principio de justicia rogada no debe desconocer la violación de derechos fundamentales de vigencia inmediata,

⁶CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D C , diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número 76001-23-31-000-2006-02053-01(0448-10) Actor: HELENA MARGARITA TAPIA DE ARTEAGA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANALEICE EN LIQUIDACION

so pretexto, que en el concepto de violación de la demanda no se determinaron las normas específicas para el amparo de aquellos derechos. En ese sentido, el operador judicial está en la obligación de amparar cualquier derecho fundamental de vigencia inmediata que encuentre trasgredido en el curso del proceso, con base en lo dispuesto en el Art. 4º de la constitución política.

En ese orden, el H. Consejo de Estado en aplicación de las directrices de la Jurisdicción Constitucional, ha establecido límites para el principio de justicia rogada, señalando que, con relación a los derechos pensionales que se reclaman ante la jurisdicción, están en controversia derechos de personas que gozan de especial protección, como lo son las personas de la tercera edad. De tal manera, como quiera que en esos se encuentran violados derechos de vigencia inmediata, debe ceder la interpretación rigorista del mencionado principio y proceder al estudio de legalidad de los actos administrativos acusados, con relación a normas que no se hicieron referencia en el concepto de la violación de la demanda.

Así las cosas, esta Sala concluye que el recurso de alzada no tiene vocación de prosperar, toda vez que, se demostró que en el *sub lite* es aplicable la Ley de 1993 para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con base en los principios de favorabilidad y retrospectividad; por otro lado, se estableció, que en este caso no se vulneró el principio de justicia rogada, como quiera que se exceptúan de dicho principio, aquellos casos en los cuales se debaten derechos fundamentales de vigencia inmediata, tal y como sucede en el *sub examine*.

En virtud de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 004 administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto

Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que resulten necesarias en los libros y sistemas de radicación judicial.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

FAB

MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1268
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MODESTA OSPINO CABARCAS
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2009-00226-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISION No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Octubre Veinticinco (25) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. **278** /2013

2ª instancia

Tema: Devolución de indemnización por supresión de cargo

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD.
Radicación : 13-001-33-31-003-2009-00226-01
Demandante: ESE HOSPITAL SAN PABLO EN LIQUIDACION
Demandado: MODESTA OSPINO CABARCAS

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD contra la señora MODESTA OSPINO CABARCAS para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 021 de 2008 proferida por el Gerente Liquidador de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, en el sentido de declarar nulo el artículo primero de esta resolución.

2.- Que en consecuencia de ello, se ordene a la señora MODESTA OSPINO CABARCAS a devolver la suma reconocida por concepto de indemnización si se llegare a cancelar.

HECHOS

La señora MODESTA OSPINO solicitó la pensión de vejez la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 3183 de abril 24 de 2006, expedida por CAJANAL, la cual, se resolvió el recurso de reposición presentado por la señora OSPINO contra la resolución que le negó el derecho a pensionarse.

Señala que mediante Decreto Departamental 711 del 20 de diciembre de 2007, se suprimió y se ordenó la liquidación de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA.

Afirma que en cumplimiento del artículo 18 del Decreto 711 de 2007, se expidió el Decreto Departamental 95 de febrero 6 de 2008 mediante el cual, se suprimió la planta de personal de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA y con ella el empleo de SECRETARIA CÓDIGO 440, desempeñado por la señora MODESTA OSPINO CABARCAS.

Indica que el día 28 de marzo de 2008, el Gerente Liquidador de la ESE, proferió Resolución No. 021 la que en su artículo 1º reconoció y ordenó el pago de la suma de \$68.048.703, por concepto de indemnización con motivo de la supresión del empleo de Secretaria Código 440 que venía desempeñando.

Sostiene que luego de haber proferido la Resolución No. 021 de marzo 28 de 2008, el Gerente Liquidador se entera de que la señora MODESTA OSPINO le fue reconocida por CAJANAL EICE la pensión de vejez desde el año 2006, mediante la Resolución No. 053 de mayo 19 de 2008, mediante la cual incluye en la planta transitoria del hospital en liquidación a la señora MODESTA OSPINO

ya que, le fue reconocida su pensión de vejez por parte de CAJANAL y estaba a la espera de incluirse en nomina.

Manifiesta que la señora MODESTA OSPINO nunca dio aviso a la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA que le fue reconocida la pensión de jubilación desde el año 2006.

Agrega que en julio de 2008, CAJANAL EICE le comunica a la señora MODESTA OSPINO que fue incluida en la nomina de pensionados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política, Artículos 90 y 125.
- Ley 909 de 2004.
- Decreto 1287 de 2005, artículo 86.

La entidad demandante desarrolló el concepto de violación manifestando que en atención a lo dispuesto en el artículo 84 del CCA, la causal de nulidad invocada contra la Resolución No. 021 de 2008 es falsa motivación del acto administrativo, dado que, al proferirse se apreciaron erróneamente los hechos, en el sentido de que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron pero no tienen los efectos o el alcance que les dio el acto administrativo.

Señala que fue una decisión voluntaria de la señora MODESTA OSPINO, retirarse para obtener la pensión de jubilación ya que ella solicitó la pensión de jubilación que finalmente fue reconocida por CAJANAL en la Resolución No. 3183 de abril 24 de 2006, mediante la cual resolvió el recurso de reposición que la señora OSPINO interpuso contra la resolución que en principio le negó la pensión de jubilación.

Afirma que en el caso que nos ocupa, no existe un daño antifijurídico porque en el momento en que la señora MODESTA OSPINO le reconocen la pensión de jubilación en el año 2006, solo estaba a la espera de que la incluyeran en la nómina de pensionados para ser retirada del servicio, en los términos establecidos por la Corte Constitucional, inclusión que le fue notificada en julio de 2008 fecha en la cual perdió automáticamente los derechos adquiridos de

carrera administrativa según lo establecido en el artículo 42 de la Ley 909 de 2004.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada señora MODESTA OSPINO CABARCAS, no contestó la demanda.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 9 de febrero de 2012, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda.

El Juez de primera instancia consideró que la demandada al momento de la supresión del cargo el cual venía ejerciendo, tenía pleno derecho a la indemnización establecida en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, pues si bien, mediante Resolución No. 3183 de abril 24 de 2006, le había sido reconocida pensión de vejez, también lo es que, solo hasta el mes de julio de 2008 fue incluida en nómina de pensionados, fecha ésta para la cual, ya había sido proferida la Resolución No. 021 de marzo 28 de 2008, que le reconoció indemnización por supresión de cargo, por lo que no le resultaba aplicable lo contenido en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, conllevando ello a denegar las súplicas de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de su apoderado judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A., solicitando su revocatoria.

Señala que el único interés de la entidad demandante es la devolución del dinero pagado por concepto de indemnización correspondiente a la supresión del empleo de la señora OSPINO, ya que al existir una justa causa de terminación de su vinculación con la ESE esta no era procedente, configurándose además un enriquecimiento sin causa a favor del particular y

en detrimento del Estado, lo anterior por cuanto la terminación de la relación laboral que mantuvo la hoy demandada con la extinta ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA se debió a la adquisición del status de pensionada, configurándose lo señalado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Sostiene que el día 24 de abril de 2006 se profirió el acto administrativo por medio de la cual CAJANAL EICE le reconoce la pensión de vejez, la cual fue notificada por edicto cuya publicación se realizó desde el día 4 de agosto hasta el 18 de agosto de 2006, es decir que a partir de esa fecha se considera la configuración de una justa causal de retiro del servicio sin que ello genere el pago alguno por concepto de indemnización.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 24 de septiembre de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 127); y, con providencia adiada en octubre 22 de 2012, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 129).

En esta oportunidad procesal las partes en litigio guardaron silencio, y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público Delegad ante esta Corporación emitió concepto de fondo, manifestando que la actora tiene pleno derecho a la indemnización por supresión del cargo al ser anterior al reconocimiento a la fecha de inclusión en nómina como pensionado.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia adiada 9 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho - Lesividad no ha caducado, si se tiene en cuenta que la Resolución No. 021 de marzo 28 de 2008 fue notificada personalmente el día 28 de marzo de 2008 (fl. 19) la solicitud de conciliación prejudicial se radicó el 9 de junio de 2009 habiéndose expedido la respectiva constancia el 14 de junio de 2009 por parte de la Procuraduría 22 Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar (fl. 66) y la demanda fue interpuesta el 15 de julio de 2009 (fl. 13), es decir, antes del vencimiento de los dos años que exige el artículo 136 numeral 7 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto se contrae a determinar si resulta jurídicamente viable la acción de lesividad interpuesta por la entidad empleadora, con miras a obtener la devolución de lo pagado por concepto de indemnización por supresión del cargo de la señora MODESTA OSPINO.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser confirmada, pues al momento de ser reconocida la indemnización a la demandada como consecuencia de la supresión del cargo, ésta se encontraba laborando en el mismo, tenía el status de pensionada y por lo tanto no estaba cobijada de Reten Social.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

La demanda se dirige a obtener la nulidad parcial de la Resolución No. 021 de marzo 28 de 2008, mediante la cual el Gerente Liquidador de la ESE HOSPITAL

SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION le reconoció indemnización por supresión de cargo a la señora MODESTA OSPINO CABARCAS (fl. 18-19)

En el artículo primero la mencionada resolución señala: *"Reconocer y ordenar el pago a la señora OSPINO CABARCAS MODESTA ISABEL, (...) quien venía desempeñando el cargo de SECRETARIA, código 440 la suma de \$68.048.703, por concepto de indemnización con motivo de supresión del empleo SECRETARIA, código 440, que venía desempeñando."*

LO PROBADO

Para efectos de solucionar el problema jurídico planteado, resulta esencial revisar los hechos demostrados en autos. En ese norte, obran en el expediente, en lo relevante, los siguientes documentos:

A folios 18 al 20 milita copia auténtica de la Resolución No. 021 de marzo 28 de 2008, por medio de la cual el Gerente Liquidador de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION le reconoció indemnización por supresión de cargo a la señora MODESTA OSPINO CABARCAS.

A folios 21 al 23 obra copia auténtica de la Resolución No. 042 de mayo 7 de 2008, por medio de la cual el Liquidador de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, repone para modificar el artículo 2º de la Resolución No. 021 de marzo 28 de 2008.

De igual manera obra copia auténtica de la Resolución No. 53 de mayo 19 de 2008, por medio de la cual el Liquidador de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, incluye en la planta transitoria de la ESE a la señora MODESTA OSPINO CABARCAS en el cargo de Secretaria, Código 440 que ha venido desempeñando hasta tanto se haga efectiva la inclusión en la nómina de CAJANAL EICE. (fl. 25-26).

Así mismo, se aporta copia auténtica de la Resolución No. 3183 de abril 24 de 2006, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, resuelve un recurso de reposición interpuesto por la señora MODESTA OSPINO y reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación efectiva a partir del 1º de enero de 2004, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio. (fl. 27-33).

A folio 38 a 41 se aporta el Decreto 095 de febrero 6 de 2008, por medio del cual se suprime la planta de personal de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA y concretamente el cargo que venía desempeñando la demandada.

Obra a folios 42 a 63 el Decreto 711 de 2007, por medio del cual se ordena suprimir a la empresa social del estado ESE HOSPITAL SAN PABLO.

A folio 64 se encuentra la comunicación enviada por FOPEP a la señora MODESTA OSPINO donde se le informa que se encuentra incluida en nómina a partir del mes de julio de 2008 para devengar la pensión de vejez.

Vistas y analizadas cada una de las probanzas que reposan en el dossier, se considera conveniente entrar a resolver jurídicamente el asunto de marras, a fin de establecer si las pretensiones impetradas por el actor están llamadas a prosperar.

Marco jurídico y jurisprudencial

Advierte la Sala que por tratarse de un acto de carácter particular, proferido por el organismo demandante a través de uno de sus funcionarios, se está ante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto propio, denominada doctrinal y jurisprudencialmente en Colombia como acción de lesividad, para cuya procedibilidad se cumplen las presupuestos establecidos en el artículo 73 del C.C.A. que dice:

"ARTICULO 73. REVOCACION DE ACTOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión."

Procede entonces la acción de lesividad, cuando la Administración expide un acto administrativo que le resulta perjudicial en razón de que contraviene el orden jurídico superior, y sin embargo, no puede revocarlo directamente debido a que no se reúnen los requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante de la revocatoria directa, ya que no es viable obtener el consentimiento escrito del particular.

Sobre la acción de lesividad, el H. Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ en auto de fecha 4 de febrero de 2010, proceso radicado 1361-09 dispuso:

"ACCION DE LESIVIDAD – Procedencia. Acción de nulidad. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

La Administración puede impugnar su propia decisión en defensa de sus propios intereses, para poner fin, mediante sentencia judicial, a una situación irregular motivada en su acto, para así hacer cesar los efectos vulneradores, en tanto éste contraviene el orden jurídico superior y, algunas veces, para hacer cesar la situación que resultaba perjudicial y lesiva patrimonialmente con el acto administrativo. Ambas acciones (artículos 84 y 85 del C.C.A.) prevén la titularidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en las expresiones "toda persona", que en sentido amplio comprenden a las personas de derecho público, como se evidencia armónicamente del contenido del artículo 149 ibídem, que faculta a las entidades públicas y a las privadas que cumplan funciones públicas para que obren como demandantes o demandadas y para que interpongan las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo. Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, restablecer pecuniariamente el derecho como consecuencia jurídica de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo viciado de legalidad, que no es el caso. Entre tanto, la acción de simple nulidad persigue únicamente la declaratoria de nulidad del acto demandando, que no implica ningún tipo de restablecimiento diferente del mantenimiento de la legalidad y el orden jurídico. Dado el carácter objetivo del acto, de declararse la nulidad pretendida, y de tener un beneficio como restablecimiento del derecho, desbordaría la naturaleza jurídica de la acción de nulidad instaurada."

En el caso sometido a estudio, encontramos que la administración, procede de conformidad con el artículo 73 del C.C.A., a demandar su propio acto administrativo a fin de obtener la nulidad parcial de la Resolución No. 021 de marzo 28 de 2008, proferida por el Gerente Liquidador de la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, para que sea declarado nula el artículo 1º de la citada resolución y en consecuencia se ordene a la demandada, señora

MODESTA OSPINO CABARCAS a devolver la suma reconocida por concepto de indemnización.

Sobre la indemnización por objeto de la supresión del cargo frente a funcionarios inscritos en carrera administrativa, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paez, mediante sentencia de fecha 18 de febrero de 2010, proceso radicado 0678-05 expresó lo siguiente:

"(...) Conforme las previsiones de los artículos 39 de la Ley 443 y 46 del Decreto 1568 de 1998, el empleado escalafonado en carrera administrativa tiene derecho a percibir una indemnización, en los términos y condiciones establecidos por el Gobierno Nacional, cuando el cargo del cual es titular ha sido suprimido de la planta de personal. La indemnización es reconocida y pagada, conforme las previsiones del artículo 137 del Decreto 1572 de 1998. (...)"

De conformidad con el aparte del fallo transcrito se observa que el empleo escalafonado en carrera administrativa tiene pleno derecho a percibir una indemnización por supresión del cargo siempre y cuando quien tiene la titularidad del mismo se encuentra inscrito en la planta de personal de la entidad que ordenó la supresión del cargo de carrera.

En el caso concreto se tiene que la señora MODESTA OSPINO CABARCAS fue incluida en el escalafón de carrera administrativa mediante la Resolución No. 14182 de septiembre 22 de 1994 tal como se aprecia a folio 81 del expediente y en el misma obra la citada acta de posesión al cargo, conforme a lo antes anotado, está claro que se cumple el requisito sentado por la sentencia del 18 de febrero de 2010 donde considera que el bastión principal para que sea reconocida la indemnización por supresión es que el cargo a suprimir se encuentre en la planta de personal y sea el titular del cargo.

Adicionalmente, la Ley 909 de 2004 en su artículo 44 reguló este importante aspecto disponiendo que:

"Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos

iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

(...)"

De acuerdo a lo antes onotado, se observa que la Ley 909 de 2004 prevé positivamente que en los casos de supresión de cargos, los empleados públicos tendrán derecho preferencial a ser incorporados en un empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal o podrán optar por recibir una indemnización por los efectos mismos de la supresión del cargo de carrera que venía ostentando.

En el mismo sentido el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia proferida el 6 de julio de 2011, expediente 2347-08, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

"(...) Ese trato preferente del cual goza el servidor público de carrera, se traduce para la Administración, en el deber de comunicarle que cuenta con esa opción de percibir la indemnización o de ser incorporado a un empleo equivalente; de suerte que, si la autoridad nominadora omite tal deber incurre en clara arbitrariedad, que hace anulable el acto de retiro. (...)"

En el caso *sub examine* encontramos que la señora MODESTA OSPINO CABARCAS tiene más que derecho a la indemnización por supresión del cargo basándonos en los presupuestos siguientes:

- 1.- Al momento de la supresión del cargo la actora venía desempeñando el empleo de carrera administrativa;
- 2.- Mediante la Resolución No. 3183 de abril 24 de 2006 CAJANAL EICE le reconoció una pensión de vejez, supeditada al retiro definitivo;

3.- Mediante la Resolución 021 de marzo 28 de 2008, se le reconoció la indemnización por supresión del cargo;

4.- Solo hasta el mes de julio de 2008 tal como consta en el folio 64 del expediente, FOPEP la notifica de la inclusión en nómina a partir del mes de julio de 2008.

Teniendo en cuenta que se encontró probado que a la señora MODESTA OSPINO ya le había sido reconocida la pensión por parte de Cajanal mediante Resolución Número 3183 de abril 24 de 2006, y en esa medida, no podía considerarse como parte del retén social como lo pretende hacer ver la parte actora, pues ya había obtenido la protección que se busca con la jurisprudencia que obliga a mantener vinculados a quienes están próximos a obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación.

Por consiguiente, si ya no la cobijaba el retén social a la señora OSPINO CABARCAS, efectivamente al retirársele de la planta de personal de la ESE, tenía derecho al reconocimiento de la indemnización en virtud de la supresión del cargo que desempeñaba, de conformidad con el Decreto No. 095 del 6 de febrero de 2008¹.

Sobre el tema, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia proferida el 16 de febrero de 2012, expediente 1585-08, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

"RETEN SOCIAL – Beneficiarios / OBTENCION DE LA CALIDAD DE PRE PENSIONADO – Conteo del término / INSUBSISTENCIA DE PREPENSIONADO POR REESTRUCTURACION LA ENTIDAD – Vulneración de la protección laboral reforzada. Reten social

La Ley 812 de 2003 dispuso expresamente que los beneficios otorgados con el retén social se aplicarían a los servidores públicos retirados a partir del 1º de septiembre de 2002, como anteriormente se anotó, y hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse cuya garantía debía respetarse hasta que se produjera el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez, según fuere el caso. De la misma forma, se hace necesario precisar que la contabilización de los tres (3) años a partir de los cuales una persona adquiere la calidad de "prepensionado", de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no parte de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 790 de 2002 sino de

¹Decreto por medio del cual el Gobernador de Bolívar suprimió la planta de personal de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena en liquidación (fl. 38)

la reestructuración efectiva de la entidad, por tratarse de una interpretación más favorable encaminada a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los próximos a pensionarse. Así las cosas, para la fecha en que se produjo la declaratoria de insubsistencia de la actora por reestructuración de la entidad (21 de febrero de 2003), sólo le faltaba para adquirir el status de pensionada menos de un (1) año para completar los veinte (20) años de servicio que la ley exigía, y estaba próxima a cumplir los 55 años de edad, como quiera que nació el 10 de noviembre de 1948. De acuerdo con lo anterior, para la Sala la señora Zorayda Reyes Leyva era beneficiaria de la protección especial dispuesta en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 -Retén Social-, por cuanto adquiriría su status pensional dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que fue declarada insubsistente (21 de febrero de 2003), lo que en la práctica impedía el retiro del servicio hasta tanto no le fuera reconocida la pensión de jubilación."

En síntesis tenemos que, la señora OSPINO CABARCAS goza de pleno derecho a recibir la indemnización por supresión del cargo que venía desempeñando, pues al momento de suprimirse el empleo, ésta se encontraba laborando en el mismo, sumando a que al momento de ser reconocida la indemnización referida, pese a que gozaba del status jurídico de pensionada, aun no había sido incluida en la nómina para pensionados, por cuanto la indemnización se hace en marzo 28 de 2008 y su inclusión en la nómina por pensión de vejez solo se realizó hasta julio del mismo año, es decir que entre el reconocimiento de la indemnización y la mera inclusión en nómina existe un término de diferencia de cuatro (4) meses, por tanto el reconocimiento del derecho indemnizacional fue anterior a la pensión como tal.

Así las cosas, en esta perspectiva, por las razones antes señaladas la Sala confirmará el fallo impugnado.

COSTAS

Atendiendo los criterios establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la demandante en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha 9 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE EUSEBIO FANDIÑO GALLO

dlb


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1269
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: JUAN DE DIOS CASTELL MENDOZA Y OTRA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2005-00708-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Cartagena de Indias D.T. y C., Octubre Veinticinco (25) de dos mil trece (2013)

SALA DE DECISIÓN No. 004

SENTENCIA No. 275 -8/2013

2ª instancia

Tema: *Falla del servicio – Carga de la prueba corresponde a quien pretende acreditar el supuesto del hecho*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-33-31-004-2005-00708-01
Demandante : JUAN DE DIOS CASTELL MENDOZA Y OTRA
Demandado : NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de Reparación Directa instaurado a través de apoderado judicial, por JUAN DE DIOS CASTELL MENDOZA y MARTHA ANGULO DE CASTELL contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

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

1.1. PRETENSIONES

1. Se declare a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a los señores JUAN DE DIOS CASTELL MENDOZA y MARTHA ANGULO DE CASTELL, en virtud de la falla del servicio existente, por haber permitido en razón de su omisión la colocación y explosión de los tres (3) artefactos explosivos en una zona central del Municipio de El Carmen de Bolívar en virtud de una vigilancia ineficaz, causándoles con ello agravios injustificados a los actores en las cuantías expresadas en el capítulo que corresponde a los hechos.

1.2. LOS HECHOS

Los hechos relevantes se resumen de la siguiente manera:

Sostiene el libelista que el señor JUAN DE DIOS CASTELL MENDOZA, se desempeñaba en El Carmen de Bolívar, como agente de la Compañía de Suramericana de Seguras, desde hace mas de 40 años, y con motivo de las explosiones que frecuentemente se producen en la población, al actor le fue destruida su casa de habitación, el que fue desocupada en virtud de su deterioro, lo mismo que la bodega en la que recibían la suma de 10.000.000 por los meses que en las regiones cosechaban tabacos teniendo que trasladarse a la ciudad de Cartagena por miedo a perder su vida y la de su esposa.

Afirma que de acuerdo con la inspección judicial practicada como prueba anticipada los daños recibidos en la propiedad alcanzaron la suma de \$31.812.641, como lo dictaminó el perito Arquitecto Juan Manuel Díaz Olivera.

Señala que esa situación les ha producido a los actores diversos perjuicios, tanto materiales como morales.

Los perjuicios materiales los estima en la suma mayor de \$100.000.000, constituidos en su desplazamiento forzado, la pérdida de su actividad comercial y en general, las sumas que los actores dejaron de recibir para el núcleo familiar (Daño emergente).

Manifiesta que con respecto de los perjuicios morales, se estiman en la suma de 200 smlmv para cada uno de los actores.

II. CAMBIO DE COMPETENCIAS

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

III. DEFENSA

La parte demandada, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la jurisprudencia nacional se ha negado sistemáticamente a reconocer la responsabilidad patrimonial alguna del Estado, cuando el daño proviene de atentados con bomba que no tienen por objetivo un establecimiento oficial, un funcionario o lugar representativo del Estado, eventos en los que el daño no resulta imputable a ningún título en los términos establecidos en el artículo 90 Constitucional, habida cuenta que no puede colegirse del artículo 2 de la Constitución, que el Estado se haga responsable de toda suerte de daños cometidos por la delincuencia.

Afirma que siendo así las cosas, es una carga procesal del demandante demostrar la falla del servicio, para lo cual además de probar el daño causado y la configuración de la falla, debe comprobarse el nexo de causalidad necesario entre éstas dos elementos, para que pueda acreditarse la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el sólo hecho que en la Carta Política asigne a las autoridades la obligación de defender la vida, la honra y bienes de los residentes en Colombia, no significa que la Nación deba responder por todos los actos delincuenciales.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez Cuarto Administrativa del Circuito de Cartagena dictó sentencia el 10 de febrero de 2012, denegando las pretensiones de la demanda.

La Juez *a quo*, manifestó que con respecto al primer elemento de la responsabilidad, esto es el daño, en el expediente se encontró probada el daño antijurídico invocado sobre el inmueble de propiedad de los actores, pues ciertamente como lo afirman y se desprende de las pruebas obrantes en el proceso, el mismo se encuentra en estado de deterioro.

Con respecto al hecho dañoso imputado a la demandada por omisión ante la falta de vigilancia en la colocación de los artefactos explosivos puestos por subversivos a la empresa Electrocosta E.S.P., ubicada cerca al inmueble objeto del daño, sostiene que de acuerdo al análisis conjunto de las declaraciones recibidas en el proceso, si bien está acreditado el hecho presuntamente causante del daño alegado por los accionantes, no está demostrado que el daño que padece dicho inmueble sea consecuencia de esas explosiones de artefactos, pues no abra prueba fehaciente en el plenario que conduzca a determinar que los deterioros que posee la vivienda y el apartamento anexo de los accionantes sea consecuencia a resultado de tales hechos.

Señala que con relación al dictamen pericial rendido por el perito Arquitecto Juan Manuel Díaz Olivera dentro de la inspección judicial anticipada, el mismo no ofrece suficiente poder persuasivo para demostrar la causa de los deterioros del bien de los actores, dada la falta de calidad, precisión y firmeza de su fundamento, así como la falta de competencia o idoneidad de la especialidad del perito, pues no ofrece un estudio acertado sobre los daños o averías, su origen o causa en la infraestructura del inmueble, pues el campo profesional para realizar este tipo de estudios es más propio de la ingeniería, de manera que el dictamen rendida por el perito arquitecto no puede ser tenido en cuenta coma fundamento para entender que los daños presentados en el bien inmueble de los actores, es producto de las explosiones de las bombas en el Municipio de El Carmen de Bolívar.

V. IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación cantra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2012, por estar inconforme con la decisión adoptada por la Juez de primera instancia.

Manifiesta que se trata de un atentado contra una zona de las llamadas institucionales, tales como la Alcaldía, la propia Policía Nacional y la empresa ELECTROCOSTA.

Señala que tendríamos que entrar en el razonamiento si la actividad desarrollada por los Arquitectos desde el punto de vista de su formación académica, para concluir que una cosa es que en su actividad no realicen estudios de estructuras complejas y otra que no puedan establecer que para las que no tienen complejidad especial, tienen formación para adelantarlas. La entidad demandada muy a pesar que estuvo citada en la inspección judicial que se acompañó al libelo, no interpuso ningún reparo a la misma, habiendo quedada en firme.

Agrega que los recortes de periódicos si bien no constituyen prueba plena de los hechos, no fueron tachados de falsos y desde este punto de vista, de conformidad con los principios de la buena fe, tienen un especial valor probatorio.

VI. TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiada el 30 de mayo de 2012, se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2012, dictado por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad (fl. 281) y, con providencia del 22 de abril de 2012, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 286), oportunidad esta que fue aprovechada por la parte demandada, la parte actora guardó silencio y el Ministerio Pública desistió de emitir concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandada. Sostiene la apoderada de la entidad accionada que al no encontrarse probada la existencia del daño alegado, materializado en la destrucción de la vivienda del actor, haya sido producida por el atentado terrorista que es atribuido a la Policía Nacional, es evidente que na quedaba otro camino que negar las pretensiones de la demanda, por consiguiente solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, por considerar que se encuentra dentro de los parámetros legales y

jurisprudenciales aplicables al caso en concreto y a la realidad procesal obrante en el expediente.

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

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

CADUCIDAD

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que el hecho que origina la demanda, esto es la detonación de tres artefactos explosivos que ocasionaron perjuicios en el inmueble de los accionantes, el último tuvo ocurrencia el día 27 de junio de 2003, y la demanda se presentó el 24 de febrero de 2005 (fl. 2), es decir dentro del término de caducidad de 2 años que prevé el artículo 136 del C.C.A, para ejercer dicha acción.

PROBLEMA JURÍDICO

De la lectura de la demanda y del expediente que con ella se origina, observa la Sala que el *problema jurídico principal a resolver* es de tipo probatorio y se concreta a establecer si están o no demostrados en autos, los elementos que permitan declarar la responsabilidad de la entidad demandada, con ocasión de los hechos que plantea la parte actora.

La tesis que erige la parte actora, es que en el proceso están dados los elementos para que opere la responsabilidad a cargo de la administración, y que por tanta debe declararse que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, es responsable administrativamente por el daño antijurídico causado a los demandantes, por el atentado terrorista perpetrado contra las instalaciones de Electrocosta y que por causa de la detonación de tres artefactos explosivos, se ocasionaron perjuicios en el inmueble de propiedad de los actores.

Para la parte demandada, los perjuicios ocasionados al inmueble de los señores JUAN DE DIOS CASTELL Y MARTHA ANGULO DE CASTELL, no son imputables ni por acción ni por omisión a la Fuerza Pública, sino que fue el resultado del hecho de un tercero, quienes con su actuar ilícito generaron el daño alegado, de igual manera agrega que es una carga procesal del demandante demostrar la falla del servicio, para lo cual además de probar el daño causado y la configuración de la falla, debe comprobarse el nexo de causalidad necesario entre éstos dos elementos, para que pueda acreditarse la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, al no encontrar demostrado el hecho dañino.

Siendo los anteriores los extremos de la litis, enmarcada en el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentará la Sala como TESIS, que resulta improcedente la imputación de responsabilidad a la entidad demandada, conclusión a la que se ha arribado con fundamentos en el siguiente análisis normativo, fáctico y probatorio:

La responsabilidad extracontractual del Estado

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

En efecto, los estatutos citados disponen:

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

ART. 86 CCA.—Modificado. L.446/98, art. 31. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa..."

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos¹:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

Por otra parte, también han coincidido jurisprudencia² y doctrina, en que la carga de la prueba de esos elementos en cada caso concreto, compete, por regla general, a quien alega haber sufrido un daño antijurídico, o lo que es lo mismo, a quien alega haber experimentado un daño que no estaba obligado a soportar, carga probatoria que de no ser atendida en debida forma, necesariamente conduce a la denegación de las pretensiones de la demanda.

¹ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005) Radicación número 20001-23-31-000-1998-00304-01(17300) Actor MARIA MARLENE CARVAJAL CORREA Y OTROS Demandado NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL Referencia APELACION SENTENCIA - ACCION REPARACION DIRECTA y sentencia de noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006). Radicación número 20001-23-31-000-1997-03359-01(16626). Actor RAMON FERNANDEZ FERNANDEZ Y OTRO. Demandado NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

En ese sentido, al referirse a la carga de la prueba en acción de reparación directa, señaló el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006), Radicación número: 19001-23-31-000-1996-07005-01 (16079):

"Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aún tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos. Siendo así las cosas, por deficiencia probatoria no es posible atribuir responsabilidad alguna a la Administración Pública, pues es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para ello, todos los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda y no solo la mera afirmación de los mismos, para poder establecer cuál fue la actividad del ente demandado que guarde el necesario nexo de causalidad con el daño y que permita imputarle la responsabilidad a aquel, situación que no se dio en el sub lite".

Igualmente, dijo la Corporación:

"La Sala observa que en el presente caso la parte actora no asumió la carga probatoria que le correspondía, pues lo sostenido a lo largo de la actuación procesal no fue acreditado. No debe olvidarse, que es un principio de derecho probatorio, el que para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, es menester demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho. Todo esto en virtud de que el Art. 177 del C. de P. Civil, que consagra el principio de la carga de la prueba, terminantemente nos dice que: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... ".³

Precisada la importancia de la prueba en este tipo de acciones, identificando a quién compete asumirla y teniendo como marco normativo general el arriba expuesto, - aplicable a la acción que ha de analizarse -, el paso siguiente será verificar si en el caso *sub lite* están o no dados los supuestos de hecho que

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005). Radicación número. 13001-23-31-000-1993-09500-01(15204) Actor ANGEL DE JESUS BARRERA HERNANDEZ Y OTROS. Demandado: NACION - MINDEFENSA - EJERCITO NACIONAL. Referencia. APELACION SENTENCIA - ACCION REPARACION DIRECTA.

hacen procedente la declaratoria de responsabilidad del ente público demandado, en este caso, bajo el título de falta del servicio⁴.

El Daño

La demanda afirma que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -POLICÍA NACIONAL, son responsables administrativamente por el daño antijurídico causado a los demandantes, derivado del deterioro del bien inmueble de su propiedad, como consecuencia de la detonación de tres artefactos explosivos dirigidas contra la empresa Electrocosta E.S.P., ubicada aproximadamente a 60 metros del inmueble.

Para demostrar el daño sufrido, los actores aportaron y se recaudaron las siguientes pruebas:

- Copia auténtica de la Diligencia de Inspección Judicial con intervención de perito realizada como prueba anticipada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar de fecha 21 de octubre de 2004, constatándose que se trata de una casa de habitación ubicada en el perímetro urbano de El Carmen de Bolívar, con frente a la carretera 46 entre calles 24 y 25 de la actual nomenclatura urbana. A dicha diligencia compareció la apoderada de la Policía Nacional Dra. Helga González Delgado, la parte actora, señor Juan de Dios Castell y el perito Arquitecto Juan Manuel Díaz Olivera (fl. 9-11).
- Copia auténtica del dictamen rendida por el perito Arquitecto Juan Manuel Díaz Olivera de fecha 27 de octubre de 2004 como prueba anticipada, mediante el cual hace una descripción general del inmueble, identifica los daños encontrados dentro del inmueble, la causa u origen de los posibles daños, fecha de los hechos, daños del inmueble producto del deterioro normal

⁴ El régimen de Responsabilidad aplicable en este caso, de acuerdo con los planteamientos hechos en la demanda, y, - contrario a lo manifestado por el apelante - es el de la falta probada del servicio, concepto que en el entendimiento de la Sala consiste en una disfunción de la administración, que a través de sus agentes provoca un resultado distinto del que regularmente produce en ejercicio de su misión pública, y dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia directa de la falta del servicio.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

RAD: 13-001-33-31-004-2005-00708-01

REPARACIÓN DIRECTA

Página. 11

por el paso del tiempo y falta de mantenimiento, análisis constructivos de los daños y concepto técnico para la reconstrucción (fls. 15-17).

- Quince fotografías tomadas al inmueble de propiedad del señor JUAN DE DIOS CASTELL (fls. 27-33).
- Copia auténtica de la escritura pública No. 356, en el que se identifica plenamente el bien inmueble y se demuestra la propiedad que del mismo padece el señor JUAN DE DIOS CASTELL (fl. 34-40).
- Recortes del periódico El Universal emitido el día 1º de marzo de 2003, en el cual informa sobre el estallido de dos petardos en el Carmen de Bolívar. (fl. 42-44).
- Testimonios rendidos por los señores GUIDO FRIERI SANTORO (FL. 138-139), HECTOR ROMERO MORANTE (FL. 140-142), RAFAEL HERNANDEZ OSORIO (FL. 143-144), ABELARDO DE LA ESPRIELLA JURIS (FL. 228-230), quienes coincidieron en afirmar el daño sufrido por los actores, en su bien inmueble.

Al hacer la valoración del material probatorio aportado se advierte:

i). En relación con la prueba anticipada, practicada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar, la Sala debe anotar que la inspección judicial y el dictamen pericial, pueden ser valorados en este proceso, pues la apoderada de la Policía Nacional asistió a la diligencia.

ii). En cuanto se refiere a los recortes de prensa, contenido de una publicación periodística emanada de un tercero y aportada con la demanda, en reciente pronunciamiento la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estados estableció lo siguiente:

"Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental⁶. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de

⁶ Consejo de Estado: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 29 de mayo de 2012; Rad: 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PJ)

⁹ Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener "(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido". Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia del 27 de junio de 1996, Rad 9255; sentencia del 15 de junio de 2000, Exp 13.338; sentencia del 10 de

acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obran en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas "...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia", y que si bien "...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la infamación que contienen"⁸.

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos" (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, las imágenes de prensa allegadas con la demanda, habrán de ser analizados en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, con el fin de verificar la información que en ellos consta⁹.

iii). En lo que respecta a las fotografías que obran en el plenario, de las que se afirma revelan condiciones de deterioro del bien inmueble del actor, la Sala no les imprimirá valor, atendiendo la precariedad de su aporte, como quiera que no se informa por la parte demandante quién es el autor de tales fotografías, y nada se dice acerca del lugar y la época en que fueron obtenidas, de manera que no puede tener certeza el juzgador acerca de la autenticidad de las mismas. En lo atinente, el Consejo de Estado¹⁰ ha dicho:

"En primer lugar, es menester advertir que la parte actora, con el fin de acreditar los hechos, aportó al proceso unas fotografías, las cuales no serán valorados en esta instancia, toda vez que carecen de mérito probatorio, pues sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible

noviembre de 2000, Exp. 18298; y sentencia del 16 de enero de 2001, Rad. ACU-1753; sentencia del 25 de enero de 2001, Rad 3122, sentencia de 6 de junio de 2002, Rad 739-01.

⁷ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre 10 de 2000, según raditaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, sostuvo la tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de junio de 2007, Exp. AP-00029

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. 25087

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010) Radicación número 23001-23-31-000-1997-08706-01(17500) Actor, DALIX SENALDA LOPEZ LOALZA Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE MONTELIBANO Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

determinar su origen ni el lugar ni la época en que fueron tomadas o documentadas, y menos se tiene certeza sobre el sitio o la vía que en ellas aparece, ya que al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden cotejarse con otros medios de prueba allegados al proceso.

NOTA DE RELATORIA: *Sobre el valor probatorio de las fotografías. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 12.497; de 21 de agosto de 2003, exp. AP-263; de 25 de julio de 2002, exp. 13.811.*

Sin embargo, de las demás pruebas aportadas con la demanda y allegadas durante el proceso, basta señalar en este momento, que es factible tener por demostrado, en el presente caso, el daño; componente en los que, por economía, sólo profundizará lo Sala, si hay lugar a atribuirlos a la entidad demandada.

La imputación

Como arriba se dijo, para que la responsabilidad extracontractual del Estado deba declararse, es imperativo que se demuestre la causación de un daño ontijurídico, atribuible por acción u omisión, al ente estatal y bajo uno cualquiera de los tipos de imputación que la jurisprudencia vigente ha diseñado.

Los criterios de atribución han sido elaborados por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, bajo dos títulos básicos: de responsabilidad subjetiva por falla del servicio y de responsabilidad objetiva por daño especial o riesgo excepcional. En todos estos regímenes o criterios de imputación se requiere que la actividad desplegada por el Estado sea finalmente la causa del daño bien de manera exclusiva, o concurrente con la de la víctima o de un tercero. Tales criterios están vinculados, obviamente, con el desarrollo mismo del Estado y, por lo tanto, podrían ser diferentes.

El debate sobre la responsabilidad estatal en casos como el que hoy se estudia, ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte del H. Consejo de Estado, situación claramente comprensible en un país como el nuestro, caracterizado por una larga tradición de enfrentamientos protagonizados por grupos alzados en armas en contra de los diferentes órdenes estatales, conflicto en el que se ha visto afectada la población civil, tanto en su

integridad como en sus bienes. Sin embargo, en este tipo de eventos siempre ha existido dificultad al momento de encuadrar el juicio de responsabilidad, pues en muchos de tales casos el daño por el cual se reclama indemnización ha sido causado por el actuar de los grupos subversivos y no por el de los agentes del Estado, con lo que, aparentemente, se estaría en presencia de una causal eximente de responsabilidad como es el hecho de un tercero.

Por lo tanto, tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de daños antijurídicos causados por "ataque terrorista", el Consejo de Estado ha aplicado como títulos de imputación principalmente, el régimen de falta del servicio probada y el de daño especial que resulta siendo aquel en virtud del cual se obliga al Estado, por razones de equidad, a indemnizar los daños especiales y anormales que cause con su actividad a los particulares, sin que dicha actividad pudiese reprocharse de ilegal¹¹.

Sin embargo, en relación con los hechos ocurridos los días 28 de enero, 28 de febrero y 27 de junio del año 2003 en el Municipio de El Carmen de Bolívar, no existe suficiente material probatorio que conduzca a la inequívoca conclusión de que los daños a que se ha hecho referencia, fueron producto del actuar del grupo guerrillero de las FARC, pues no se aportó ningún documento correspondiente a la investigación penal con su respectiva decisión final, que demuestre de manera inequívoca quienes fueron los autores del supuesto atentado terrorista que produjo la explosión del artefacto de regular pader.

Ahora bien, la parte demandante pretende demostrar el hecho dañoso imputable a la demandada con el dictamen rendido dentro de la prueba anticipada por el perito Arquitecto Juan Manuel Díaz Olivera, quien en el experticia solicitado afirma (fl. 16):

"CAUSA U ORIGEN DE LOS DAÑOS:

La causa u origen de los daños presentados en el inmueble por versión de los comparecientes INELDA MARIA SUAREZ PAREDES y el señor JUAN DE DIOS CASTELL, se deben a las constantes amenazas por artefactos explosivos

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejo ponente ENRIQUE GIL HÓTERO Diez (10) de junio de dos mil nueve (2009) Radicación número 50001-23-31-000-1999-04553-01(18311) Actor HERCULO CONTRA LOAIZA Y O Demandado DEPARTAMENTO DEL META-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL META Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA

puestos por subversivos a la empresa Electrocosta E.S.P., que está ubicada a unos 600 metros del inmueble afectados (sic) del cual los comparecientes, aseguran haber sucedido hasta la fecha tres bombas de gran poder explosivos."

De lo anterior se infiere que el dictamen del perito partió de las afirmaciones realizadas por la parte solicitante de la prueba anticipada, para determinar como causa de los deterioros en el inmueble objeto de daño, los artefactos explosivos, sin presentar un verdadero estudio que lo demostrara, lo cual no es exigible al perito, pues como lo señaló la Juez a quo, su especialidad no es idónea para realizar ese tipo de estudios, pues en ningún modo puede ser considerado como un medio de convicción con la virtualidad suficiente de probar la causalidad en razón de la cual se configuraría responsabilidad administrativa; toda vez que no representa un conocimiento técnico que permita tener como acreditado el hecho de que la disminución patrimonial de los actores originada en la destrucción parcial del inmueble de su propiedad sea causada con ocasión de la incursión guerrillera ocurrida los días 28 de enero, 28 de febrero y 27 de junio de 2003.

En efecto, para que el hecho violenta del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, o un funcionario representativo de la cúpula estatal, toda vez que en ese momento se genera el riesgo que el particular no se encuentra en el deber de soportar, aspecto probatorio cuya carga era de la parte demandante y que en el presente proceso no resultó acreditado.

Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la causación de un daño incumbe al actor.

Así las cosas, la llamada falla del servicio que se determinó como título de imputación, no quedó probada, puesto que no se demostró en autos que la acción u omisión de la administración hubiere generado el daño en los actores.

Se desconoce entonces quienes fueron los autores del atentado explosivo que vincularían la situación del actor, con el actuar de la administración cuya responsabilidad se imprecá, no existiendo elementos de prueba que permitan

establecer una relación directa entre la lesión y el actuar de los demandados, evidencias sin las cuales el hecho dañino no puede ser atribuido al ente demandado, y mucho menos el nexo causal.

En ese orden, considera la Sala que a la luz de las normas vigentes, el mencionado daño no es susceptible de ser imputado a la demandada, en tanto que las pruebas que obran en el expediente, no son siquiera indicadoras en grado de probabilidad, de que la lesión probada les fuera atribuible.

Así, se tiene por no acreditado el supuesto de imputación, sin el cual no es viable declarar la responsabilidad estatal en la medida en que no hay causalidad entre el daño y el accionar activo o pasivo del ente estatal.

En síntesis, y recapitulando, la acción de reparación directa está establecida para obtener la reparación de los perjuicios provocados por las acciones u omisiones de la administración. El perjuicio cuya indemnización se reclama debe ser personal, cierto, real o no supuesto y además, debe ser demostrado, bajo el respectivo título de imputación en el que encajen los hechos correspondientes.

En este caso concreto, la parte demandante no acreditó ni el hecho dañino ni el nexo causal, por lo que la Sala sólo podrá confirmar la decisión proferida en primera instancia, soportándose los presentes argumentos, en lo considerado en sede inferior, concluyendo que no se dan los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del Art. 90 de la Constitución Política, pues no se ha demostrado la existencia de un daño antijurídico endilgable a la administración que pueda ser reparado.

COSTAS

En atención a que para el momento en el cual se dicta este fallo la Ley 446 de 1998, en su artículo 55, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en el *sub lite* ninguna de aquellas actuó de esa forma, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia. **ENVIAR** al Juzgado de origen, para la toma de decisiones que en derecho correspondan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELECKER ANDINO GALLO

dlb1


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1270
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MARIA DE JESÚS LOZANO HERRERA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2008-00250-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Octubre Veinticinco (25) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 280. /2013

2º Instancia

Tema: *Convocatoria póstuma Junta Médico-Laboral*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-001-2008-00250-01
Demandante: MARÍA DE JESUS LOZANO HERRERA
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora MARIA DE JESUS LOZANO HERRERA en nombre propio y en representación de sus menores hijos, instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

DEL DERECHO contra la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

"1º ... nulidad del oficio No. 004905 del 25 de octubre/2007, suscrito por el señor Subdirector de Servicios Asistenciales, de la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional (DISAN), en donde se manifiesta entre otras situaciones, la negativa a realizarse una acta de junta médica laboral al esposo de la demandante, quien prestaba sus servicios como militar en la Armada Nacional, y sea restablecida en sus derechos violados,...

2.- Que los valores de los resultados a cancelar por la demandada y relacionados en el numeral que antecede, sean a partir del 08 de marzo/2005, fecha del accidente que sufrió el enunciado infante de marina y con sus valores actualizados, como se ordena dentro del artículo 178 del C.C.A., lo anterior a manera de restablecimiento del derecho a favor de la demandante."

HECHOS RELEVANTES:

Sostiene que el señor ORLING JAVIER PATERNINA MARTINEZ, el 8 de marzo de 2005, se desempeñaba como militar de Infantería de Marina en el Grado de Infante de Marina Profesional, cuando en esa actividad haciendo parte del Batallón de Conraguerrilla, se enfrentaron en combate con el grupo guerrillero de las FARC, resultando lesionado este militar en la cara, la cabeza y en un ojo izquierdo lo que se resume en un informe de accidente de fecha 30 de marzo de 2005.

Señala que una vez valoradas las lesiones sufridas por el infante, los médicos de sanidad hicieron todos los exámenes de rigor, quedando pendiente la celebración de la Junta Médico Laboral, la cual no fue celebrada por haber fallecido el incapacitado el día 3 de julio de 2006, como consecuencia de un accidente de tránsito.

Afirma que en virtud del fallecimiento de la señalada víctima, el Ministerio de Defenso, en lo que a ello compete produjo el octo administrativo Resolución No. 469 del 23 de marzo de 2007 suscrita por el Secretario General del Ministerio de Defensa, en donde se le reconoce a la señora MARIA LOZANO HERRERA como beneficiaria prestacional del infante de marina fallecido, concediéndole la pensión de sobreviviente.

Manifiesta que el día 5 de octubre de 2007, la actora le solicitó al Director de Sanidad que le sea ordenada la realización de la Junta Médico Laboral al infante follecido, lo que se le respandió en formo negativa.

Agrega que en cuanto a la oposición de la realización de la junta médica, por la insistencia o muerte de la víctima, ello no es que sea el fundamento para la negativa, ya que esto es determinada en lo ley, esa insistencia, tal como la prevén los artículos 20 del Decreta 1796 de 2000, en armonía con los artículos 24 y 28 del Decreto 094 de 1989, en donde se establece, que no es necesario la comparecencia de la víctima, sobretodo en este caso por su fallecimiento siempre y cuando se encuentren ya finiquitados todos y cada uno de los documentos para la configuración a convocatoria, de ahí este hecho, que está acudienda como garantía constitucional a la rama jurisdiccional, a tratar de amparar los derechos de la demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

- Artículos 29 – 53 y 58 de la Constitución Nacional,
- Artículos 18, 19 y 20 del Decreta 1796 de 2000.

Como concepto de violación afirma que al fallecido infante se le tenía que ordenar la convocatoria de la Junta Médico Laboral aunque estuviese fallecido porque el mismo poseía todas y cada una de los elementos para esa convocatoria, tales como los actos de servicio, los informes médicos que establecen la capacidad psicofísica de la víctima, es decir que dichos requisitos se dan para convocatoria a dicha junta que nunca se llevó a caba siendo violatoria dicha actuar de la Constitución Política artículo 53.

Afirmo que se le violaron a la actora los derechos adquiridos a través de la Resolución que le otorga la pensión y le reconoce tal derecho, pues se desprende lo negativo presentada en el acto acusado y lo dicho por la demandado en la respuesta a la acción de tutela que aparece en autos.

Considera que se ha violado el artículo 16 del Decreto 1796 de 2000, toda vez que éste establece los soportes de la llamada junta médica, o para su convocatoria, los cuales eran los ya practicados al fallecido infante y cuya petición fue negada a la actora por el Director de Sanidad quien es el competente para convocar la misma, sin embargo con todos los documentos en manos de la actora, se le negó la convocatoria a la precitada junta, sin amparar su respuesta en norma legal alguna, pues por último también afirma que se viola el mencionado Decreto pues nada impide la culminación del trámite administrativo, por lo cual considera que se debe hacer la evaluación del grado de incapacidad, para así determinar el grado de incapacidad y se otorgue su posterior pago prestacional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, esgrimiendo entre otras, los siguientes razones de defensa:

Señala que el acto demandado fue expedido conforme a las normas legales pues el artículo 20 del Decreto 1796 de 2000, disposición vigente para la época de los hechos es diáfana al establecer que la Junta Médico Laboral se efectuara con presencia del interesado, es decir que la asistencia es un requisito para la Junta Médico Laboral.

Afirma que la Junta Médico Laboral está precedida de conceptos médicos emitidos por el especialista respectivo que especifique el diagnóstico, evolución, tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que

presente el interesado y una vez se cuente con dichos conceptos definitivos es que se puede convocar a la Junta Médico Laboral.

Insiste en que se deben cumplir una serie de requisitos de orden legal y determinadas condiciones contempladas en los arts. 15 y ss del Decreto 1796 de 2000, las cuales no reunía el Infante de Marina fallecido, razón por la cual nunca se realizó.

Propone como excepción la falta de legitimación en la causa por activa de la demandante.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 25 de julio de 2012, el Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia declarando no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por la entidad demandada y denegó las pretensiones de la demanda.

Con respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, consideró que cumplidas las condiciones de la demandante y sus hijos, la Nación - Ministerio de Defensa reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobreviviente y por tanto, es la parte actora quien tiene derechos en un eventual caso, tal como el que nos ocupa de solicitar, reliquidación o ajuste de la pensión con la inclusión de nuevos porcentajes o teniendo en cuenta nuevas evaluaciones por parte de la Junta Médico Laboral, independientemente de que en el estudio de fondo se determine o no si contaba con los requisitos mínimos para acceder a la evaluación de la Junta Médico Laboral, razón por la cual si se encuentra legitimada la actora.

Señala que encontrándose en servicio activa el infante fallecido, debía practicarse un examen de capacidad psicofísica, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1796 de 2000, artículo 16, también debía tener el concepto médico emitido por el especialista respectivo que especifique el diagnóstico, evolución, etc, dichos exámenes no le fueron practicados al

interfecto y los mismos eran necesarios para el soporte de la Junta Médico Laboral.

Afirma que no es procedente el amparo solicitado porque hasta la fecha de la muerte del infante ORLING PATERNINA, el mismo no había sido valorado por sanidad y no tenía los documentos necesarios para la convocatoria a la precitada Junta Médico Laboral, requisitos indispensables para la práctica de la junta médico laboral, conforme al artículo 16 del Decreto 1796 de 2000.

Manifiesta que no se encuentra probado que el finado ORLING PATERNINA hubiera cumplido o solicitado el cumplimiento de tales requisitos médicos, requeridos para la convocatoria de la Junta Médico Laboral y mucho menos, que hubiera solicitado tal convocatoria.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primera instancia, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, interpuso recurso de apelación el apoderado de la **parte demandante** contra la sentencia del 25 de julio de 2012, manifestando su inconformidad bajo los siguientes argumentos:

Señala que en la demanda se plasmó que se trataba era de agotar un trámite netamente administrativo médico, establecido en los Decretos 094 de 1989 y 1769 de 2000, consistente en que se llevara a cabo una acta de Junta Médica Laboral, esto además previsto en la Constitución Política en su artículo 209.

Manifiesta que el objeto de la presente demanda, es que por vía judicial sea ordenada la convocatoria de la Junta Médica Laboral al infante fallecido, ya que todo su historial médico lo prevé, no es necesario que esté presente el lesionado a la Junta Médica o que hubiese fallecido, bastan los historiales médicos, de conformidad con los artículos 24 del Decreto 094 de 1989 y el 20 del Decreto 1796 de 2000.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 30 de noviembre de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 361); y, con providencia adiada en febrero 8 de la presente anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 363).

En esta oportunidad procesal la parte demandante guardó silencio, la parte demandada alegó de conclusión y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDADA.

La apoderada de la parte demandada manifiesta que en el *sub lite*, el lesionada falleció, y la entidad demandada na está obligada a lo imposible, dado que realizor la Junta Médico Laboral al extinto Infante de Marina resulta físicamente imposible.

Afirma que para llegar a la Junta Médico Laboral el militar requiere cumplir con determinadas exigencias de orden científica y legal, condiciones que no reunía el infante de marina profesional ORLING PATERNINA MARTINEZ, para la fecha de su fallecimiento, razón por la cual no había sido valorado par la Junta Médico Laboral.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público Delegado ante este Corparación, emitió concepto de fondo manifestando que como quiera que a la demandante se le ha reconocido pensión de sobreviviente derivada de la muerte de su esposo, no tiene relevancia alguna la práctica de una Junta Médico Laboral al finado, toda vez que ya se ha reconocido una prestación pensional que reemplaza el eventual reconocimiento de una pensión de invalidez.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia adiada veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de 4 meses contados a partir del día siguiente de la notificación, comunicación o ejecutoria del acto, pues bien, el acto administrativo acusado Oficio No. 00405 es de fecho 25 de octubre de 2007 (fl. 14) y la demanda fue interpuesta el 4 de febrero de 2008 (fl. 13), es decir, antes del vencimiento de los cuatro meses que exige la Ley para tal efecto en este tipo de acciones.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídica se circunscribe en determinar, si es procedente la realización de una Junta Médico Laboral al interfecto militar ORLING PATERNINA MARTINEZ.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión revocará la sentencia de primera instancia, por cuanto es posible que en ausencia del paciente se realice la Junta Médico Laboral con los documentos que pueda tener la Armada Nacional.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

La demandante solicita que se declare la nulidad del Oficio No. 004905 del 25 de octubre de 2007, proferida por el Subdirector de Servicios Asistenciales de la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional, por medio del cual niega la realización de un acta de Junta Médica Laboral al fallecido esposo de la señora MARIA LOZANO HERRERA. (fl. 14).

Se trata de un acto administrativo de carácter definitivo, que modifica situaciones jurídicas particulares y concretas, respecto del cual no se dio a la actora la oportunidad de interponer recurso alguno en sede gubernativa, por lo que, conforme a las previsiones del artículo 135 del C.C.A., se encuentra habilitada esta jurisdicción de lo contencioso administrativo para ejercer el control de legalidad sobre el mismo.

NORMATIVIDAD APLICABLE.

El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, proceso radicado 0926-12, mediante sentencia de fecha 30 de agosto de 2012, al resolver una situación parecida a la aquí planteada, expuso:

"(...)

vi). Se puede convocar Junta Médico-Laboral, a pesar de que haya muerto el paciente.

Como ya se dijo, en la petición elevada por Carmen Rosa Melenje Guamanga en nombre propio y en el de su hijo Andrés Fernando, solicitó al Jefe de Medicina Laboral del Departamento de Policía del Cauca, que realizara las gestiones y trámites respectivos para que se adelantara la Junta Médico-Laboral, con el fin de que se valoraran las enfermedades que padecía su esposo y se fijaran los índices de lesión a que hubiera lugar (fl. 11).

La parte actora asegura, que conforme al literal b) del artículo 24 del Decreto 1976 de 2000, se puede realizar la Junta (fls. 68 y 69, cuaderno principal), sin que la muerte del paciente se pueda convertir en una excusa para no hacerlo, porque en ausencia del interesado, se puede tomar la decisión correspondiente con base en los informes médicos y en la historia clínica.

En lo atinente al campo de aplicación del Decreto 1796 de 2000 a los miembros de la Fuerza Pública, el artículo 1 tiene previsto:

ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACION. El presente decreto regula la evaluación de la capacidad sicofísica y la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, **indemnizaciones**, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la policía nacional
(...) (Resalta la Sala).

Además, dicho Decreto regula, entre otras, las siguientes materias: La Junta Médico-Laboral Militar o de Policía es un "organismo", no una "autoridad" médico-laboral (artículo 14 numeral 1); Algunas de las funciones de la Junta mencionada, son: valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas y clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite, calificar la enfermedad según sea profesional o común, y fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello (artículo 15).

Los soportes de la Junta Médico-laboral son: El concepto médico emitido por el especialista respectivo que especifique el diagnóstico, evolución, tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que presente el interesado; el expediente Médico-Laboral que repose en la respectiva Dirección de Sanidad; los exámenes paraclínicos adicionales que se considere necesario realizar y el Informe Administrativo por Lesiones Personales, según el artículo 16, que adicionalmente, en su párrafo único agrega: "PARAGRAFO. Una vez recibidos los conceptos médicos definitivos que determinen las secuelas permanentes, la Junta Medico Laboral se deberá realizar a más tardar dentro de los noventa (90) días siguientes".

La realización de Junta Médico-Laboral la autoriza expresamente el Director de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional, por solicitud de Medicina Laboral o por orden judicial (artículo 18); Algunas de las causales para convocar a la Junta son, que exista un informe administrativo por lesiones, o que el afectado haya elevado la correspondiente solicitud (artículo 19); La Junta Médico-Laboral se efectúa con la presencia del interesado, pero si no asiste en dos oportunidades, conforme a las citaciones que le hagan, sin justa causa, la Junta se realiza sin su presencia, con base en los documentos existentes (artículo 20).

De otra parte, "Es obligación del Comandante o Jefe respectivo, en los casos de lesiones sufridas por el personal bajo su mando, describir en el formato establecido para tal efecto, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en las que se produjeron las lesiones (...). PARAGRAFO. Cuando el accidente en que se adquirió la lesión pase inadvertido para el comandante o jefe respectivo, el lesionado deberá informarlo por escrito dentro de los dos (2) meses siguientes a su ocurrencia. En todo caso los organismos médico-laborales deberán calificar el origen de la lesión o afección (artículo 24).

Finalmente resalta la Sala el contenido de la siguiente disposición: "ARTICULO 37. DERECHO A INDEMNIZACION. El derecho al pago de indemnización para el personal de que trata el presente decreto, que hubiere sufrido una disminución de la capacidad laboral se valorará y

definirá de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y se liquidará teniendo en cuenta las circunstancias que a continuación se señalan:

(...)".

De acuerdo con los artículos comentados y al revisar integralmente la norma, se infiere que en algunos casos puede solicitarse indemnizaciones, cuando se ha producido una disminución de la capacidad laboral del paciente, siempre y cuando el índice de lesión fijado por la Junta Médico-Laboral le permita reclamarla.

De otra parte, es cierto que el interesado debe asistir a la Junta Médico-Laboral, pero también prevé la norma que en caso que no concurra y no justifique su inasistencia, luego de dos citaciones que se le hagan, la Junta se debe adelantar, para lo cual se valorarán los documentos existentes.

Como ya murió el paciente, Agente Fernando Fernández Cerón, de una parte son los herederos los que están legitimados para adelantar los trámites que sean del caso, como quedó anotado en precedentes párrafos, y de otra, se debe realizar la junta sobre los documentos con que pueda contar la Entidad; esta es la pretensión que se deduce del contenido de la demanda.

No es cierto entonces como lo sostuvo la primera instancia, que una vez muerto el paciente no se pueda adelantar la Junta Médico-Laboral, porque el Decreto 1796 no lo prescribe, y además, es perfectamente viable que en ausencia del paciente se valoren los documentos que pueda tener la Policía Nacional. Para tal fin se concederá un término de dos meses, el cual se considera que es razonable.

Sin más consideraciones que hacer, deberá anularse el acto administrativo demandado, para que se realice la Junta Médico-Laboral y se analice el caso del Agente Fernando Fernández Cerón, como lo solicitó la señora Carmen Rosa Melenje Guamanga, en nombre propio y en representación de su hijo Andrés Fernando Fernández Melenje."

De acuerdo a lo anterior, de las pruebas allegadas al proceso, se encuentran el Informe Administrativo por Lesiones de fecha 30 de marzo de 2005 rendido por el Comandante de Unidad Gerardo Becerra Durant, Batallón de Contraguerrillas de I.M. No. 1 de la Armada Nacional (fl. 220), se hace referencia específica al señor Orling Paternina Martínez, la historia clínica del infante de marina el cual atendido en el Hospital Naval de Cartagena y dentro de la cual se encuentran los exámenes practicados como consecuencia de las lesiones sufridas, el estudio físico de egreso (fls. 225-331), al igual que la certificación enviada por el Jefe del Departamento de Medicina Laboral del Hospital Naval de Cartagena, Dirección de Sanidad Naval, de fecha 29 de mayo de 2012, mediante el cual informa: "Que verificados a la fecha los archivos y registros del Departamento de Medicina Laboral del Hospital Naval de Cartagena no se encontraron documentos correspondientes al señor PATERNINA MARTINEZ ORLING JAVIER." (fl. 222).

Igualmente, mediante Resolución No. 469 de fecha 23 de marzo de 2007, se reconoció a la señora MARIA DE JESUS LOZANO HERRERA y a sus tres menores hijos, la pensión de sobrevivientes, en su condición de beneficiarios del Infante de Marina en comento (fls. 15-17), con lo cual no queda duda que se desempeñó en esa institución en tal calidad.

En la citada Resolución No. 469 de 2007, también se dejó consignado que el Infante de Marina Profesional fallecido ingresó a la Institución el 8 de marzo de 2002 y fue retirado por muerte "SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD" el 3 de julio de 2006.

Ahora bien, esta Sala de Decisión acogerá en su totalidad lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia que aquí se cita, en cuanto es perfectamente viable que en ausencia del paciente se valoren los documentos que pueda tener la Armada Nacional.

Así las cosas, para tal fin se anulará el acto administrativo demandado, y como restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada que realice la Junta Médico-Laboral y se analice el caso del Infante de Marina fallecido Orling Javier Paternina Martínez, para que una vez establecido el grado de incapacidad del mismo, la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL determine el pago de las prestaciones a que haya lugar, si las hubiere.

En ese orden de ideas, por haberse demostrado que con la expedición del acto administrativo demandado se vulneraron normas superiores, esta Sala revocará la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

COSTAS

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 de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la Sentencia de fecha 25 de julio de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, el cual negó las pretensiones de la demanda instaurada por MARIA DE JESUS LOZANO HERRERA, en nombre propio y en el de sus hijos Loren Victoria, Orling Fabian y Orling Javier Paternina Lozano, contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA NULIDAD del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 004905 SSA-DML-421 de fecha 25 de octubre de 2007, proferido por

el Subdirector de Servicios Asistenciales de la Armada Nacional. En consecuencia,

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho **ORDÉNASE** a la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, que en el término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, proceda a realizar la Junta Médico-Laboral solicitada por la señora MARIA DE JESUS LOZANO HERRERA, para que fijen, si es el caso, el correspondiente índice de lesión del Infante de Marina Profesional fallecido, ORLING JAVIER PATERNINA MARTINEZ, con fundamento en los documentos que tenga la Entidad.

CUARTO: Una vez establecido el grado de incapacidad del Infante de Marina fallecido, **ORDÉNASE** a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL determinar el pago de las prestaciones a que haya lugar, si las hubiere.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1271
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2011-00084-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE 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 DE DESCONGESTIÓN 002

SALA DE DECISIÓN N° 004

Cartagena de Indias D. T. y C., Octubre veinticinco (25) de dos mil trece (2013)

2º instancia

SENTENCIA No. 281 2013.

Tema: *Infracción Administrativa Cambiaria – violación al debido proceso.*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-33-31-013-2011-00084-01
Clase de proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO
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 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Julio 23 de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado a través de apoderado judicial por JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO contra la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, providencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO., actuando mediante apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra UAE DIAN con el fin que se acceda a:

1.1 PRETENSIONES:

"1. Que se declare la nulidad y restablecimiento del derecho de las resoluciones:

- Resolución N° 000225 de 5 de febrero de 2010, por medio de la cual la Jefe de la División de Liquidación de la DIAN – Administración – sancionó al actar (Juan Santiago Uribe) por infracción al régimen cambiario.
- Resolución N° 002103 de 6 de diciembre de 2010, por la cual la Jefe de la División Jurídica de la DIAN – Administración – al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución, confirmó la infracción al régimen cambiario.

2. Que a título de Restablecimiento del Derecho se declare que no existe a cargo del actar, obligación de pagar suma alguna por el proceso adelantado por la DIAN.

3. Que se le ordene pagar 80 s.m.l.m.v por perjuicios morales, se cancele el valor de la lancha y que este valor sea traído a valor presente al momento de hacerse efectivo el pago y se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

4. Si se llegare a realizar dentro de algún proceso ejecutivo el embargo y secuestro de bienes de mi cliente por parte de la DIAN, esta deberá pagar los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales ocasionados con esta medida.

5. Las sumas reconocidas en la sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes al falla y moratorios al vencimiento de dicho término.

1.2 HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos se consignaron así:

El señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO adquirió un casco de fabricación nacional en territorio aduanero nacional, que luego fue matriculado con el nombre "vero vero", marca Finautica, fabricado de fibra de vidrio, modelo F200 C de 20 pies, por compraventa realizada al señor Sergio Fajardo, tal como consta en escrito debidamente autenticado ante notario, el día 7 de julio de 1987.

Luego de adquirir el casco, compró motores fuera de bordo en la empresa Eduardoño, registró la embarcación en la Capitanía de Puerto de Cartagena, bajo el nombre "vero vero" en septiembre de 1987, matriculándola bajo el número CP5-05-0796-B

Posteriormente vendió la lancha adquirida en Colombia a la sociedad Y & Y Business Consultans S.C, representada por el señor Hernán Yepes Valderrama, quien decidió combiare el nombre a lo lancha, y pasó de "vero vero" a "centella" en el año 1993.

Se inició proceso administrativo en la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, (Grupa Interno de Trabajo Contral Cambiario), por presunción de violación al régimen cambiario, iniciándose investigación el 8 de abril de 1998.

Con outa admisoría 000140 de 27 de marzo de 2006, la Jefe de la División de Fiscalización Aduanera, comisionó a un funcionario para la práctica de una diligencia de control y verificación de las mercancías de origen extranjero que se encuentran en depósito en la empresa Eduardoño.

Por acta de inspección aduanera, verificaron que tienen la declaración de importación y facturas de los matares, pero no del casca, y dan 48 horas, para que los actuales dueños alleguen al proceso los documentos correspondientes.

Luego, con acta de 10 de abril de 2006, se expresó que na se aportaron las declaraciones de importación de unas embarcaciones, entre ellas, la lancha "Centella", de propiedad de Y & Y Business Consultans S.C.

El 21 de abril de 2006 se realizó acta de aprehensión # 0089 Fiscal, con la que se aprehendió la embarcación "Centella", y luego de agotarse trámite de gestión entre las dependencias aduaneras, la División de Fiscalización, mediante Resolución 001621 de 4 de julio de 2006, definió la situación jurídica de la mercancía aprehendida.

Luego se expidió auto de apertura de investigación cambiaria contra Y & Y Business Consultans S.C, y acta de formulación de cargos por infracción a la Ley 488 de 1998, alegándose además la violación de la Resolución externa de la Junta Directiva del Banco de la República de 8 de mayo de 2000, Decreto 1092 de 1996 y 1074 de 1999.

Con Resolución de 1º de abril de 2008 se impuso sanción cambiaria a Y & Y Business Consultans S.C.

El 10 de abril de 2008 Y & Y Business Consultans S.C., presentó recurso de reposición contra la anterior decisión, siendo resuelto el 25 de julio de 2008, con resolución que revocó la sanción, tras considerar, que de las pruebas que allegó al expediente se logra establecer que en realidad no fue ni el importador, ni el introductor de la mercancía ilegalmente ingresada al país.

El expediente se envió al Jefe de Control Cambiario el 5 de septiembre de 2008, expresando que la remisión obedece a la necesidad de que se inicie investigación administrativa cambiaria contra los verdaderos responsables de la infracción cambiaria.

Por auto de apertura IMNC 22-2006-2009-00151 de 8 abril de 2009 el grupo interno de control cambiario resolvió abrir investigación contra Juan Santiago Uribe, y posteriormente, mediante Resolución 225, la DIAN decide sancionarlo por las mismas infracciones normativas de Y & Y Consultans S.C.

Mediante recurso de reposición el Señor Uribe Jaramillo solicitó su exclusión de la investigación, pues el casco de fabricación nacional lo adquirió en territorio aduanero nacional del señor Sergio Fajardo, sin embargo, la DIAN decide confirmar la sanción impuesta.

Producto del decamiso declarado, la sociedad Y & Y Business Consultans S.C., exige al señor Uribe Jaramillo la devolución de lo pagado como consecuencia de haber sido privados del derecho de propiedad sobre la lancha.

Que con tal decisión administrativa se han causado sentimientos de pena, vergüenza y congoja en el sancionado, pues entre su gremio se ha conocido su situación, lo que ha creado desconfianza hacia él.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima que con la expedición de los actos administrativos acusados se incurrió en violación de los siguientes preceptos:

- Constitucionales: artículos 2, 6 y 29.
- Legales y Normativos:
 - Decreto 2685 de 1999 (artículos 1, 4, 87, 117, 502, 232).
 - Ley 488 de 1998: artículo 72.
 - Decreto 1092 de 1996: artículo 3 y 25.
 - Resolución Externa del Banco de la República 8 de 2000 artículo 1 y 7.
 - Decreto 1074 de 1999, artículo 1 literal e.
 - Decreto 1265 de 1999: artículo 27 inciso 2.

El Decreto 2685 de 1999 en su artículo 87 establece la obligación aduanera en la importación, expresando que ésta noce por la introducción de la mercancía de procedencia extranjero al territorio aduanero nacional.

La anterior situación no se aplica al caso concreto, pues se le imputa al sancionado, la introducción al territorio colombiano de un casco de fabricación nacional, que ya se encontraba dentro del territorio nacional, y que por tal razón no se configura obligación aduanera, que en todo caso comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar; así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentándolos cuando sean requeridos por las autoridades aduaneras.

Que tampoco tienen aplicación los artículos 117 y 232 del mismo E.A., que definen la importación ordinaria y las mercancías no presentadas ante la DIAN, pues en realidad, la mercancía en cuestión nunca fue introducida al país proveniente del extranjero, sino que fue adquirida legalmente dentro del territorio nacional.

Que pese a lo anterior la mercancía fue aprehendida y decomisada, sin que para tales efectos la situación de la misma se encontrase amparada por las causales establecidas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, causando en cambio daños al último propietario de la loncha, quien reclama daños al vendedor, por no poder disfrutar de la loncha.

Que la Resolución externa del Banco de la República # 8 de 2000 en sus artículos 1 y 7, establece la obligación de presentar declaración de cambio, cuando se efectúe una operación de cambio, y establece la obligación de presentarse y suscribirse personalmente por quien realiza la operación, su representante o apoderado, además del diligenciamiento y presentación de formularios donde se consigne toda la información de interés; sin embargo, el señor Uribe Jaramillo no es el obligado por ley a presentar declaración, por el simple hecho de no haber efectuado operación de cambio alguna.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda se presentó dentro del término legal (F. 119).

La apoderada legalmente constituida para los efectos, defiende el octuar de la administración invocando el contenido de los artículos: 3 y 469 del Decreto 2685 de 1999, 23 del Decreto 1232 de 2001 modificatorio del E.A., 72 de la Ley 488 de 1998, Artículo 3 del Decreto 1092 de 1996, y finalmente el artículo 1, 7 y 10 de la Resolución 8 de 2000 (Banco de la República).

Como oposición de los cargos señala, que en el asunto bajo estudio e hecho constitutivo de la infracción es: No canalizar a través del mercado cambiario, el valor correspondiente a las mercancías declaradas en decomiso, para el efecto, y de conformidad con el artículo 3º del Decreto 1092 de 1996, según el cual la sanción cambiaria se impondrá sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía, señalada por el artículo 1º literal e) del Decreto 1074 de 1999, correspondiente al 200% del monto dejado de canalizar a través del mercado cambiario.

Que la infracción cambiaria nació como consecuencia del acto aduanero de decomisa, bajo la causal de aprehensión 1.1 y 1.6 del artículo 502 del D. 2685, por lo que recayó la presunción cambiaria en cabeza del señor Juan Uribe como presunto infractor, quien debió probar la debida canalización de divisas, con las cuales adquirió la mercancía introducida al país.

Alega el actor que no incurrió en infracción al régimen cambiario, toda vez que la embarcación decomisada fue adquirida en el Territorio Aduanero Nacional, por compra realizada al señor SERGIO FAJARDO; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el proceso cambiario es accesorio al aduanero, y de éste último deviene la presunción cambiaria que consagra el artículo 72 del Decreto Ley 488 de 1998, y del que se busca verificar, no la legal introducción de la mercancía al territorio aduanero, sino el cumplimiento de las obligaciones cambiarias a que estaba sujeto como importador de dichas mercancías.

Entonces, aduaneramente se debe acreditar por parte del afectado la legal permanencia de la totalidad de las mercancías dentro del territorio nacional, pero cambiaria se debe acreditar la forma como fue adquirida la mercancía objeto del decomiso, habida cuenta que las calidades de importador introductor y propietario, se controvierten con los documentos de importación, nacionalización, facturas, etc., y, si se quiere demostrar la calidad de comprador de buena fe dentro del territorio nacional, las facturas deben ser expedidas con el lleno de requisitos legales.

Se observa de la investigación aduanera escrito remitido por el señor SERGIO FAJARDO, en el cual manifiesta que nunca tuvo vinculación con los señores FINAUTICA, y que nunca adquirió ni adquiriría lancha alguna, es más que no conoce ese tipo de vehículos, y que la única relación que tuvo con el señor Juan Santiago Uribe fue laboral, de enero 26 de 1987 a junio 30 de 1988 en la compañía INTERTRADE LTDA., en la que se desempeñó como asistente administrativo, y el señor URIBE era el dueño y gerente de dicha empresa, y por ende jefe inmediato de él, afirmando también, que nunca hizo presentación alguna ante notario.

También se desvirtuó todo lo afirmado en relación con la Compañía FINAUTICA LTDA, es decir, la DIAN no pudo verificar el nexo laboral que supuestamente habría existido entre el señor SERGIO FAJARDO BERNAL, y la mencionada compañía, quien según el dicho del actor habría entregado en parte de pago la lancha al primero.

Se descarta el valor del escrito de constancia de venta supuestamente suscrito por el señor SERGIO FAJARDO BERNAL, pero en todo caso, no logró determinarse, que la embarcación supuestamente vendida, corresponda con la decomisada mediante Resolución 001621 "*casco color blanco con rojo, sin serial, medidas eslora 20 pies, manga 8 pies*", pues en dicho escrito solo se hace relación a "*una lancha 200, de 20 pies*".

Así las cosas, a la DIAN sólo le consta el desamparo aduanero en que se encuentra la mercancía decomisada, en razón a que no se aportaron los documentos que demostraran su legal introducción al territorio nacional, y que el señor Juan Uribe Jaramillo, no pudo demostrar que dicha mercancía fue adquirida por él, en el territorio aduanero nacional, y que, tratándose de una operación de cambio que obligatoriamente debe canalizarse a través de mercado cambiario (artículo 7 Resolución 8 de 2000 – 72 ley 488 de 1998), surge una situación que genera la imposición de sanción de naturaleza cambiaria.

Que la DIAN no ha violado el debido proceso, por el contrario, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, se recaudó suficiente material probatorio, donde como resultado que el responsable directo de la sanción cambiaria es el señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO, obligado a canalizar en el mercado cambiario.

El acto de decomiso fue el primer presupuesto que se cumplió en torno a la situación del accionante, y el hecho constitutivo de la infracción lo constituye la no canalización a través del mercado cambiario, del valor correspondiente a las mercancías declaradas en decomiso, quien en todo caso no demostró que él no fue quien introdujo la mercancía a territorio aduanero nacional, y por el contrario, se le reconoce la propiedad sobre las mercancía inicialmente aprehendida, así como la ilegal intraducción de la misma al País.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Con providencia calendada el día veintitrés (23) de Julio de 2012, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencio de primera instancia en la que decide:

FALLA

ARTÍCULO PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, hágase entrega al demandante del remanente de la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, previo descuento del costo que demande dicha operación y archívese el expediente.

Para arribar a la anterior decisión, la juez de primera instancia, expuso a manera de conclusión, el argumento principal que se relaciona a continuación:

"La obligación del señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO, era desvirtuar la presunción legal establecida en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, quien debía probar la debida conalización de las divisas con que adquirió la mercancía introducida al país, encuentra este Despacho que las causales que dieron origen a la aprehensión y decomiso del CASCO COLOR BLANCO CON ROJO MATRICULA CPS5 0796-B, SIN SERIAL, MEDIDSS ESLORA 20 PIES, MANGA 8 PIES, DE NOMBRE CENTELLA, no se desvirtuaron debido a que no se aportaron las pruebas que demostraran la debida importación e introducción de dicha mercancía a territorio nacional.

El demandante no probó la forma como fue adquirida la mercancía objeto de decomiso, no probó en debida forma la calidad en que la adquirió, ya que las calidades de importador, introductor, propietario, se controvierten con documentos tales como declaraciones de importación, facturas de nacionalización o facturas comerciales de compraventa, tal y como lo hizo con los motores fuera de borda que tenía la motonave aprehendida y decomisada.

El demandante no probó que fuera un comprador de buena fe dentro del territorio colombiano, no aportó la factura de compraventa correspondiente, la cual debía reunir los requisitos legales, el artículo 618 del Estatuto Tributario establece la factura como un documento exigible por el comprador y que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales puede requerir su exhibición en el momento en que lo considere pertinente; la factura o documento equivalente con el lleno de los requisitos legales constituye la prueba para la procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables, documento que nunca fue

exhibido por el demandante para el CASCO COLOR BLANCO CON ROJO MATRICULA CPS5 0796-B, SIN SERIAL, MEDIDAS ESLORA 20 PIES, MANGA 8 PIES, DE NOMBRE CENTELLA.

Así las cosas, y habiendo tenido el demandante la carga de prueba para desvirtuar la violación del régimen cambiario endilgada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no haberla desvirtuado, no queda más que declarar la legalidad de los actos acusados y denegar las pretensiones de nulidad del demandante.

EL RECURSO DE APELACION

En la oportunidad procesal pora ello, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en general, retomando los argumentos expuestos en el concepto de la violación de la demanda, y resaltando en la prueba ante notario en la que se deja expresa constancia del negocio de compraventa realizado entre el señor SERGIO FAJADO y JUAN URIBE JARAMILLO, señalando además, que ni el juez de primera instancia, ni en su momento la DIAN valoraron la anterior probanza, así como tampoco se valoró en sede judicial, el testimonios de la señora Blanca Lilia Martínez Ávila que da cuenta de la misma negociación.

Que la nave en cuestión es una embarcación menor (menos de 25 toneladas), que puede ser enajenada por documento privado, tal y como sucedió en el caso bajo estudio, sin que deba aplicársele la exigencia de escritura público establecida en el artículo 1438 del Código de Comercio, como lo consideró lo Juez a -qua.

Que en el procesa aparece plenamente demostrado que el casco fue odquirido por el señor JUAN URIBE JARAMILLO en territorio nacional, mediante documento suscrito ante notaria que figura en el expediente; que el mencionado, luego de adquirir el casco, compró los motores fuera de borda en la empresa Eduardoño, haciendo registró en la capitania de puerto, y que posteriormente vendió la lancha adquirida en Colombia, a la sociedad Y &Y Business Consultans S.C., quien le cambió el nombre a la nave por *Centella*.

Que también existe material probatorio para acreditar los daños sufridos por quien demanda, y que en general respaldan la causa que se somete a juicio.

TRAMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

A través de providencia calendada en Enero 31 de 2013, esta Corporación admite la apelación interpuesta por la parte demandante, posteriormente, con auto de 22 de febrero de 2013 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones y concepto, respectivamente.

El cumplimiento de lo anterior se verifica tanto de la entidad demandada y de la parte apelante, quienes en lo esencial se ratificaron en los argumentos plasmados en la sentencia de primera instancia y en el correspondiente recurso de alzada, respectivamente.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado para actuar ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto en la presente instancia.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

En el presente acápite se permite la Sala aclarar, que si bien es cierto con el recurso de apelación la parte demandante solicitó que en la presente instancia se decretara prueba testimonial, y el Despacho omitió pronunciarse respecto de ello en la oportunidad correspondiente; no lo es menos, que la parte interesada en la prueba no impugnó la actuación omisa del Despacho. En todo caso, no resulta procedente acceder a tal pedido, teniendo en cuenta que tal probanza no fue solicitada en primera instancia; y por la otra, que no resulta ser un medio para el esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos de la contención, (Art. 169 del C.C.A.), que merezca un pronunciamiento de mejor proveer llegado el presente estadio procesal.

Así, surtida el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimenta 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

Antes de abordar el estudio del recurso de alzada, es necesario precisar que en este caso la parte demandante tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

Caducidad:

La presente acción fue iniciada en tiempo, puesta que la expedición del último de los actos acusados data del 6 de diciembre de 2010, recibándose el mismo ante la entidad al día siguiente, y, como quiera que se agotó el requisito de la conciliación extrajudicial con presentación de la causa ante la Procuraduría el día 22 de marzo de 2011, con posterior audiencia fallida que se celebra el 29 de abril de 2011, al haberse presentado la demanda el 11 de mayo de esa misma anualidad, se entiende acorde con el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Acto Administrativo demandado

Por medio del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., JUAN SANTIAGO URIBE, reclama la declaración de nulidad de la Resolución 000225 de 5 de febrero de 2010 y de la Resolución Na. 002103 de 6 de diciembre de 2010, expedidas por el Jefe de la División de Liquidación y por el Jefe de la División Jurídica Aduanera, respectivamente. La decisión de la administración se concreta en medio de un antecedente de proceso aduanero que define la situación jurídica de una mercancía: "CASCO COLOR BLANCO CON ROJO MATRICULA CPS5 0796-B, SIN SERIAL, MEDIDAS ESLORA 20 PIES, MANGA 8 PIES, DE NOMBRE CENTELLA" con decomiso, y que posteriormente da lugar a una sanción cambiaria, por violación de los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, y modificaciones adaptadas por el mismo organismo, conforme al artículo 72 de la Ley 488.

Problema Jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso, se deberá determinar si al señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO le asiste responsabilidad, por incumplimiento de normas reguladoras del Régimen Cambiario Colombiano, específicamente en lo que se refiere a la canalización de divisas a través del mercado cambiario, y si efectivamente se encontró incurso en alguno de los presupuestos consagrado en la Ley 383 de 1993 modificada por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, en lo referente a la introducción de mercancía al territorio nacional por lugar no habilitada o sin declararla.

1. TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión revocará la sentencia apelada, acogiendo para ello razones que tapan lo atinente al debido proceso y la vigencia de las normas en virtud de las cuales se estructura la tesis de la parte demandada, y según la cual, la sociedad actora incumplió las normas jurídicas sobre Régimen Cambiario.

Para llegar a la anterior conclusión, se tuvieron en cuenta los siguientes argumentos normativos, fácticos y probatorios.

2. MARCO JURÍDICO.

A partir de la Ley 9ª de 1991, se dictaron normas generales a las que debía sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales, disponiendo en su artículo 2º los propósitos del régimen cambiario:

“Artículo 2º. Propósitos del régimen cambiario. El régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, con base en los siguientes objetivos que deberán orientar las regulaciones que se expiden en desarrollo de la presente Ley.

a) Propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos.

b) Promover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios, en particular las exportaciones, y la mayor libertad en la actuación de los agentes económicos en esas transacciones.

- c) Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados.*
- d) Estimular la inversión de capitales del exterior en el país.*
- e) Aplicar controles adecuados a los movimientos de capital.*
- f) Propender por un nivel de reservas internacionales suficiente para permitir el curso normal de las transacciones con el exterior.*
- g) Coordinar las políticas y regulaciones cambiarias con las demás políticas macroeconómicas.*

Los anteriores criterios se aplicarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, orientadores de las actuaciones administrativas."

Precisa entonces la Sala, que con la expedición de la Constitución Nacional, el régimen de cambios viene a ser entonces, el conjunto de disposiciones que regulan los aspectos afines a la efectividad de los propósitos y objetivos trazados en el inciso primero del artículo arriba citado, y desde tal apreciación, toda conducta que cantravenga esas disposiciones encuadra dentro del concepto de "Infracción Cambiaria".

A su turno, la Resolución matriz de la decisión, - **008 de 2000** – expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, y por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales, señala:

Artículo 1o. DEFINICION. Los residentes en el país y los residentes en el exterior que efectúen en Colombia una operación de cambio, deberán presentar una declaración de cambio en los términos de la presente resolución.

La declaración de cambio por operaciones realizadas a través de los intermediarios del mercado cambiario deberá presentarse en esas entidades. Cuando se trate de operaciones realizadas a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución, se presentará directamente en el Banco de la República.

La declaración de cambio deberá presentarse y suscribirse personalmente por quien realiza la operación, su representante, apoderados generales o mandatarios especiales aunque no sean abogados. La declaración de cambio se presentará en formularios debidamente diligenciados, donde se

consignará la información sobre el monto, características y demás condiciones de la operación, en los términos que determine el Banco de la República. Las calidades de representante legal, apoderado o mandatario especial se presumirán en quienes se anuncien como tales al momento de presentar la declaración de cambio.

Parágrafo. La declaración de cambio podrá corregirse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Vencido dicho plazo, la información contenida en la declaración de cambio se entenderá definitiva. La declaración de cambio de corrección deberá presentarse ante la misma entidad en la cual se presentó la declaración de cambio inicial. El Banco de la República para fines estadísticos podrá autorizar, de manera general, aclaraciones en la declaración de cambio.

Artículo 2o. DIFERENCIAS. No podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas superiores o inferiores a las efectivamente recibidas, ni efectuarse giros por montos diferentes a las obligaciones con el exterior.

La declaración de cambio que contenga datos falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, será objeto de investigación por parte de la autoridad competente. No obstante lo anterior, podrán aceptarse diferencias en el valor consignado en la declaración de cambio hasta por el 1% del valor de la operación de cambio que le da origen o hasta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000) o su equivalente en otras monedas, la que resulte mayor.

Artículo 3o. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS. Para efectos cambiarios y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los residentes en el país que efectúen operaciones de cambio están obligados a conservar los documentos que acrediten el monto, características y demás condiciones de la operación y el origen o destino de las divisas, según el caso, por un período igual al de caducidad o prescripción de la acción sancionatoria por infracciones al régimen cambiario.

Tales documentos deberán presentarse a las entidades encargadas del control y vigilancia del cumplimiento del régimen cambiario que los requieran o dentro de las actuaciones administrativas que se inicien para determinar la comisión de infracciones cambiarias.

Artículo 4o. SANCIONES. Quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, en especial la de presentar correctamente la declaración de cambio por las operaciones de cambio que realice, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables. También se deducirá responsabilidad en los términos de la ley, cuando la respectiva autoridad o un particular interesado desvirtúe la presunción de que trata el inciso cuarto del artículo 1o. de esta resolución.

Por su parte en el capítulo I y II de la mencionada Resolución, referido al mercado cambiario y a las importaciones de bienes, en sus artículos 6, 7 y 10 preceptúan:

Artículo 6o. DEFINICION. *El mercado cambiario está constituido por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución.*

También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, se canalicen voluntariamente a través del mismo.

Artículo 7o. OPERACIONES. *Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario:*

1. Importación y exportación de bienes.

2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas.

3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas.

4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas.

5. Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.

6. Avales y garantías en moneda extranjera.

7. Operaciones de derivados.

Artículo 10o. CANALIZACION. *Los residentes en el país deben canalizar a través del mercado cambiario las divisas para pagar el valor de sus importaciones. Las importaciones podrán estar financiadas por el proveedor de la mercancía, los intermediarios del mercado cambiario y entidades financieras del exterior.*

El Banco de la República podrá solicitar la información que considere pertinente para efectuar el seguimiento de las financiaciones a que se refiere el presente artículo.

A su vez, el artículo 72 de la **Ley 488 de 1998** señala:

Control cambiario en la introducción de mercancías.

El artículo 6. de la Ley 383 de 1997 quedará así:

"Artículo 6. Se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras. En estos eventos el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso.

La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía, establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica.

Igualmente se presume que existe violación al régimen cambiario cuando el valor declarado de las mercancías sea inferior al valor de las mismas en aduanas. En estos eventos, el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de liquidación oficial de revisión de valor.

La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto de la diferencia entre el valor declarado y el valor en aduana de la mercancía establecido por la DIAN en la liquidación oficial de revisión de valor".

El artículo 3 del **Decreto 1092 de 1996**, modificado por el artículo 1º del Decreto **1074 de 1999**, señala:

"Sanción. Las personas naturales o jurídicas y entidades que infrinjan el Régimen Cambiario en operaciones cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán sancionadas con la imposición de multa que se liquidará de la siguiente forma:

"Declaración de cambio.

"a) Por no presentar la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, se impondrá una multa del uno por ciento (1%) del valor de cada operación no declarada, sin exceder de cien (100) salarios mínimos legales mensuales por cada operación no declarada;

"b) Por no exhibir cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales lo exija o no conservar la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, o los documentos que acrediten el monto, origen y destino de las

divisas y demás condiciones de la operación, se impondrá una multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales;

"c) Por presentar extemporáneamente la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, se impondrá una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales por mes o fracción de mes de retardo, sin exceder de diez (10) salarios mínimos legales mensuales;

"d) Por presentar la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, con datos falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, se impondrá una multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales por cada operación.

No habrá infracción cambiaria cuando se trate de errores cuya aclaración o actualización en la declaración de cambio sea permitida por el Régimen Cambiario.

"Operaciones canalizables a través del mercado cambiario.

"e) Por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de las operaciones obligatoriamente canalizadas definidas en el Régimen Cambiario y cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se impondrá una multa del doscientos por ciento (200%) del monto dejado de canalizar:...(Negritas de la Sala).

El Consejo de Estado¹, al estudiar lo referente a la competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en materia de régimen cambiario, se ha pronunciado desde vieja data, y ha venido recogiendo argumentos que ovalon la teoría positiva en este sentido. Así lo dejó plasmado en el precedente que, *in extenso* proporciona claridad en torno al tema.

...A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se le atribuyó competencia para ejercer las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejo ponente: MARCO ANTONIO VILLALBA MORENO Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00310-01 Actor: DISTRICHECO LTDA Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia: APFLACION SENTENCIA.

...De lo que ha quedado reseñado concluye la Sala que es indudable la competencia que tiene la DIAN para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones del régimen cambiario, en las materias a que se contrae el artículo 3° del Decreto 2116 de 1992, esto es, "importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones", que eran del conocimiento de la extinta Superintendencia de Cambios.

Igualmente ha tenido oportunidad de pronunciarse² en torno a las operaciones sujetas a canalización en el marco del régimen cambiario, así:

...el mercado cambiario "estará constituido por la totalidad de las divisas que deban canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación. También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esta obligación, las canalicen voluntariamente a través del mismo". El artículo 7°, ibídem, señala las operaciones de cambio que obligatoriamente deben canalizarse a través del mercado cambiario, así: "1.- Importación y exportación de bienes; 2.- Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas; 3.- Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas; 4.- Inversiones de capital colombiano en el exterior así como los rendimientos asociados a las mismas; 5.- Inversiones financieras en títulos emitidos o en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario; 6.- Avales y garantías en moneda extranjera; 7.- Operaciones de derivados y operaciones peso-divisas". Lo anterior significa que la financiación de importaciones, está contemplada como operación de cambio que de manera obligatoria debe canalizarse a través del mercado cambiario. La norma dispone que pueden financiar importaciones: (i) el proveedor de la mercancía, (ii) los intermediarios del

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010) Radicación número. 25000-23-24-000-2003-01 194-01 AcIor. EL ESPACIO J. ARDILA C. Y CIA S.C.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia: APELACION SENTENCIA

mercado cambiario y (iii) las entidades financieras del exterior. ..A su turno, el artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 dispone que la financiación de las importaciones a un plazo superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de conocimiento de embarque o guía aérea, constituye una operación de endeudamiento externo que, como tal, debe cumplir con los requisitos de dicha norma. La consecuencia de incumplir esa obligación o cualquiera que impone el régimen cambiario respecto de las operaciones de cambio, por disposición expresa del artículo 4º de la aludida resolución da lugar a sanciones previstas en disposiciones especiales. Por consiguiente, cuando se trate de verificar el cumplimiento de obligaciones relativas a la canalización, lo primero que se ha de dejar en claro es i) la existencia de una operación de cambio; ii) el trámite o transacción que dio lugar a la misma, de los previstos en el artículo 7º de la Resolución 21 y por ende iii), el conducto utilizado para la operación.

...Las pruebas allegadas demuestran que la operación objeto de la controversia es una operación de financiación de importaciones que, a la luz del artículo 10 de la Resolución Externa 23 de 1993, debe canalizarse a través del mercado cambiario y realizarse por los entes allí previstos. En efecto, dicha norma es clara cuando establece que la financiación de las importaciones constituye una operación cambiaria, la cual debe adelantarse o diligenciarse a través de cualquiera de los tipos de entidades específicas a saber: 1. El proveedor de la mercancía 2. Los intermediarios del mercado cambiario y 3. Las entidades financieras del exterior... Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que lo que se llevó a cabo fue una operación de endeudamiento externo, según el numeral 3.1. de la Circular Reglamentaria Externa 01 de 12 de enero de 1999 del Banco de la República, "la financiación de importaciones a un plazo superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha del documento de transporte, constituye una operación de endeudamiento externo", entonces también resulta aplicable a dicha conducta, la obligación de canalizarla a través del mercado cambiario tal como lo establece el artículo 7 de la Resolución Externa 8 de 2000, y la misma debió efectuarse entonces, por conducto de los entes señalados en la lista autorizada por el Banco de la República. A la actora se le atribuyó el incumplimiento de la referida obligación o deber que le imponía el

artículo 10 de la Resolución 21, y 10 de la Resolución 8 de 2000, consistente en que "Los residentes en el país deberán canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones". Al mismo tiempo, se le aplicó la sanción señalada en el artículo 3º, literal h), del Decreto 1092 de 1996, modificado por el artículo 1º del Decreto 1074 de junio 26 de 1999, por "Operaciones indebidamente canalizadas a través del mercado cambiario, y consistente en multa del doscientos por ciento (200%) del valor canalizado, "por canalizar a través del mercado cambiario como importaciones o exportaciones de bienes, o como financiación de éstas o aquéllas, montos que no se deriven de las mencionados operaciones obligatoriamente canalizables".

Para la Sala, de lo hasta aquí expuesto, se entiende básicamente:

- Que pueden existir en varios cuerpos normativos, preceptos legales que contengan requisitos, obligaciones y/o deberes a carga de los sujetos que intervengan dentro del Régimen Cambiario Colombiano.
- Que la DIAN ejerce funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario.
- Que la inobservancia de requisitos, obligaciones y/o deberes a cargo de los sujetos que intervengan dentro del Régimen Cambiario Colombiano, frente a obligaciones de resorte de la DIAN ocasiona, de manera ineludible, la imposición de sanciones conforme a dicho Régimen, y que la responsabilidad en estos casos resulta ser objetiva.
- Que es indispensable que se encuentre de manera previa, la constitución de los requisitos, obligaciones y/o deberes a cargo de las sujetos que intervengan dentro del Régimen Cambiario Colombiano, al momento de imponer sanciones por la no observancia de los mismos, pues de lo contrario sería una violación al Principia de Legalidad.

- Que los residentes en el país deben canalizar a través del mercado cambiario las divisas para pagar el valor correspondiente a las transferencias comerciales en el exterior – importaciones -.
- Que existe una presunción legal consistente en la violación al régimen cambiario, en aquellos eventos en que se introduzca una mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, y que para la configuración de tal conducta, basta con que esta se produzca sin que se permita elaborar juicios subjetivos alrededor del proceder del nacional que importa.
- Que resulta posible el inicio de una investigación cambiaria que concluya con una sanción de esta naturaleza en cabeza del propietario de una mercancía sometida a operación de importación, sí previamente ésta ha sido decomisada en el marco de una actuación administrativa de carácter aduanero en la que se entra a definir la situación jurídica de la misma, y que previamente fue objeto de operación de importación.
- Y por último, que la DIAN, tiene plena facultad de iniciar investigación y sancionar en materia cambiaria, facultad en la que se resalta el carácter que el legislador le impregnó a este tipo de responsabilidad –objetiva-.

Se detiene la Sala en este punto de la controversia para precisar, que todo lo anterior es lo que la normativa actual dispone, y que resulta aplicable desde el año 1991, momento a partir del cual, - con la introducción al ordenamiento de la Ley 9ª de 1991 -, se le impone al Gobierno Nacional un marco normativo general para regular los cambios internacionales, y de donde posteriormente se desprende el carácter presunto y objetivo que entraría a aplicarse a todas las controversias de naturaleza cambiaria, suscitadas, a partir de ese momento, tanto en sede administrativa como judicial.

Entonces, queda claro que el incumplimiento a la normativa a la que se ha hecho alusión, se traduce en una infracción al Régimen Cambiario Colombiano y como consecuencia de ello, la imposición de las sanciones administrativas por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, toda vez que ésta entidad estatal está revestida de plenas facultades para

hacer cumplir dicho régimen, en el marco de la Resolución externa 8 de 2000, y demás normas concordantes donde se compendia el régimen de cambios, atendiéndose en todo caso la vigencia de tales normativas.

CASO EN CONCRETO.

Pruebas relevantes.

- **Resolución 001621 de fecha 4 de julio de 2006**, por la cual se define la situación jurídica de una mercancía aprehendida (F. 14). Se resuelve en dicho acto: *Decomisar a favor de la Nación la mercancía a nombre de la Compañía Y &Y BUSINESS CONSULTANS, en calidad de propietaria, y de la Compañía EDUARDOÑO S.A. en calidad de tenedor, bajo el cargo de mercancía NO PRESENTADA, de que trata el artículo 232 del Decreto 2685 de 1999 literal b) Carezca de documento física de transporte" y mercancía NO DECLARADA, estipulada en el artículo 232-1 literal a) Cuando no se encuentre amparada por una declaración de importación", del mismo Decreto 2685 de 1999; en concordancia con las causales de aprehensión y decomiso del artículo 502 del mismo decreto, numerales "1.1 cuando se oculte o no se presente a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio nacional y "1.6 Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una Planilla de Envío..."*

- **Resolución 00591 de fecha 1 de abril de 2008**, por la cual se impone una sanción cambiaria a la Compañía Y&Y BUSINESS CONSULTANS S.C.

- **Resolución N° 001308 de fecha 25 de julio de 2008**, por la cual se revoca la resolución 00591 de 1° de abril de 2008, bajo la anterior consideración principal: *"Como se trata de una presunción la Administración queda liberada de la carga que se evidencia en cabeza del investigado, de manera que le incumbe a este desvirtuar la presunción, aportando las pruebas que demuestren que no es responsable de la obligación cambiaria. Como ya lo anotamos, en el presente caso el interesado que ostenta la calidad de propietario de la mercancía desvirtuó la presunción, pues de las pruebas allegadas al expediente se puede establecer que en realidad no fue ni el*

importador ni el introductor de la mercancía ilegalmente ingresada al país" (F. 46).

- **Acto de formulación de cargos de fecha 30 de Abril 2009** contra JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO, por presunta violación de los artículos 7 y 10 incisa 1º Resolución Externa 8 de 2000 e infracción a la Ley 488 de 1998. (F 51 a 56).

- **Actos acusados: Resolución 00225 de 5 de febrero de 2010 y su confirmatoria 002103 de 6 de diciembre de 2010**, por la cuales se resuelve imponer una sanción en contra del particular JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO, por un monto de CUARENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$42.000.000) equivalentes a 200% del avalúo de la mercancía decomisada, y que debió canalizarse a través del mercado cambiario, **con fundamento en la violación a los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus modificaciones adoptadas por el mismo organismo y conforme al artículo 72 de la Ley 488 de 1998.** (F. 75 a 107). (todas las negrillas de la Sala).

El relato de antecedentes que se encuentra consignado en los actos acusados, aparece soportado en el expediente administrativo aportado al proceso. De lo anterior no existe objeción por parte del demandante, quien con su demanda, ratifica el recorrida procesal en sede gubernativa de su causa, así como las pruebas apartadas y solicitadas a lo largo de dicho trámite.

Así, la Sala se permite ilustrar acerca de la situación fáctica y probatoria que rodeó la sanción cambiaria que finalmente impone la DIAN contra quien hoy demanda:

Esencialmente el apelante alega, que logró demostrar a plenitud la ausencia de responsabilidad cambiaria que le es endilgada; ello, teniendo en cuenta que ante la DIAN y ante la presente instancia judicial, demuestra que adquirió el casco en cuestión en el año 1986, - en territorio nacional -, y previa

negociación que efectuara con el señor *SERGIO FAJARDO B.*, lo que demuestra que pasó a ser propietario de la nave de manera posterior a la negociación de comercio exterior, en virtud de lo cual se produce la operación de importación, de la que afirma ser ajeno.

Allegó como pruebas demostrativos de tal dicho, lo siguiente:

- Documento suscrito ante notario, con nota de presentación personal en la que se lee el nombre de: *SERGIO FAJARDO R.* y fecha: **7 de julio de 1987**, donde se consigna: *"Por medio del presente documento hago constar que he vendido al señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO con cédula de ciudadanía # 19.113.480 de Bogotá, una lancha 200, de 20 pies, de mi propiedad por la suma de Trescientos mil pesos (\$300.000.00) M/cte., los cuales declaro haber recibido a satisfacción"*. (F. 88).
- Documento suscrito ante notario, con nota de presentación personal en la que se lee el nombre de: *PABLO EMILIO MOSQUERA* y fecha: **29 de octubre de 1987**, donde se consigna: *"El suscrito administrador de FINAUTICA LTDA hace constar que la lancha F200-C fue entregada como parte de pago a sus prestaciones sociales al Sr. SERGIO FAJARDO, quien se identifica con la cédula de ciudadanía N° 19.135.716 de Bogotá.* (F. 89).

En relación a lo anterior, y ya en sede judicial, se recibe testimonio de la señora *BLANCA LILIA MARTÍNEZ ÁVILA*, quien manifiesta haber trabajado con Juan Uribe muchos años, desde 1981, hasta 1996, y que tiene conocimiento de la situación que se le ha presentado con la DIAN. Que cuando llegó a trabajar a Aerointer, el señor Sergio Fajardo ya trabajaba allí como Director de Importaciones, y que como ella manejaba los asuntos administrativos en la empresa, tuvo conocimiento de que este último le vendió al señor Juan Uribe, un casco, y que dicha venta quedó *notarizada*. Que posteriormente se matriculó la lancha en la Capitanía de Cartagena y se organizó el tema de los motores con la empresa Eduardoño, Manifestó igualmente la testigo, que el señor Sergio Fajardo recibió el casco como abono a sus prestaciones sociales de Finautica, quien a su vez lo vendió a Juan Uribe, que Finautica era una empresa de la familia Echavarría de índole nacional, y el casco era nacional, hecho en Colombia.

Agregó, que percibe en el señor Uribe Jaramillo a una persona intranquila, nerviosa, estresada, porque no es fácil tener estos llamamientos por parte de la DIAN, teniendo en cuenta la pérdida de la productividad en sus negocios, al encontrarse enfrascado en el tema que se relata, afectando incluso a sus familiares. (F. 351 a 353).

Se verificó que la DIAN no desconoció tal argumento, y prueba de ello son las múltiples probanzas decretadas y recaudadas, a fin de esclarecer la verdad:

- Solicitud dirigida a PABLO EMILIO MOSQUERA CUELLAR, a fin de obtener toda la información referente a la sociedad FINAUTICA, el tipo de vinculación entre esta empresa y el señor SERGIO IVAN FAJARDO BERNAL, así como con el señor JUAN SANTIAGO URIBE; si fue cierto que fue entregada una lancha como parte de pago laboral a determinada persona, etc.
- Solicitud dirigida a la Capitanía de Puerto de Cartagena, a fin de obtener copia de expediente a nombre de la embarcación VERO VERO, registrada con matrícula CP-05-0796-B, con el propósito de determinar la historia de dominio y propiedad de la embarcación en mención.
- Oficio dirigido a la Cámara de Comercio de Medellín en la que se afirma que en el registro mercantil no se encuentra matriculado como comerciante, persona jurídica denominada FINAUTICA con Nit 800.239.168, sin embargo en sus registros figura una sociedad con nombre similar: FINAUTICA LIMITADA, pero identificada con Nit 90.922.733.
- Escrito con radicado 035772 de 21 de octubre de 2010 remitido por el señor SERGIO FAJARDO, en el cual manifiesta que nunca tuvo ninguna clase de vinculación con las señoras FINAUTICA, y que tampoco recibió prestaciones sociales de esta entidad de ninguna índole, y menos una lancha, pues manifiesta desconocer ese tipo de vehículo, y que jamás pretendería adquirir alguno. Que la única relación que mantuvo con el

señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO fue laboral, de enero 26 de 1987 a junio 30 de 1988, en donde él era su jefe.

- Resumen de todas las semanas cotizadas por el señor SERGIO FAJARDO BERNAL, en la que no figura como empleador la compañía FINAUTICA LTDA.
- Certificado de matrícula expedido por la Armada Nacional - Dirección General Marítima y Portuaria, **de 28 de septiembre de 1987**, y en lo que el Capitán de Puerto de Cartagena, hace constar, que la Nave de nombre VERO VERO Eslora Registro 6.56 Manga de Registro 2.26 T.B.R 2.64 T.N.R 2.64, Dueño: Santiago Uribe, Material Fibra de Vidrio Clase de Motor: 2 Fuera de Borda Marca Yamaha Potencia 75 HP, ha sido matriculada en el puerto bajo el número: CP5-0796-B
- Del señor PABLO EMILIO MOSQUERA CUELLAR, no se obtuvo respuesta.

La DIAN, ante el anterior panorama probatoria, echó de menos documentales tales como: declaraciones de importación (en el evento de que se quisiera demostrar en quién recaía la calidad de importador), facturas de nacionalización, o facturas comerciales de compra venta con el lleno de requisitos legales, en caso de que se quisiera demostrar la calidad de comprador nacional de buena fe.

Igualmente señaló la administración, que pese a que el hoy actor pretende exonerarse de la sanción cambiaria, alegando ser un tercer comprador de buena fe que adquirió la mercancía decomisada en territorio Colombiano, las pruebas que oporta, además de resultar insuficientes; en lo relativo a las personas que afirma tuvieron que ver con el casco en cuestión, - antes de adquirir la propiedad sobre el mismo -, obran en el expediente declaraciones y probanzas que entran a desvirtuar en su totalidad lo consignado en las dos constancias notariales que arrima el actor al proceso administrativo.

Pues bien, ubicándose la Sala en el plano de los cargos en virtud de los cuales sancionó al señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO, en principio llevarían a

concluir que no le asiste razón a éste último, por cuanto existe un claro fundamento legal – que, si se compara con la conducta del mencionado, como implicado en la investigación cambiaria – permitiría concluir que incumplió con la obligación que le imponían las normas atinentes al Régimen de Cambio, pues en virtud de la presunción cambiaria, lo que aparece ante el operador judicial, es una mercancía que se concreta a un casco (vehículo de navegación sin motor), que fue decomisado por carecer de documento físico de transporte, y no encontrarse amparada por una declaración de importación, lo que en el régimen objetivo cambiario da lugar a la presunción de una operación de introducción al territorio nacional de mercancía de procedencia extranjera –; y, que el señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO, en su calidad de comprador que se encuentra en territorio Colombiano, ejerció una actividad de comercio con cruce de monedas internacionales –, debiendo atender lo concerniente a la canalización de cambio de divisas.

No obstante lo anterior, en el acervo probatorio reposa documento expedido por la Dirección General Marítima y Portuaria, **de 28 de septiembre de 1987**, y que se concreta a un certificado en el que el Capitán de Puerto de Cartagena, hace constar, que la Nave de nombre VERO VERO Eslora Registro 6.56 Manga de Registro 2.26 T.B.R 2.64 T.N.R 2.64, Dueño: Santiago Uribe, Material Fibra de Vidrio Clase de Motor: 2 Fuera de Borda Marca Yamaha Potencia 75 HP, sobre la cual recayó el decomiso al que se hizo referencia, y en virtud de la cual se inicia la investigación cambiaria que se somete a juicio, fue matriculada en Puerto por el hoy demandante, bajo el número: CP5-0796-B desde el año 1987.

Lo anterior, - en lo que a temporalidad se trata -, coincide con los descargos presentados por el actor en sede gubernativa, y que son retomados con la demanda, al afirmar que adquirió el aludido casco hace más de 26 años, lo que resulta ser un hecho no discutido por la DIAN, y que de manera tácita reconoce a lo largo de toda la actuación, al imprimirle valor probatorio al documento de matrícula al que nos hemos referida.

Pues bien, hace suponer la DIAN con las consideraciones consignadas en las resoluciones acusadas, que resulto evidente el incumplimiento a régimen

cambiarlo en el cual incurrió el actor, citando como soporte de legalidad la Resolución Externa 8 de 2000, la Ley 488 de 1998, el Decreto 1092 de 1996 y 1074 de 1999, manifestando en ambos actos acusados, que se configuró la infracción cambiaria en virtud de la presunción que se contempla en las citadas normas, sin que se aportara prueba en contrario.

En efecto, lo traído al plenario por el actor, no resulta suficiente para que se acredite la nacionalidad de la embarcación, la tradición de la misma, ni las condiciones bajo las cuales adquirió tal vehículo, sin embargo de todo lo aportado resulta un hecho cierto y es, que el señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO, empezó a ostentar propiedad sobre el casco en cuestión, a partir del año 1987, fecha ésta que asume la DIAN como cierta, pues es la documental expedida por la Dirección General Marítima y Portuaria la que utiliza para determinar el dominio de la nave en el señor URIBE JARAMILLO, y así revocar la sanción cambiaria en Y & Y BUSINESS CONSULTANS S.C, e iniciar investigación en el año 2009 contra quien finalmente resulta sancionado.

Es decir, la DIAN, en un desacertado y contradictorio actuar, alega la introducción de mercancía a territorio nacional sin declaración, presumiendo que el investigado es el importador – desde el año 1987 -, sin embargo, desconoce tal anualidad a la hora de aplicar una normativa que claramente no estaba vigente al momento en que presuntamente se configuró la infracción.

Bajo ese hilo conductor debe entenderse, que al demandante no se le podía evaluar su conducta a la luz de un criterio objetivo contenido en unas normas que no estaban vigentes en el momento en que se produce la supuesta ilegal introducción del casco decomisado, como lo pretendió hacer ver la DIAN al expedir los actos acusados.

Deriva lo anterior en una violación al debido proceso, pues como autoridad en materia tanto aduanera y cambiaria, la DIAN estaba llamada a emitir una decisión correspondiente a la realidad de los hechos, y que, en el mismo momento en que verifica la fecha en que la nave es matriculada por el hoy

actor, debió no sólo revocar la sanción impuesta contra Y &Y BUSINESS CONSULTANS S.C., sino también el acto de decomiso, absteniéndose de iniciar investigación en contra del señor JUAN URIBE JARAMILLO, pues a la fecha en que adquirió el casco, no estaban vigentes las normas cambiarias que pasaron a conformar el marco normativo de la decisión sanción, es más, para esa fecha en Colombia aún no podía hablarse de un régimen cambiario al cual debieran sujeción las autoridades nacionales, y por supuesto, ni siquiera se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, en virtud del cual se aprehende y se define con decomiso la situación de la mercancía que motivó, tanto la investigación aduanera como posteriormente la cambiaria.

La evidente correspondencia entre las características de la mercancía que viene identificada desde el trámite aduanero como: *CASCO COLOR BLANCO CON ROJO, matrícula CP5-0796-B, sin serial, medidas eslora 20 pies, manga 8 pies de nombre Centella*, objeto de decomiso, con la relacionada en el documento de matrícula que emite la autoridad marítima, permite establecer la relación de identidad³ requerida, para que se verifique el actuar ilegal de la DIAN, pues de antemano a la expedición de los actas, conocía este último documento, y aún así procedía a decomisar, y posteriormente imponer una sanción, echando mano de normas que para la fecha de los hechos ni siquiera habían sido concebidas por el legislador.

Al respecto insiste la Sala, en que del marco normativo al cual se alude en los actos acusados, se desprende una rigurosidad alrededor de las obligaciones del administrada que intente una operación con repercusiones dentro del régimen cambiario, a quien le asiste la obligación de observar, acatar y respetar los supuestos normativos de dicho ámbito, lo que justifica la prevención del ordenamiento, que, ante el incumplimiento de "cuotquier obligación establecida en el régimen cambiario", necesariamente han de generarse las

³ El artículo 1437 del Código de Comercio establece:

IDENTIDAD DE LA NAVE.

Art. 1436. – La nave conserva su identidad aunque los materiales que la formen sean sucesivamente cambiados.

Deshecha y reconstruida la nave, aunque sea con los mismos materiales, será repudiada como nueva.

sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables; pero, de conformidad con lo que resultó probada en el caso concreto, el actuar de la DIAN no se ajustó a la legalidad, pues le hizo asumir al señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO como propietario del casco inicialmente decomisado, las consecuencias objetivas de un régimen que no se encontraba vigente, violando así el debido proceso por vulneración directa al principio de seguridad jurídica llamado a ser atendido como autoridad aduanera.

En tal orden de ideas, al lograrse desvirtuar por parte del demandante la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos demandados, se procederá a revocar en su totalidad el fallo apelado.

El perjuicio moral solicitado por el actor se negará, teniéndose en cuenta que no se agotó vía gubernativa en tal sentido, y que aún obviándose tal presupuesto, a igual conclusión se llegaría, pues si bien existe en el expediente el relato de la única testigo llamada a declarar acerca de los hechos de la demanda, - quien manifiesta percibir en el señor Uribe Jaramillo a una persona intranquila, nerviosa y estresada, teniéndose en cuenta la pérdida de la productividad en sus negocios -; lo cierto es que al respecto no se brinda ningún otro detalle acerca de cuáles son, o fueron las actividades personales del actor que se vieron afectadas con la sanción impuesta, ni se aporta ninguna otra prueba al respecto.

Igualmente se hace notar, que en el libelo introductorio se atribuye la pena moral sufrida al hecho de sentir el actor la desconfianza generada en su gremio, al haberse difundido la noticia de la investigación iniciada por la DIAN, sin embargo se desconocen circunstancias elementales, como cual es la actividad comercial desempeñada por el actor, echándose de menos la ampliación de tal dicho, bien sea mediante otros testimonios donde se describieran las circunstancias puntuales en virtud de las cuales su área financiera se vio tan afectada, hasta el punto de generarle un impacto producido en la psiquis que mermó su patrimonio moral.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena en fecha 23 de julio de 2012, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

- a) **DECLARAR LA NULIDAD** de los actos administrativos contenidos en la Resolución N° 000225 de 5 de febrero de 2010 y su confirmatoria la Resolución 002103 de 6 de diciembre de 2010, por medio de las cuales se impone sanción cambiaria al señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO.
- b) A Título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que en el asunto bajo estudio no se ha estructurada infracción prevista en el régimen cambiario, y, en caso que el señor JUAN SANTIAGO URIBE JARAMILLO haya cancelado a la DIAN sumas de dinero por concepto de sanción, se ordena la devolución de las respectivas sumas debidamente actualizadas.
- c) **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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 ELICEO LANDINO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Gmh



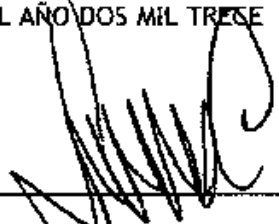
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1272
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: SILVIA ISABEL REYES CEPEDA Y OTRA
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE MARIA LABAJA BOLIVAR Y CONCEJO MUNICIPAL DE MARIA LABAJA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2009-00480-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN 002

Página 1

SALA DE DECISIÓN No 004

SENTENCIA No. 274 2013

Cartagena de Indias, D. T y C., Octubre veinticinco (25) de dos mil trece (2013).

Tema: Nulidad de artículos - Acuerdo No. 006 de Julio 8 de 2002 y Acuerdo 013 de 28 de noviembre de 2008 – Concejo Municipal de María La Baja - Bolívar.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO.

Clase de Acción: NULIDAD SIMPLE

Radicado N°: 13-001-23-31-003-2009-00480-00

Accionante: SILVIA ISABEL REYES CEPEDA Y OTRA

Accionado: MUNICIPIO DE MARÍA LA BAJA - CONCEJO MUNICIPAL.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12 - 9201 de febrero 1° de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir sobre la acción de Nulidad Simple instaurada por las particulares SILVIA ISABEL REYES CEPEDA y PILAR DEL CARMEN SANCHEZ ANDRADE contra los Artículos 65 y 69 del Acuerdo 006 de Julio 8 de 2002 y los artículos 76 parcial en la expresión "y es bimestral"; 103 parcial, en la expresión "en período bimestral"; 104 inciso 3°; 118 inciso 1°, e inciso 2° parcial; 122 inciso 1° e inciso 2° parcial; 483 numeral 1° parcial, en la expresión "bimestral"; 499 parcial, en la expresión "bimestral", 503, 558 y 559 del Acuerdo N° 013 de noviembre 28 de 2008, proferidos por el CONCEJO MUNICIPAL DE MARÍA LA BAJA.

LAS PRETENSIONES QUE SE FORMULAN

"1.- Que son NULOS los artículos 65 y 69 del Acuerdo N° 006 de julio 8 de 2002 del H. Concejo Municipal de María La Baja, cuyos textos son los siguientes:

ARTÍCULO 65°. HECHO GENERADOR

Para los responsables del impuesto de industria y comercio, el hecho generador lo constituye la liquidación del impuesto sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios, incluido el sector financiero.

ARTÍCULO 69º. SUJETOS PASIVOS. Son sujetos pasivos del impuesto complementario de avisos y tableros, las personas naturales o jurídicas o sociedades de hecho, que realicen actividades económicas objeto del impuesto de industria y comercio, incluidas las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado-del orden Nacional, Departamental y Municipal

2.- Que son NULOS los artículos 76 parcial en la expresión "y es bimestral" subrayada; 103 parcial, en la expresión "en período bimestral" subrayada; 104 inciso 3º; 118 inciso 1º, e inciso 2º parcial; 122 inciso 1º e inciso 2º parcial; 483 numeral 1º parcial, en la expresión "bimestral" subrayada; 499 parcial, en la expresión "bimestral" subrayada, 503, 558 y 559 del Acuerdo N° 13 de noviembre 28 de 2008 del H. Concejo municipal de María La Baja, cuyos textos son los siguientes:

ARTÍCULO 76º.- PERIODO GRAVABLE. Por periodo gravable se entiende el tiempo dentro del cual se causa la obligación tributaria del impuesto de industria y comercio y es bimestral.

PARÁGRAFO: En los casos de liquidación de personas jurídicas que estén sometidas a la vigilancia del Estado, el período gravable va hasta la fecha en que se efectúe la aprobación del acta de liquidación.

Cuando se trate de personas jurídicas no sometidas a la vigilancia del Estado, el período gravable va hasta la fecha en que finalizó la liquidación, de conformidad con el último asiento de cierre de la contabilidad; cuando no estén obligados o llevara, el período va hasta la fecha en que terminan las operaciones según documento de fecha cierta.

Para las sociedades que se constituyen dentro del mismo período gravable, el período gravable inicia el día de su constitución.

Para las actividades ocasionales que se realicen en un período inferior al establecido, el período gravable será el mismo de realización de la actividad; se causará al inicio de la misma y se liquidará y pagará al momento de finalizarla.

ARTÍCULO 103º.- DECLARACIÓN Y PAGO DEL IMPUESTO. La declaración y pago del impuesto de industria y comercio para los contribuyentes del régimen común, se efectuara en período bimestral en los formularios y dentro de los plazos que para tal efecto determine la Secretaria de Hacienda Municipal mediante resolución motivada.

ARTÍCULO 118º.- HECHO GENERADOR. Para los responsables del impuesto de industria y comercio, el hecho generador lo constituye la liquidación del impuesto sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios, incluido el sector financiero.

El hecho generador, para los no responsables del impuesto de industria y comercio, lo constituye la instalación de vallas publicitarias visibles desde las vías de uso o dominio público o en lugares privados con vista desde las vías públicas, que tengan una dimensión igual o superior a dos metros cuadrados (2 m2), en el municipio de MARÍA LA BAJA.

No son objeto del impuesto de vallas publicitarias las vallas de propiedad de la Nación, los departamentos, el municipio, organismos oficiales, excepto las empresas industriales y comerciales del Estado y las de economía mixta, de todo orden, las entidades de beneficencia o de socorro y la publicidad de los partidos políticos y candidatos, durante las campañas electorales.

ARTÍCULO 122°.- SUJETOS PASIVOS. Son sujetos pasivos del impuesto complementario de avisos y tableros, las personas naturales o jurídicas o sociedades de hecho, que realicen actividades económicas objeto del impuesto de industria y comercio, incluidas las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, departamental, municipal y distrital.

Son sujetos pasivos del impuesto a la publicidad exterior visual la persona natural o jurídica por cuya cuenta se coloca la valla publicitaria cuya dimensión sea igual o superior a dos metros cuadrados (2m²).

ARTÍCULO 483°.- CLASES DE DECLARACIONES. Los contribuyentes, responsables y agentes de retención de industria y comercio, deberán presentar las siguientes declaraciones tributarias:

1. Declaración bimestral del impuesto de industria y comercio, avisos, tableros y vallas, para los contribuyentes de este impuesto que pertenezcan al régimen común.

..

ARTÍCULO 499°.- QUIÉNES DEBEN PRESENTAR DECLARACIÓN DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y SUS COMPLEMENTARIOS. Deberán presentar declaración bimestral del impuesto de industria y comercio y sus complementarios, los Sujetos Pasivos de este impuesto, pertenecientes al régimen común. (Artículo 591 E.T.N.).

ARTÍCULO 503°.- PERÍODO FISCAL EN INDUSTRIA Y COMERCIO Y SUS COMPLEMENTARIOS. El período fiscal del impuesto de industria y comercio y sus complementarios, para los Sujetos Pasivos de este impuesto, pertenecientes al régimen común, será bimestral. Los períodos bimestrales son:

Enero-Febrero, Marzo-Abril; Mayo-Junio; Julio-Agosto; Septiembre-Octubre y Noviembre-Diciembre.

ara los Sujetos Pasivos de este impuesto, pertenecientes al régimen simplificado, el período fiscal será anual, pero podrán cancelar mensualmente si así lo quisiera el Contribuyente.

PARAGRAFO: En el caso de liquidación o terminación de actividades durante el ejercicio, el período fiscal se contará desde su iniciación hasta las fechas señaladas en el artículo 533 de este Acuerdo. Cuando se inicien actividades durante el ejercicio, el período fiscal será el comprendido entre la fecha de iniciación de actividades y la fecha de finalización del respectivo período. (Artículo 600 E.T. Na).

ARTÍCULO 558°.- SANCIÓN POR EXTEMPORANEIDAD EN LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE OFICIO. Los contribuyentes del impuesto de industria y comercio y sus complementarios que se inscriban en el registro municipal de industria y comercio con posterioridad al plazo establecido y antes de que la Secretaria de Hacienda Municipal lo haga de oficio, deberán liquidar y cancelar una sanción equivalente a \$ 210.000 (Valor año base 2008) por cada año o fracción de año calendario de extemporaneidad en la inscripción. Cuando se trate de

responsables del régimen simplificado, la sanción será de \$85.000 (Valor año base 2008).

Cuando la inscripción se haga de oficio, se aplicará una sanción de \$420.000 (Valor año base 2008) por cada año o fracción de año calendario de retardo en la inscripción. Cuando se trate de responsables del régimen simplificado, la sanción será de \$ 170.000. (Artículo 668 E.T.N.)

ARTÍCULO 559°.- SANCIÓN POR OMITIR INGRESOS O SERVIR DE INSTRUMENTO DE EVASIÓN. Los contribuyentes del impuesto de industria y comercio y sus complementarios pertenecientes al régimen común, que realicen operaciones ficticias, omitan ingresos o representen sociedades que sirvan como instrumento de evasión tributaria, incurrirán en una multa equivalente al valor de la operación que es motivo de la misma

Esta multa se impondrá por el secretario de Hacienda Municipal, previa comprobación del hecho y traslado de cargos al contribuyente por el término de un (1) mes para contestar. (Artículo 669 E.T.N.)

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Las normas que se estiman transgredidas son las siguientes:

- Constitución Nacional: Artículos 6, 121, 243 inciso 2°, 287 numeral 3°, 313 numeral 4°.
- Ley 136 de 1994: Artículo 32 numeral 7°
- Ley 14 de 1983: Artículo 33 inciso 1° y 37
- Decreto 3070 de 1983: Artículo 7
- Decreto 1333 de 1986: Artículo 196 inciso 1° y 200
- Ley 140 de 1994: artículo 15
- Ley 788 de 2002: Artículo 59.

Al abordar el concepto de la violación, señala la parte accionante~~X~~ que los apartes normativos acusados~~X~~ son nulos por falta de competencia y por violación de normas superiores.

Aduce~~X~~ que de acuerdo a la competencia de los concejos municipales en materia tributaria, estos no pueden reformar un tributo, sin contar con autorización legal para ello; de hacerlo, estarían usurpando las funciones propias del Congreso como es la de establecer contribuciones fiscales y parafiscales, según lo establece el numeral 12 del artículo 150 constitucional.

Considera que no basta ser contribuyente del impuesto de industria y comercio, sino que en materia de avisos y tableros, se requiere de la colocación de estos elementos en el espacio público, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia nacional; en esa medida, si se atiende el contenido de los artículos 65 y 69 del acuerdo 006 de 2002, se evidencia que contrarían tal supuesto, resultando evidente además, la vulneración de las normas superiores que señalan que el hecho generador de este tributo, está constituido por la colocación de avisos y tableros en el espacio público.

Nulidad de los artículos 118 inciso 1º e inciso 2º parcial y 122 inciso 1º e inciso 2º parcial del Acuerdo 13 de 2008.

El accionante hace extensivo el argumento arriba citado en relación con las normas citadas en el presente acápite, por ser estas una reproducción de lo dispuesto en los artículos 65 y 69 del acuerdo 006 de 2002; modificando el Concejo Municipal nuevamente el hecho generador, sin que exista competencia para ello.

También manifiesta, que el inciso 2º de los artículos 118 y 122 de dicho acuerdo, señalan que se grava con el impuesto de Publicidad Exterior Visual la colocación de vallas con dimensión superior a dos metros cuadrados. No obstante, el artículo 15 de la ley 140 de 1994 dispone que la publicidad referida debe ser igual o superior a 8 metros cuadrados.

Insiste en la falta de competencia, cuando señala que los concejos municipales no tienen competencia para crear o modificar los tributos que establece el legislador.

Que los artículos 76 y 503 modifican uno de los elementos temporales del hecho gravado como lo es el periodo fiscal, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 33 inciso 1º de la Ley 14 de 1983, el Impuesto de Industria y Comercio se liquida sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior.

Que si bien en su momento, el literal b) del artículo 179 de la ley 223 de 1995, autorizó a los concejos municipales para adoptar las normas sobre administración, procedimientos y sanciones que rigen para los tributos del

Distrito Capital, tal autorización no implicaba la modificación de elementos esenciales del tributo, salvo que, - como la misma norma lo dispone - se tratase del Distrito Capital, sin que pudiera hacerse extensiva a los demás Municipios y Distritos.

Hace notar, que al modificarse el periodo gravable del impuesto de industria y comercio en María la Baja, el artículo 76 acusado, y todos aquellos artículos que aluden al periodo gravable como bimestral, son nulos por falta de competencia del Concejo Municipal para modificar los elementos del tributo sin autorización de la ley, así como por violación de lo dispuesto en las normas que se citan como violadas, y que marcan los límites de la competencia de dicha Corporación.

La parte demandante se refiere también al Acuerdo 013 de 2008 del Concejo Municipal de María La Baja, en sus artículos 558 y 559 concernientes a sanciones por extemporaneidad en el registro de contribuyentes del impuesto de industria y comercio, por omitir ingresos o servir de instrumento de evasión, respectivamente. Señala que tales disposiciones deben ser declaradas nulas, pues tales consecuencias no están contempladas en las normas superiores para el impuesto de industria y comercio, derivándose de ello una falta de competencia.

TRAMITE EN ESTA SEDE JUDICIAL

A través de auto calendarado en marzo 25 de 2010, esta Corporación admitió la demanda de la referencia, suspendiendo provisionalmente las expresiones "y es *bimestral*" contenida en el artículo 76, "*en periodo bimestral*" contenida en el artículo 103, "*bimestral*" contenida en los artículos 483 y 499, del Acuerdo N° 13 de 2008, proferido por el Concejo Municipal de María La Baja Bolívar.

DEFENSA

La apoderada de la entidad demandada, notificada de la admisión de la demanda, no ejerció su derecho de defensa.

DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A, se ordenó abrir el proceso a pruebas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo la parte demandante describió el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, dispuesto con auto de fecha 22 de Junio de 2012, en general recalcando los argumentos expuestos en su demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, delegado para actuar ante esta Corporación, emitió concepto en la presente instancia.

Manifiesta el señor Procurador, que si bien el Acuerdo N° 006 de julio 8 de 2002, en la actualidad no está vigente, debido a que la totalidad de sus normas fueron derogadas por el Acuerdo 013 de noviembre de 2008, el mismo no se encuentra exento de control de legalidad, pues aún a la fecha se entiende bajo la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo.

Señalo, que al tener la derogatorio y la declaratoria de nulidad efectos totalmente diferentes, la posición que comparte con la jurisprudencia es la de reconocer la procedencia de la acción de nulidad, respecto de los actos administrativos derogados.

En torno al hecho generador y a los sujetos pasivos del impuesto de avisos y tableros – Impuesto de Publicidad Exterior Visual -, citó como normativa pertinente la Ley 97 de 1913, la Ley 84 de 1915, Ley 14 de 1983 y el Decreto 3070 de 1983, señalando como resultado de su análisis, que el impuesto de avisos y tableros creado para gravar el uso del espacio público, no fue modificado en su esencia por la Ley 14 de 1983, de manera que, recogiendo la interpretación jurisprudencial acerca de la materia, el impuesto de avisos y tableros tienen un hecho generador propio, que es la colocación de avisos, tableros o vallas en la vía pública, independientemente de su tamaño;

igualmente se debe tener en cuenta, que es complementario del impuesto de industria y comercio, lo que significa que su recaudo y liquidación se hace con tal tributo, pues el sujeto pasivo es el responsable del impuesto de industria y comercio.

Es decir, si quien realiza actividades de industria, comercio o de servicios, además coloca avisos en las vías o espacio público, es responsable del impuesto complementario de avisos y tableros; sino, no puede ser sujeto pasivo de dicho impuesto complementario, pues la realización de tales actividades, no implica que se genere de manera automática el impuesto, pues en todo caso, este último impuesto – avisos y tableros – es autónoma y diferenciable del de Industria y Comercio.

Bajo la anterior explicación, señala la Agencia, que no podía la demandada entrar a modificar el hecho generador del tributo para ilegalmente obligar al contribuyente a pagarlo, por el simple hecho de liquidar el impuesto de industria y comercio, pues si quien realiza esta actividad, no utiliza el espacio público para colocar vallas, avisos y tableros, no debe ser sujeto pasivo de tal impuesto, lo cual hace que sea procedente solicitar la nulidad sobre el artículo 118 inciso primera del Acuerdo en mención.

En cuanto al inciso 2º de la norma señalada, en la expresión, dos metros cuadradas, considera que no viola la Ley 140 de 1994, pues con esta expresión lo que quiso la entidad demandada en uso de su potestad reglamentaria, fue establecer la dimensión o medida de volumen a partir de la cual la persona responsable del impuesto de industria y comercio contraería la obligación de pagar el impuesto de avisos y tableros. Ella, debido a que la norma superior, no estableció las dimensiones a partir de las cuales, una valla, aviso o tablero en la vía pública, sería objeto del impuesto de avisos y tableros, y por no ser este un elemento esencial en el tributo.

En relación con el inciso 2º del artículo 122 del Acuerdo 013 de 1998, en su expresión *“cuya dimensión sea igual o superior a dos metros cuadrados”*, considera que sí trasgreden lo establecido en el artículo 15 de la Ley 140 de 1994, pues de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha concluido, que el gravamen establecido por la Ley 140 de 1994 está dirigida a

las personas, que siendo o no responsables del impuesto de industria y comercio, utilicen el espacio público mediante la colocación de vallas de dimensión igual o superior a 8 metros cuadrados, lo cual constituye publicidad exterior visual.

Por tanto, si el Municipio de María La Baja pretendía crear el impuesto a la Publicidad Exterior Visual, debía hacerlo en armonía con lo dispuesto por la Ley 140 de 1994, tanto en las definiciones, como en las características que ésta contiene para este tipo de publicidad.

En lo atinente a la base gravable y periodo de causación del Impuesto de Industria y Comercio, afirma, que los artículos 76, 103, 483, 499 y 503 del Acuerdo 13 de 28 de noviembre de 2008, expedidos por el Concejo Municipal de María La Baja que señalan que el periodo gravable del impuesto de industria y comercio es bimestral, y que la declaración y pago del mismo es bimestral, resultan evidentemente contrarios a lo ordenado por la Ley 14 de 1983 y al Decreto 3070 de 1983, que dispone que la declaración de industria y comercio debe presentarse anualmente.

Finalmente, en lo atinente a las sanciones, concluye, que aunque el Estatuto Tributaria no consagró taxativamente sanción por extemporaneidad en la inscripción en el registro de industria y comercio o por omitir ingresos o servir de instrumentos de evasión, el Municipio de María La Baja, en uso de las facultades que le confiere la Ley 383/1997, podía armonizar o adecuar las sanciones creadas para los tributos nacionales y aplicarlas a sus tributos locales, siempre y cuando la sanción del tributo local fuese razonable y concordante con el tributo nacional correspondiente.

Es por todo lo anterior, que esa Agencia del Ministerio Público, solicita que se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Tramitada la presente instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la

Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

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

Caducidad

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

ACTO ACUSADO

- Se demanda la Nulidad del artículo 65 y 69 del Acuerdo No. 006 de julio 8 de 2002 expedida por el Concejo Municipal de María La Baja.
- De igual manera se solicita que se declare la nulidad parcial de los artículos 76, 103, 104 inciso 3, 118 inciso 1º y 2 parcial, 122 inciso 1º y 2 parcial, 483 numeral 1º parcial, 499, 503, 558 y 559 del Acuerdo 013 de noviembre 28 de 2008 expedido por el Concejo Municipal de María La Baja.

Se detiene la Sala en este punto para precisar, que si bien resulta ostensible la derogatoria del Acuerdo 006 cuyos apartes normativos se demandan, según posición decantada por el Consejo de Estado desde vieja data, basta que un acto administrativo general haya tenido vigencia para que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncie sobre su nulidad, entendiéndose, que mientras tal pronunciamiento no se produzca, la norma, aunque haya sido derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara.

alcanzando los efectos a aquellos actos de contenido particular que fueron expedidos durante su vigencia; de tal suerte, que el estudio de legalidad sobre la normas indicadas en el asunto concreto resulta procedente.

El anterior criterio ha venido siendo retomado por la jurisprudencia¹ más vigente, así:

...La posición jurisprudencial de esta Corporación adoptada desde la sentencia S-157 de 14 de enero de 1991, con ponencia del consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, en la cual se cambió la tesis de la sustracción de materia en casos de derogación de actos administrativos generales, para en su lugar considerar que la derogación de esos actos administrativos no enerva la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para su control de legalidad, pues esa tesis jurisprudencial está referida a los actos administrativos generales de carácter normativo y, por ende, a la acción de nulidad, pues la justificación de esa posición jurisprudencial es justamente la de los efectos jurídicos que pudo haber producido o las situaciones jurídicas que se hubieren podido crear por su aplicación durante la vigencia del acto administrativo de que se trate. En dicha sentencia se dejó sentado lo siguiente: "...la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia" (...).

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: RAFAEL ESTEBAN DE TAFONI PLANETA Bogotá, D. C., cinco (5) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00414-01 Actor: MUNICIPIO DE CURITÍ Demandado: CORPORACION AUTONOMA DE SANTANDER Referencia: ACCION DE NULIDAD

Problema jurídico.

Precisado lo anterior, y atendiendo el aporte de la documentación contentiva de los textos legales sobre los cuales recae el pedido de nulidad, además de la dualidad en cuanto a la pretendido; en el sub lite, surgen como asuntos a resolver:

Acuerdo 006 de Junio 10 de 2002:

Si tiene facultad impositiva la entidad municipal demandada, para determinar los presupuestos objetivos del tributo al impuesto complementario de avisos y tableros, y si ante tal situación, resulta jurídicamente procedente, que el hecho generador del mencionado impuesto en el municipio de María la Baja, la constituya el supuesto fáctico de liquidar el impuesto de industria y comercio, a fin de retirar del ordenamiento legal, el artículo 65 del Acuerdo Municipal N° 006 de junio 10 de 2002, así como los 64, 66, 67, 68 y 69, en lo concerniente a la definición, causación, base gravable, tarifas y sujetos pasivos; en virtud a que, por extensión en la nulidad que recaiga sobre el artículo 65, los mismos no tendrían aplicación.

Esto último se justificaría, pues en el evento de que el artículo creador del impuesto (elemento principal – hecho generador) se declare nulo, la conclusión lógica que de ello se infiere, es que la normas que del mismo se derivan pierden su razón de ser, amén del aforismo que reza que lo accesorio corre la suerte de la principal; en este caso, el remanente de normas que hacen parte del capítulo IV del citado Acuerdo.

Acuerdo 013 de Noviembre 28 de 2008:

Igualmente deberá determinarse, si se encuentran ajustadas a derecha las disposiciones contenidas en los artículos 76 parcial, 103 parcial, 118 inciso 1° e inciso 2° parcial, 122 inciso 1° e inciso 2° parcial, 483 numeral 1° parcial, 499 parcial, 503, 558 y 559 del Acuerdo 013 en

cita, tomando como referencia el estudio de legalidad que recaerá sobre los dos primeros artículos, y que básicamente se circunscribe al problema jurídico que se planteó en el acápite que precede; analizando además si resulta procedente sacar del ordenamiento jurídico las expresiones: "y es bimestral" e "igual o superior a dos metros cuadrados (2m²)", contenida en los artículos cuya nulidad se demanda parcial.

Para dar respuesta a lo anterior, es pertinente destacar que el actor, manifiesta en el libelo de la demanda, que dicho capítulo viola los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 6, 121, 243 incisa 2, 287 numeral 3 y 313 numeral 4 de la Constitución Política, el artículo 32 numeral 7 de la Ley 136 de 1994, 33 inciso 1° y 37 de la Ley 14 de 1983, 7 del Decreto 3070 de 1983, 196 inciso 1° y 200 del Decreto Ley 1333 de 1986, 15 de la Ley 140 de 1994 y 59 de la Ley 788 de 2002, como quiera que los artículos contenidos en los actos administrativos frente al cual se encaminan las pretensiones de nulidad, infringieron las anteriores normas, al ser expedidos por el Concejo Municipal de María la Baja en extralimitación de sus competencias, y desbordando los parámetros legales dentro de los cuales podía ejercer su autonomía tributaria.

La Sala, después de analizar los Actos Acusados, procederá a acceder a la mayoría de lo pretendido en la demanda, por cuanto se logra verificar la ilegalidad en varios de los apartes normativas citados.

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

Situación fáctica.

Frente a los cargos que se invocan, la entidad demandada no se defendió.

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

- Análisis de los Actos Acusados.

El Concejo Municipal de María La Baja, mediante Acuerdo No. 006 de junio 10 de 2002 "POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO DE RENTAS PARA EL

MUNICIPIO DE MARIA LA BAJA BOLÍVAR" estableció en su capítulo IV el "IMPUESTO COMPLEMENTARIO DE AVISOS Y TABLEROS" con inclusión de todos sus elementos.

En dicho Acuerdo, el contenido del artículo 64 y siguientes que ocupan el capítulo en cita, son del siguiente tenor:

ARTÍCULO 64º. DEFINICIÓN

En cumplimiento de lo contemplado en el artículo 14 de la Ley 140 del 23 de Junio de 1994, se autoriza la creación del impuesto complementario de avisos y tableros en la jurisdicción del MUNICIPIO DE MARÍA LA BAJA, de tal forma que permita gravar a los responsables del impuesto de industria y comercio, siempre que se produzca el hecho generador.

ARTÍCULO 65º. HECHO GENERADOR

Para los responsables del impuesto de industria y comercio, el hecho generador lo constituye la liquidación del impuesto sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios, incluido el sector financiero.

ARTÍCULO 66º CAUSACIÓN

El impuesto complementario de avisos y tableros se causa desde la fecha de iniciación de las actividades industriales, comerciales o de servicios objeto del impuesto de industria y comercio.

ARTÍCULO 67º. BASE GRAVABLE

Para el impuesto complementario de avisos y tableros, la base gravable es el impuesto de industria y comercio determinado en cada periodo fiscal en la correspondiente declaración del impuesto de industria y comercio.

ARTÍCULO 68º. TARIFAS

La tarifa aplicable al impuesto complementario de avisos y tableros será del quince por ciento (15%) sobre el valor del impuesto de industria y comercio liquidado en el periodo.

ARTÍCULO 69º. SUJETOS PASIVOS. *San sujetos pasivos del impuesto complementario de avisos y tableros, las personas naturales o jurídicas o sociedades de hecho, que realicen actividades económicas objeto del impuesto de industria y comercio, incluidas las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado-del orden Nacional, Departamental y Municipal.*

Posteriormente, el mismo ente municipal, mediante Acuerdo No. 013 de noviembre 28 de 2008 "POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL ESTATUTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE MARÍA LA BAJA" estableció en su capítulo II el "IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y DE AVISOS, TABLEROS Y PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL - IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO" con inclusión de todos sus elementos, incluyendo el periodo gravables, así:

ARTÍCULO 76°.- PERIODO GRAVABLE. Por periodo gravable se entiende el tiempo dentro del cual se causa la obligación tributaria del impuesto de industria y comercio y es bimestral.

PARÁGRAFO. En los casos de liquidación de personas jurídicas que estén sometidas a la vigilancia del Estado, el período gravable va hasta la fecha en que se efectúe la aprobación del acta de liquidación. Cuando se trate de personas jurídicas no sometidas a la vigilancia del Estado, el período gravable va hasta la fecha en que finalizó la liquidación, de conformidad con el último asiento de cierre de la contabilidad; cuando no estén obligados a llevarla, el período va hasta la fecha en que terminan las operaciones según documento de fecha cierta.

Para las sociedades que se constituyen dentro del mismo período gravable, el período gravable inicia el día de su constitución.

Para las actividades ocasionales que se realicen en un período inferior al establecido, el período gravable será el mismo de realización de la actividad; se causará al inicio de la misma y se liquidará y pagará al momento de finalizarla

ARTÍCULO 103°.- DECLARACIÓN Y PAGO DEL IMPUESTO. La declaración y pago del impuesto de industria y comercio para los contribuyentes del régimen común, se efectuara en periodo bimestral en los formularios y dentro de los plazos que para tal efecto determine la Secretaria de Hacienda Municipal mediante resolución motivada.

El capítulo III siguiente de la misma normativa regula lo concerniente al *IMPUESTO DE AVISOS, TABLEROS Y PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL*, - de manera individual -, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 117°.- AUTORIZACIÓN LEGAL: En virtud de lo contemplado en las Leyes 97 de 1913, 84 de 1915, 14 de 1983, 75 de 1986 y el artículo 14 de la Ley 140 del 23 de junio de 1994, el Decreto 1333 de 1986, se autoriza a los Concejos municipales a establecer el impuesto a los avisos, tableros y vallas publicitarias en sus respectivas jurisdicciones, de tal forma que les permita gravar a los responsables del impuesto de industria y comercio con el impuesto complementario de avisos y tableros, y a los no responsables, con el impuesto a la publicidad exterior visual, siempre que se produzca el hecho generador.

ARTÍCULO 118°.- HECHO GENERADOR. Para los responsables del impuesto de industria y comercio, el hecho generador lo constituye la liquidación del impuesto sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios, incluido el sector financiero.

El hecho generador, para los no responsables del impuesto de industria y comercio, lo constituye la instalación de vallas publicitarias visibles desde las vías de uso o dominio público o en lugares privados con vista desde las vías públicas, que tengan una dimensión igual o superior a dos metros cuadrados (2 m²), en el municipio de MARÍA LA BAJA.

No son objeto del impuesto de vallas publicitarias las vallas de propiedad de la Nación, los departamentos, el municipio, organismos oficiales, excepto las empresas industriales y comerciales del Estado y las de economía mixta, de todo orden, las entidades de beneficencia o de socorro y la publicidad de los partidos políticos y candidatos, durante las campañas electorales.

ARTÍCULO 119º.- CAUSACIÓN: El impuesto complementario de avisos y tableros se causa desde la fecha de iniciación de las actividades industriales, comerciales o de servicios objeto del impuesto de industria y comercio.

El impuesto a la publicidad exterior visual se causa en el momento de instalación de cada valla publicitaria, cuya dimensión sea igual o superior a dos metros cuadrados (2m²).

ARTÍCULO 120º. BASE GRAVABLE. Para el impuesto complementario de avisos y tableros, la base gravable es el impuesto de industria y comercio determinado en cada bimestre en la correspondiente declaración del impuesto.

Para los responsables del impuesto a la publicidad exterior visual la base gravable estará dada por el área en metros cuadrados (m²) de cada valla publicitaria.

ARTÍCULO 121º. TARIFAS Las siguientes serán las tarifas a aplicar por el impuesto:

1. La tarifa aplicable al impuesto complementario de avisos y tableros será del quince por ciento (15%) sobre el valor del impuesto de industria y comercio liquidado en el periodo.
2. Las tarifas del Impuesto a la Publicidad exterior visual fijadas en proporción directa al área de cada valla, son las siguientes:

DIMENSIÓN	TARIFA ANUAL
De 2 a 5 Mts 2	1 SMLMV
De 5.01 a 10 Mts 2	2 SMLMV
Mayores de 10.01	3 SMLMV

PARÁGRAFO - Para las vallas publicitarias cuyo periodo de fijación sea inferior a un (1) año, la tarifa se aplicará en proporción al número de meses que permanezcan fijadas.

ARTÍCULO 122º.- SUJETOS PASIVOS. Son sujetos pasivos del impuesto complementario de avisos y tableros, las personas naturales o jurídicas o sociedades de hecho, que realicen actividades económicas objeto del impuesto de industria y comercio, incluidas las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, departamental, municipal y distrital.

Son sujetos pasivos del impuesto a la publicidad exterior visual la persona natural o jurídica por cuya cuenta se coloca la valla publicitaria cuya dimensión sea igual o superior a dos metros cuadrados (2m²).

ARTÍCULO 483º.- CLASES DE DECLARACIONES. Los contribuyentes, responsables y agentes de retención de industria y comercio, deberán presentar las siguientes declaraciones tributarias:

1. Declaración bimestral del impuesto de industria y comercio, avisos, tableros y vallas, para los contribuyentes de este impuesto que pertenezcan al régimen común.

2. Declaración bimestral de retenciones, para los agentes retenedores del impuesto de industria y comercio.

Igualmente la administración tributaria podrá exigir una declaración resumen de las retenciones del impuesto de industria y comercio (Art. 574 E.T.N.).

ARTÍCULO 499°.- QUIÉNES DEBEN PRESENTAR DECLARACIÓN DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y SUS COMPLEMENTARIOS. Deberán presentar declaración bimestral del impuesto de industria y comercio y sus complementarios, los Sujetos Pasivos de este impuesto, pertenecientes al régimen común. (Artículo 591 E.T.N.).

ARTÍCULO 503°.- PERÍODO FISCAL EN INDUSTRIA Y COMERCIO Y SUS COMPLEMENTARIOS. El periodo fiscal del impuesto de industria y comercio y sus complementarios, para los Sujetos Pasivos de este impuesto, pertenecientes al régimen común, será bimestral. Los periodos bimestrales son:

Enero-Febrero; Marzo-Abril; Mayo-Junio; Julio-Agosto; Septiembre-Octubre y Noviembre-Diciembre.

Para los Sujetos Pasivos de este impuesto, pertenecientes al régimen simplificado, el periodo fiscal será anual, pero podrán cancelar mensualmente si así lo quisiera el Contribuyente.

PARAGRAFO: En el caso de liquidación o terminación de actividades durante el ejercicio, el periodo fiscal se contará desde su iniciación hasta las fechas señaladas en el artículo 533 de este Acuerdo.

Cuando se inicien actividades durante el ejercicio, el periodo fiscal será el comprendido entre la fecha de iniciación de actividades y la fecha de finalización del respectivo periodo. (Artículo 600 E.T.N.).

ARTÍCULO 558°.- SANCIÓN POR EXTEMPORANEIDAD EN LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE OFICIO. Los contribuyentes del impuesto de industria y comercio y sus complementarios que se inscriban en el registro municipal de industria y comercio con posterioridad al plazo establecido y antes de que la Secretaria de Hacienda Municipal la haga de oficio, deberán liquidar y cancelar una sanción equivalente a \$ 210.000 (Valor año base 2008) por cada año o fracción de año calendario de extemporaneidad en la inscripción. Cuando se trate de responsables del régimen simplificado, la sanción será de \$85.000 (Valor año base 2008).

Cuando la inscripción se haga de oficio, se aplicará una sanción de \$420.000 (Valor año base 2008) por cada año o fracción de año calendario de retardo en la inscripción. Cuando se trate de responsables del régimen simplificado, la sanción será de \$ 170.000. (Artículo 668 E.T.N.).

ARTÍCULO 559°.- SANCIÓN POR OMITIR INGRESOS O SERVIR DE INSTRUMENTO DE EVASIÓN. Los contribuyentes del impuesto de industria y comercio y sus complementarios pertenecientes al régimen común, que realicen operaciones ficticias, omitan ingresos o representen sociedades que sirvan como instrumento de evasión tributaria, incurran en una multa equivalente al valor de la operación que es motivo de la misma.

Esta multa se impondrá por el secretario de Hacienda Municipal, previa comprobación del hecho y traslado de cargos al contribuyente por el término de un (1) mes para contestar. (Artículo 669 E.T.N.).

Artículos 65 y 69 del Acuerdo 006 de junio 10 de 2002 / Artículos 118 y 122 Acuerdo 013 de noviembre 28 de 2008

De la lectura de las normas que quedaron transcritas, se advierte que las mismas son determinantes para la creación del impuesto complementario de avisos y tableros en la jurisdicción del Municipio de MARIA LA BAJA, pues son contentivas del hecho generador del tributo, así como de los sujetos sobre el cual recae, y que se constituyen en matriz del resto de sus elementos esenciales.

Señala la normativa en cita, que frente al impuesto complementario de avisos y tableros, están obligados a su pago, todas las personas naturales o jurídicas y sociedades de hecho, que realicen actividades económicas abjeto del impuesto de industria y comercio, incluidas las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado.

De igual manera, como hecho generador del impuesto complementario de avisos y tableros señalan los artículos 65 (Acuerdo 006) y 118 (Acuerdo 013), que lo constituye la liquidación del impuesto sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios, incluido el sector financiero en jurisdicción del Municipio de María La Baja, Bolívar.

Los artículos que de los mismos se desprenden, determinan su definición, causación base gravable y tarifas.

Pues bien, partiendo del hecho de tomar el impuesto de Avisos y Tableros, como un gravamen complementario al de industria y comercio, en la medida en que prevé, que quienes realicen actividades de esta naturaleza pueden además colocar avisos en las vías o espacio público relacionados con su actividad comercial, no debe entenderse *per se*, que todo aquel que desarrolle actividades de esta última naturaleza y que por ende liquide el impuesto principal de Industria y Comercio, -aún sin colocar publicidad en vías- sea responsable del específico impuesto.

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

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

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

En este sentido, el Municipio de María La Baja haciendo uso de las facultades otorgadas por la Constitución, regula lo concerniente al tributo de industria y comercio, y con él, el complementario de avisos y tableros.

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

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

Así, en un principio esa corporación desarrolló el criterio según el cual, atendiendo al principio de determinación de los tributos, la facultad para señalar los elementos esenciales de los mismos está en cabeza de los organismos de representación popular, en consonancia con lo establecido en el artículo 338 de la Constitución Nacional. Al respecto sostuvo el Consejo de Estado²:

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

Posteriormente, la posición de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sufrió una variación, y fue adoptado el criterio según el cual, en virtud de que la potestad tributaria de los municipios es derivada, esta genera como consecuencia que sólo puedan establecer los tributos creados en la ley, y la necesidad de respetar los parámetros esenciales del tributo, legalmente determinadas³

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. P. Julio Enrique Correa Restrepo, Sentencia de 15 de octubre de 1999, Radicación número 50422-23-24-000-942622-02(9456). Actor Lucy Cruz de Quinones, Demandador Concejo Municipal de Medellín.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz, sentencia del 5 de octubre de 2001, Actor Silvia Isabel Reyes Cebada, Demandador Concejo Municipal de Manizales, Radicación número: 17001-23-31-000-1998-0612-02(12232)

La señalada postura se mantuvo, en la medida en que al pronunciarse sobre la legalidad de acuerdos municipales en donde se establecen elementos esenciales de los tributos enunciados en la Ley 97 de 1913, se declaró la nulidad de los mismos, por considerarlos violatorios del principio de legalidad de los tributos, llegando incluso a afirmar que la anotada ley había perdido aplicabilidad.⁴

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

Fue a partir de la sentencia de 9 de julio de 2009⁵, cuando la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al pronunciarse dentro de una acción de nulidad simple contra un acuerdo municipal, mediante el cual se establecía el impuesto al teléfono, regresó a la posición originalmente implementada, sobre la facultad impositiva de los municipios, pronunciándose en los siguientes términos:

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

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz, sentencia de 9 de diciembre de 2004, Rad. número 76001-23-25-000-2000-0409-02(14453), Actor: Wilson Ruiz Orejuela.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Martha Teresa Briceño De Valencia, sentencia de 9 de julio de 2009, Radicación número 17001-23-31-000-2006-00404-02 (16544), Actor: Nestor Fabio Valencia Torres Y Otro, Demandado: Municipio de Manizales.

No obstante lo anterior, y si bien queda claro que existe todo un precedente jurisprudencial que respalda la competencia en materia impositiva de los municipios en cuanto a los elementos de la obligación tributaria cuando la ley no los fija directamente, y que dentro de estos presupuestos tributarios se encuentra el hecho generador, también ha sido suficientemente decantado el criterio según el cual, este hecho generador, - tratándose del impuesto complementario de avisos y tableros - debe ser la utilización misma de tales recursos físicos, y no el simple hecho de liquidar industria y comercio, por cuanto se trata de dos figuras tributarias autónomas.

Con lo anterior, se anticipa entonces el criterio de esta Sala, a favor de la nulidad de los artículos 65 y 69 del Acuerdo N° 006 de 2002, así como el 118 y 122 del N° 013 de 2008 que se reclama, pues pese a que se reconoce la competencia en materia impositiva de los municipios, mal se haría en avalar la forma como el Concejo Municipal de María La Baja, fija los elementos esenciales del impuesto de avisos y tableros, y frente al que seguidamente se ilustrará.

Antecedentes del impuesto complementario de Avisos y Tableros

El impuesto de avisos y tableros fue creado inicialmente para Bogotá, por la Ley 97 de 1913, encontranda como supuesto fáctico: *"la colocación de avisos en la vía pública, coches, tranvías, estaciones de ferrocarriles, cafés y cualquier establecimiento público"* haciéndose posteriormente extensivo a los municipios mediante la Ley 84 de 1915.

Luego, la Ley 14 de 1983 en su artículo 37 dispuso que *"El impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915, se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales"*. El Decreto 3070 de 1983, reglamentario de la Ley 14 de 1983 en el artículo 10 señaló que *"el impuesto de avisos y tableros de que trata el artículo 37 de la Ley 14 de 1983, se aplica a toda modalidad de aviso, valla (y comunicación al público)"*.

De lo anterior, se deduce que el impuesto complementario de avisos y tableros se hizo extensivo al resto de los Municipios del Territorio Nacional, por lo que a cada Concejo Municipal se le facultó para determinar el recaudo de este tributo, pero sin que tal extensión de facultades, habilitara a tales entes para variar el hecho generador del mismo, siendo en todo caso responsable del impuesto complementario de avisos y tableros, quien siendo responsable del impuesto industria, comercio y avisos; liquide un valor por este impuesto y use el espacio público para difundir el nombre comercial o la acreditación de su actividad, su establecimiento o sus productos, a través de avisos y tableros.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado⁶:

De acuerdo con lo anterior se concluye: a) El Impuesto de avisos y tableros tiene un hecho generador propio "colocación de avisos, tableros o vallas en la vía pública", independiente de su tamaño. b) Es complementario del impuesto de industria y comercio, lo que significa que su recaudo y liquidación se hace con tal tributo, pues el sujeto pasivo es el responsable del impuesto de industria y comercio. Entonces si quien realiza actividades de industria, comercio o de servicios, además coloca avisos en las vías o espacio público, es responsable del impuesto complementario de avisos y tableros. Y por el contrario, si quien realiza cualquier de esas actividades no utiliza el espacio público para colocar avisos, tableros y vallas, no es sujeto pasivo del impuesto complementario, pues el tener tal naturaleza no implica que se genere de manera automática el impuesto por ser responsable del de industria y comercio.

... Como corolario de lo anterior, la Sala considera que tampoco es acertado el argumento expuesto por la parte demandada como excepción de mérito, el sentido de que fue la Ley 14 de 1983 la que estableció un nuevo hecho generador del impuesto de avisos y

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil seis (2006) Radicación número: 85001-23-31-000-2003-01139-01(15628) Actor JOSÉ ALFONSO GARCÍA QUINERO Demandado: MUNICIPIO DE AGUAZUL Referencia: Acción pública de nulidad contra Art 74 Acuerdo Municipal 046 de 27 de septiembre de 2000 del Municipio de Aguazul Casanare, (ALTO).

tableros y por tanto, es contra ella que debe dirigirse la acción para su revisión constitucional, pues como quedó dicho, el hecho generador del tributo no varió y se repite, es la colocación de avisos en el espacio público. Así las cosas, se evidencia la ilegalidad de la disposición acusada al apartarse de lo previsto en las normas que autorizaron el impuesto de avisos y tableros en cuanto a su hecho generador y confundirlo con el del impuesto de industria y comercio, razón suficiente para confirmar la decisión apelada que declaró su nulidad, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto.

De todo lo anteriormente citado, se derivan las siguientes conclusiones:

1. Los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales, pueden determinar los elementos configurativos de los tributos, cuando los mismos no hayan sido establecidos legalmente por el Congreso.
2. El artículo 1° de la Ley 97 de 1913, no rompe con el principio de autonomía territorial, ni con el de legalidad de los tributos, de lo que se infiere que no ha perdido aplicabilidad.
3. La señalada ley autoriza a los Concejos Municipales para determinar los impuestos allí consignados.
4. Los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales, pueden determinar los elementos de la obligación tributaria, siempre y cuando el legislador autorice el gravamen y delimite el hecho gravado.
5. El hecho generador que del impuesto de avisos y tableros estableció la municipalidad de María La Baja: *"la liquidación del impuesto sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios"*, utilizada como supuesto condición del misma, debe declararse nula, pues el tener la naturaleza de complementaria, no implica que se genere de manera automática en aquel ~~administrado~~ responsable del de industria y Comercio.

Es preciso entances indicar, que al ser procedente el retiro del ordenamiento de los artículos 65 (Acuerdo 006) y 118 (Acuerdo 013) que establecen el hecho generador del impuesto complementario de avisos y tableros, el resta

de la normatividad que reglamenta el recaudo de dicho tributo, debe ser igualmente retirada del ordenamiento, por cuanto ha desaparecido el objeto principal de la misma.

Es así que en este asunto, se impone para la Sala entrar a decidir sobre la legalidad de las restantes disposiciones directamente relacionadas con el aludido impuesto, pues se encuentra que sobre sus artículos creadores recae nulidad, por lo que la conclusión lógica que de ello se infiere, es que las normas que del mismo se derivan pierden su razón de ser, amén del aforismo que reza que lo accesorio corre la suerte de lo principal; en este caso, el remanente de normas que regulan el resto de elementos esenciales del impuesto: Acuerdo 006 de 2002 (Artículos 64, 66, 67, 68 y 69) y Acuerdo 013 de 2008 (119, 120, 121, y 122 parciales) , quedan sin norma que respalde su permanencia en el universo legal, y por ende deben ser declarados nulos.

En ese sentido, y recalcando, en el panorama que se abre de la simple lectura de las normas en cita, nos encontramos ante una nulidad que se impone declarar, mas allá del pedido de nugatorio que realiza la parte actora; decisión que se deriva del simple juicio lógico, de que resulta imposible mantener un articulado, y que éste tenga aplicación en el sistema legal, si su elemento principal – hecho generador del impuesto –, debe ser retirado del ordenamiento. Por consiguiente, no tiene sentido que permanezca vigente lo concerniente a la autorización, definición, causación, sujetos pasivos, base gravable y tarifas del tributo en cuestión; por virtud que por extensión en la nulidad recaída sobre los artículos 65 (Acuerdo 006) y 118 (Acuerdo 013) las artículos que de estos dependen no tienen aplicación.

Artículos 76, 103, 483, 499 y 503 del Acuerdo 013 de 2008, en la expresión: "bimestral".

Si acudimos al contenido literal de las normas enunciadas, desde la parcialidad que propone la parte actora, encontramos que todos se refieren al impuesto de industria y comercio, específicamente a su periodo gravable, determinando que el mismo es bimestral.

Al respecto debe señalarse, que con la expedición de la Ley 223 de 1995 se autorizó a los Concejos Municipales para adoptar las normas de procedimiento aplicables a los tributos del Distrito Capital.

Luego, con la expedición de la Ley 383 de 1997 se dispuso, que tanto Municipios como Distritos debían aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional.

De acuerdo con las anteriores disposiciones se observa, que si bien es cierto que el Acuerdo 013 de 28 de noviembre de 2008 del Concejo Municipal de María La Baja, fue expedido invocando, entre otras, las facultades previstas en la Leyes 223 de 1995 y 383 de 1997, por ese simple hecho no puede entenderse que las disposiciones relativas a la definición del "período de causación" del impuesto y la definición de la "base gravable", correspondan al desarrollo de la facultades otorgadas por el legislador a los Concejos Municipales, pues, tal y como arriba se indicó, si bien gozan de competencia impositiva, dicha competencia comprende la adaptación de normas de procedimiento, administración y sanciones, de las cuales no hacen parte las definiciones de los elementos esenciales del impuesto, como son el período de causación y la base gravable, pues éstas corresponden a la parte sustantiva, cuya facultad de regulación está reservada al Congreso, en virtud del principio de legalidad de los tributos que consagra el artículo 338 de la Constitución Política, así como a la facultad de regulación subordinada a la ley que concede la misma Carta a las entidades territoriales.

Vemos entonces que el artículo 33 de la Ley 14 de 1983 dispone:

Artículo 33º.- *El Impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones ingresos proveniente de venta de activos fijos y de exportaciones, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios*

La anterior norma se ratificó en el numeral 2 del artículo 7 del Decreto 3070 de 1983, reglamentario de la mencionada Ley 14, así como en el artículo 196 del Decreto 1333 de 1986, a saber:

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

1. Registrarse ante las respectivas Secretarías de Hacienda o cuando no existan, ante las Tesorerías Municipales dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de iniciación de la actividad gravable.
2. Presentar anualmente, dentro de los plazos que determinen las respectivas entidades territoriales, una declaración de industria y comercio junto con la liquidación privada del gravamen.
3. Llevar un sistema contable que se ajuste a lo previsto en el Código de Comercio y demás disposiciones vigentes.
4. Efectuar los pagos relativos al impuesto de industria y comercio, dentro de los plazos que se estipulen por parte de cada municipio.
5. Dentro de los plazos establecidos por cada municipio, comunicar a la autoridad competente cualquier novedad que pueda afectar los registros de dicha actividad, y
6. Las demás que establezcan los Concejos, dentro de los términos de la Ley 14 de 1983 y normas que la adicionen o reglamenten.

Artículo 196°.- El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda Nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: devoluciones -ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones-, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios.

7. Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:
8. Del dos al siete por mil (2-7%) mensual para actividades industriales, y
9. Del dos al diez por mil (2-10%) mensual para actividades comerciales y de servicios.
10. Los municipios que tengan adoptados como base del impuesto los ingresos brutos o ventas brutas podrán mantener las tarifas que en la fecha de la promulgación de la Ley 14 de 1983 habían establecido por encima de los límites consagrados en el presente artículo.
11. **Parágrafo 1°.-** Las agencias de publicidad, administradoras y corredoras de bienes inmuebles y corredores de seguro, pagarán el impuesto de que trata este artículo sobre el promedio mensual de ingresos brutos entendido como tales el valor de los honorarios, comisiones y demás ingresos propios percibidos para sí.
12. **Parágrafo 2°.-** Los distribuidores de derivados del petróleo pagarán el impuesto de que trata el presente artículo sobre el margen bruto fijado por el Gobierno para la comercialización de los combustibles.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado⁷:

La interpretación que plantea la demandada sobre la facultad de adoptar las normas relativas a la administración de los tributos, que rigen para el Distrito Capital, incluyendo en ella el "período bimestral" no es de aceptación, pues si bien en ejercicio de su autonomía, los entes territoriales pueden establecer los términos para obtener y recaudar sus impuestos, cuando existe norma legal que ya ha previsto estos elementos, deben sujetarlos y administrar sus impuestos dentro de los precisos términos legales como lo ocurre con la Ley 14 de 1983, cuando señala la base gravable como "período causado..." no sólo determina la administración, sino esencialmente la base gravable del impuesto, aspecto que no quedó incluido en las autorizaciones legales aducidas por la parte demandada.

...Lo anterior, teniendo en cuenta que en el impuesto de Industria y Comercio se distinguen los conceptos de "período gravable", que es aquel que sirve de base para la cuantificación del impuesto, y "vigencia fiscal", que es el período en el cual se está tributando, es decir en el que se hace efectivo el pago.

Se concluye entonces que la definición prevista en el artículo 23 acusado, es contraria a la ley, pues independientemente de la facultad que tienen los municipios para adoptar los mecanismos que les permitan la recaudación gradual del impuesto, exigiendo que su pago sea mensual o bimestral, facultad que corresponde a la administración y control del tributo, no es posible que en ejercicio de ella puedan modificar el "período gravable" por el cual se debe tributar, o lo que es lo mismo, el período de causación del impuesto, señalando que éste es "bimestral", cuando la ley indica que es "anual". De otra parte, la consecuencia de variar el período de causación, se traduce en establecer una base gravable distinta a la prevista por el legislador, al tomar los ingresos brutos del bimestre inmediatamente anterior, como base de liquidación del tributo,

⁷ Sentencia n° 76001-23-31-000-2000-01084-01(14787) de Consejo de Estado - Sección Cuarta, de 27 de Octubre de 2005 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente LIGIA LOPEZ DIAZ Bogotá D C , Veintisiete (27) de octubre de dos mil cinco (2005) Radicación número 76001-23-31-000-2000-01084-01(14787) Actor, JUAN CARLOS BECERRA HERMIDA Demandado MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA Acción pública de nulidad contra los Acuerdos 046 de 1999 y 048 de 2000, del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca) FALLO

cuando la ley dispone que es "el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior", a la "vigencia fiscal" declarada, los que sirven de base para la cuantificación del tributo.

...Habida consideración de que la facultad prevista en la citada Ley 383, se enmarca dentro de "los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional", es preciso concluir que la disposición acusada no se ajusta a las normas tributarias que según el citado Estatuto rigen para las declaraciones tributarias. En efecto, no están previstas en los artículos 650-1 ni 580 del Estatuto Tributario como causales de no presentación de las declaraciones tributarias, la omisión del período gravable, ni la del pago del impuesto liquidado, o la devolución del cheque con el cual se haya cancelado el impuesto, y como quiera que las facultades de administración y control del impuesto de las entidades territoriales, no incluyen, ni antes ni después de la expedición de la Ley 383 de 1997, la de modificar los procedimientos legalmente establecidos, sino su adopción y aplicación a los impuestos administrados por ellas, el artículo 124 en sus literales A) y G) incurre en violación de las normas superiores en que debía fundarse, por lo que procede declarar su nulidad

De conformidad con todo lo anterior, resulta claro que el impuesto de industria y comercio debe liquidarse anualmente, con base en el promedio mensual de los ingresos brutos del año inmediatamente anterior, lo que a su vez hace deducir la ilegalidad bajo la cual fueron concebidos los artículos contentivos de las expresiones demandadas.

El Municipio de María La Baja trastocó la legalidad tributaria nacional, al fijar disposiciones acerca del período gravable del impuesto de industria y comercio, pues resulta claro que las mismas no se refieren a la administración de los tributos, procedimientos tributarios, ni sanciones; teniéndose en cuenta que la fijación del período gravable del referido tributo es un aspecto sustancial del impuesto que tiene que ver con un elemento esencial del mismo, cual es la base gravable.

Así, al disponer los artículos 76, 103, 483, 499 y 503 del Acuerdo 013 de 2008 demandados, que para la jurisdicción de María La Baja la declaración de

industria y comercio es bimestral y que su causación y pago también lo son, el Concejo Municipal desconoció el articulado nacional transcrito, sin que haya lugar a interpretaciones sesgadas que irían en contra del sentir del legislador, pues, aun cuando la periodicidad de una declaración puede considerarse relativa a la administración del tributo, el hecho de que el impuesto de industria y comercio en María la Baja sea concebido desde la bimestralidad, resulta ser un aspecto que necesariamente se relaciona con su causación (periodo gravable), esto es, con un aspecto sustancial del tributo, frente al que sólo deben observarse las normativas nacionales.

De esta forma, resulta procedente declarar la nulidad parcial solicitada por las demandantes, radicando tal decisión, en la ausencia de facultades legales del Concejo Municipal de María La Baja – mediante norma especial - para modificar el período de causación del impuesto de industria y comercio en dicha jurisdicción, recordando la Sala el contenido del literal b) del artículo 179 de la Ley 223 de 1995 que faculta a los concejos municipales para adoptar únicamente las normas de administración, procedimientos y sanciones que le son aplicables a los tributos del Distrito Capital.

De manera que como el período de causación del impuesto no se enmarca dentro de dichas regulaciones, por tratarse de un elemento de la obligación tributaria, el aludido municipio no puede establecer que el período de causación del impuesto de industria y comercio es bimestral, interpretación que debe extenderse a todas las normas en donde se acoja dicho marco temporal.

El Consejo de Estado⁸, al resolver un caso de similar naturaleza, señaló:

En ese sentido, para que el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla se encuentre sujeto a las normas que rigen al Distrito Capital de Bogotá, debe existir una ley que de manera expresa así lo defina.

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejero Ponente WILLIAM GIRALDO GIRALDO Bogotá, D C , cinco (5) de diciembre de dos mil once (2011) Referencia: 080012331000200700834 01 Radicado. 18398 Actor JOSEFINA LUZ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ Demandado DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA FALLO

En consecuencia, no resultan aplicables al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, las normas relativas a los elementos sustanciales del impuesto de industria y comercio y complementarios que rigen en el Distrito Capital de Bogotá, sino las que de manera general se disponen para los municipios, por cuanto no existe una norma especial o remisoría que hubiere dispuesto lo contrario.

Cabe precisar que no es de recibo el argumento de la actora, en el que indica que la Corte Constitucional, mediante sentencias C-503 de 1993 y C-538 de 2005, estableció que las normas del Distrito Capital son aplicables a los distritos especiales, toda vez que en dicha oportunidad la alta Corporación se limitó a estudiar la constitucionalidad de los artículos 1 de la Ley 78 de 1986 y 3 de la Ley 768 de 2002, respectivamente, y que se refieren, el primero, a la elección de los alcaldes municipales y de distrito, y el segundo, a la división los distritos especiales en localidades. Por tanto, dichos pronunciamientos no tuvieron por objeto el asunto que se debate en el sub examine.

Procederá entonces la Sala a la declaratoria parcial reclamada de los artículos 76, 103, 483, 499 y 503 del Acuerdo 013 de 2008 del Concejo municipal de María La Baja.

No sucederá lo mismo con los **Artículos 558 y 559 del Acuerdo 013 de 2008**, pues, refiriéndose estas normas al tema de sanciones (SANCIÓN POR EXTEPORANEIDAD EN LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE OFICIO y SANCIÓN POR OMITIR INGRESOS O SEVIR DE INSTRUMENTO DE EVASIÓN) resultan corresponder al desarrollo de las facultades otorgadas por el legislador a los Concejos Municipales en materia impositiva, tales como creación de normas de procedimiento, administración y sanciones, de las cuales se entiende que no atañen las definiciones de los elementos esenciales del impuesto, reservadas al Congreso.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la normativa concerniente a la publicidad exterior visual, también demandada, esto es, **inciso 2 del artículo 118 del Acuerdo 013 de 2008, e inciso 2 del 122 ibidem**; - teniendo en cuenta que establecen hecho generador y sujetos pasivos, - en su orden - del impuesto por tal concepto, y que el supuesto fáctico para que se configure

dicha obligación tributaria, lo constituye la instalación de vallas publicitarias visibles desde las vías de uso o dominio público o en lugares privados con vista desde las vías públicas, que tengan una dimensión igual o superior a dos metros cuadrados (2 m²) en el municipio de María La Baja -; debe decir la Sala, que le asiste razón a la parte actora, al considerar que tales normas municipales desconocen lo relativo a la publicidad exterior visual, por cuanto, la dimensión que establecen: - (2 m²)-, no es un parámetro de medida que alcance para que pueda gravarse la utilización de estos medios físicos de publicidad.

En lo relativo a la materia, se encuentra la Ley 140 de junio 23 de 1994, por la cual se reglamenta la Publicidad Exterior Visual en el territorio nacional, preceptuando en su artículo 15 lo siguiente:

ARTÍCULO 15. Toda valla instalada en el territorio nacional cuya publicidad que por mandato de la ley requiera un mensaje específico referente a salud, medio ambiente, cultura y cívico, no podrá ser superior a 10% del área total de la valla.

La Publicidad Exterior Visual de que trata la presente Ley son aquellas que tienen una dimensión igual o superior a 8 metros cuadrados.

No estarán obligadas a lo dispuesto en este artículo las vallas de propiedad de: La Nación, los Departamentos, El Distrito Capital, los Municipios, organismos oficiales, excepto las empresas industriales y comerciales del Estado y las de economía mixta, de todo orden, las entidades de beneficencia o de socorro y la Publicidad Exterior Visual de partidos, movimientos políticos y candidatos, durante las campañas electorales.

El anterior artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional⁹, teniendo en cuenta que se trata de una legislación nacional básica de protección al medio ambiente que de acuerdo al principio de rigor subsidiario: (Ley 99 de 1993)¹⁰,

⁹ Sentencia C - 535 - 96 del 16 de octubre de 1996 MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero

¹⁰ por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

puede ser desarrollada de manera más estricta por los Concejos distritales y municipales, y por las autoridades de los territorios indígenas, en virtud de sus competencias constitucionales propias para dictar normas para la protección del paisaje, y conforme a lo señalado por dicha carta en los artículos 313 y 330.

El artículo 63 contentivo del principio de rigor subsidiario al cual nos referimos, establece:

Artículo 63, inciso 4: *Principio de Rigor Subsidiario. Las normas y medidas de policía ambiental, es decir aquellas que las autoridades medioambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se descende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el artículo 51 de la presente Ley.*
(Negrillas de la Sala).

Lo anterior denota la competencia de los concejos municipales para desarrollar de manera más estricta la normativa de publicidad exterior visual, teniéndose en cuenta que esta noción comprende a su vez el concepto de patrimonio ecológico, cuyo deber de protección y defensa recae directamente sobre las autoridades de los entes municipales y distritales.

El patrimonio ecológico constituye parte integrante del medio ambiente, de manera que la publicidad exterior visual se encuentra enmarcada dentro de la temática ambiental, pues se considera el paisaje como recurso natural renovable, que puede ser afectado o deteriorado por la contaminación

visual, de ahí que se justifique la condicionalidad fijada por la Corte Constitucional, ya que pueden existir necesidades locales que requieran la toma de medidas para contrarrestar la contaminación visual. No obstante, si descendemos al asunto bajo estudio, se advierte que el municipio demandado no ejerció su derecho de defensa, ni obra prueba en el expediente que permita dar a conocer una necesidad de carácter ecológico en la municipalidad de María La Baja, que hiciera viable disminuir las dimensiones que establece la norma concreta de publicidad exterior visual – de 8 m² hasta 2m² , lo que impide tener como legal unas disposiciones que, sin justificación de *las circunstancias locales especiales que así lo ameriten*, desconocieron el parámetro macro contenido en la norma nacional: Ley 140 de 1994.

En virtud de lo antedicho, deberá declararse la nulidad pretendida, sacándose del ordenamiento toda la normativa concerniente a los elementos esenciales del impuesto a la publicidad exterior visual, teniendo en cuenta que el articulado restante que comprende la reglamentación del mencionado impuesto, no puede tener aplicación en el sistema legal, si se observa, que su elemento principal – hecho generador del impuesto -, debe ser retirado del ordenamiento. Por consiguiente la ejecución de dicho tributo no tiene sentido que permanezca vigente, máxime si éste no se puede ejecutar.

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: LEVANTAR la suspensión provisional decretada a través de auto calendarado en marzo 25 de 2010, sobre las expresiones “y es bimestral” contenida en el artículo 76, “en periodo bimestral” contenida en el artículo 103, “bimestral” contenida en los artículos 483 y 499, del Acuerdo N° 013 de de noviembre 28 de 2008, proferido por el Concejo Municipal de María La Baja Bolívar.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los artículos 64, 65, 66, 67, 68 y 69 del Acuerdo 006 de junio 28 de 2002 , expedido por el Concejo Municipal de MARÍA LA BAJA.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del inciso 1º y 2º del artículo 118, 119, 120, 121 y 122 del Acuerdo 013 de noviembre 28 de 2008, expedido por el Concejo Municipal de MARÍA LA BAJA.

CUARTO: ANULAR PARCIALMENTE los artículos 76, 103, 499, 503 del Acuerdo 013 de noviembre 28 de 2008, expedido por el Concejo Municipal de María La Baja, en los apartes que transcriben "y es bimestral", "en periodo bimestral", "bimestral" "será bimestral, respectivamente.

QUINTO: Mantener incólumes los artículos 558 y 559 del Acuerdo 013 de noviembre 28 de 2008, expedido por el Concejo Municipal de María La Baja.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER FANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



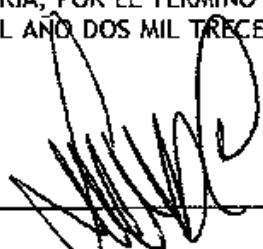
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1273
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ARMANDO MEJIA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2009-00272-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Cartagena de Indias, D.T. y C., Octubre Veinticinco (25) de dos mil trece (2013).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA ~~76~~ /2013

1º instancia

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-000-2009-00272-00
Demandante : ARMANDO MEJÍA BARRIOS Y OTROS
Demandado : NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTROS

SENTENCIA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señores **ARMANDO ANTONIO MEJIA BARRIOS (víctima)** actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos **ÓSCAR IVÁN MEJÍA ALVIS, DANIELA ANDREA MEJÍA PÉREZ, ELIANA MARGARITA MEJÍA BARRIOS, ARMANDO JOSÉ MEJÍA ARENA, JOSÉ ARMANDO MEJÍA PÉREZ, LORENA PATRICIA MEJÍA PÉREZ (hijos menores de la víctima), RANDY MIGUEL MEJIA PÉREZ (hijo de la víctima), LEUS ALICIA PÉREZ MORALES (compañera permanente de la víctima), HERNANDO ANTONIO MEJIA HURDAS (padre de la víctima), LEUS MARÍA BARRIOS SILVA, (madre de la víctima), HERNANDO MIGUEL MEJÍA BARRIOS, ÓSCAR ENRIQUE MEJÍA BARRIOS, LINA MARGARITA MEJIA BARRIOS, DANIELA MEJIA BARRIOS (hermanos de la víctima),** de los señores **JHONY CARLOS MENDOZA MONTES (víctima)**

actuando en nombre propio y en representación de su menor hija **CONY SHIRLEY MENDOZA FERRER** (hija menor de la víctima), **JONATHAN CARLOS MENDOZA FERRER**, **LEONEL ANDRÉS MENDOZA JHONY**, **CARLOS MENDOZA PEREIRA** (hijos de la víctima), **ROSIRIS DEL CARMEN FERRER ELAGUILA** (compañera permanente de la víctima), **ANA VICTORIA MONTES IBAÑEZ** (madre de la víctima), **ANTONIO MENDOZA BUELVAS** (padre de la víctima), **LUIS BERNARDO MENDOZA MONTES**, **WILFRIDO MENDOZA MONTES**, **MARLY MENDOZA MONTES**, **HOSTER JOSÉ MENDOZA MONTES**, **ANTONIO MENDOZA MONTES**, **SHIRLEY MENDOZA MONTES**, **KELLY MENDOZA MONTES**, **CLAUDIA MENDOZA MONTES** (hermanos de la víctima) de los señores **SALVADOR TAPIA OVIEDO** (padre de la víctima) **WILFRIDO TAPIA AGOSTA** (Q.E.P.D), **TATIANA MARGARITA TAPIA AGOSTA**, **FANY TAPIA AGOSTA**, **HAROLD TAPIA ACOSTA**, **EDUIN SALVADOR TAPIA AGOSTA**, **ALBERTO ENRIQUE TAPIA ACOSTA**, **PEDRO RAFAEL TAPIA AGOSTA** (hermanos de la víctima) **WILFRIDO TAPIA AGOSTA** (Q.E.P.D) de los señores **ANÍBAL RAFAEL CHAMORRO SIERRA** (víctima) actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos **ANIBAL ALFREDO CHAMORRO VARGAS**, **MARÍA ANGÉLICA CHAMORRO VARGAS**, **YAREN ESTEFANY CHAMORRO VARGAS** (hijos menores de la víctima), **MAURICIO CHAMORRO VELASQUEZ** (hijo de la víctima), **IRIS IBETH VARGAS MONTES** (compañera permanente de la víctima), **ANA CENILDA SIERRA DE CHAMORRO** (madre de la víctima), **ANÍBAL ALFONSO CHAMORRO MADRID** (padre de la víctima) actuando en nombre propio y en presentación de su menor hijo **ENUAR CHAMORRO MARIOTA** (hermano menor de la víctima), **BERTILDA ISABEL CHAMORRO SIERRA**, **CARLOS MARIO CHAMORRO MARIOTA**, **EDELSI DEL CARMEN ARROYO SIERRA**, **MARLON ENRIQUE CHAMORRO MARIOTA**, **ELMER CHAMORRO MARIOTA**(hermanos de la víctima) de los señores **AGUSTÍN PALENCIA MONTES** actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo **AGUSTÍN ALBERTO FALENCIA ROLDAN** (hijo menor de la víctima), **CINDY FALENCIA ROLDAN PAOLA**, **Karina PALENCIA ROLDAN** (hijas de la víctima), **DIARLE ROLDAN BALOCO** (compañera permanente de la víctima), **MARCELINA MARÍA MONTES GAMARRA** ("madre de la víctima), **LUIS CARLOS PALENCIA MONTES**, **SUSANA PALENCIA MONTES**, **EDINSON RAFAEL FALENCIA MONTES**, **GLORIA PALENCIA MONTES**, **CESAR AUGUSTO FALENCIA MONTES**, **ELSA PALENCIA MONTES**, **WILLIAM PALENCIA MONTES** (hermanos de la víctima) de los señores **LILIA DEL SOCORRO ARROYO TEHERÁN** actuando en nombre propio y en

representación de su menor hija **ANGIE MARÍA ARROYO TEHERÁN**/(hija menor de la víctima), **ADRIANA AROYO** (hija de la víctima), **ARGENIDA TEHERÁN DÍAZ** (madre de la víctima), **DELCY DEL CARMEN ARROYO TEHERÁN**, **EVÉDITH YADIRA ARROYO TEHERÁN**, **OSVALDO ANTONIO ARROYO TEHERÁN**, **DORIS TERESA ARROYO TEHERAN**, **VERA JUDITH ARROYO**, **LUS MIGUEL ARROYO TEHERÁN**, **MARÍA DE LAS NIEVES ARROYO TEHERÁN** -(hermanos de la víctima) de los señores **ESTEBAN RAFAEL CAMARGO CÁRDENAS** (víctima) actuando en nombre propio y en representación de su menor hija **AURY LUZ CAMARGO ROBLES** (hija menor de la víctima), **NIDIA MARÍA ROBLES PÉREZ** (compañera permanente de la víctima), **FRANCIA ELENA CÁRDENAS NOVOA** (madre de la víctima) **DAMITH CECILIA CAMARGO ROBLES**, **SARIS ESTELA CAMARGO ROBLES**, **RAFAEL CAMARGO ROBLES**, **MARICELA CAMARGO ROBLES** (hijos de la víctima), **DORTY LUCILA CAMARGO CÁRDENAS**, **PABLO CÁRDENAS** (hermanos de la víctima) de los señores **GUILLERMO SOLANO BARRETO**,(víctima) actuando en nombre propio y en representación de su menor hija **LAURA VANESA SOLANO VÁSQUEZ** (hija menor de la víctima), **YOLADYS DEL CARMEN VÁSQUEZ** (esposa de la víctima), **ANTONIA MARÍA BARRETO RIVERA** (madre de la víctima), **ARELYS DEL SOCORRO SOLANO BARRETO**, **EIYS DEL SOCORRO BARRETO**; **MIRLEDY MARGOTH SOLANO BARRETO**; **LEIDIS DEL CARMEN SOLANO BARRETO**, **MARIELA DEL SOCORRO SOLANO BARRETO**, **ANTONIO ENRIQUE SOLANO BARRETO**, **DIOSELINA DEL CARMEN SOLANO BARRETO**(hermanos de la víctima) de los señores **MARGORIS SOFÍA YEPES MONTES** (esposa de la víctima }actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos **MAIRA MACIEL MENDOZA YEPES** **ÁDRIANED LORAINÉ MENDOZA YEPES**, **PABLO MENDOZA YEPES** (hijos menores de la víctima), **ENITH LORA VARGAS** (madre de la víctima) actuando en nombre propio y, en representación de su nieto **JUAN MENDOZA PALACIO** (hijo menor de la. Víctima), **JUAN ANTONIO MENDOZA MERCADO** (hijo de la víctima), **YOLADIS EDITH MENDOZA LORA**, **ROSIRIS CENITH MENDOZA LORA**, **WILLIAM LORA**, **MARÍA DEL ROSARIO MENDOZA LORA**, **JOSÉ ALFREDO MENDOZA LORA**, **YELENIS ENITH MENDOZA LORA** (hermanos de la víctima) y de los señores, **EDWIN ÁFRANI SANABRIA PEÑA** (víctima) **ALEXANDER YEPES MONTES**, **MISTREY SANABRIA MONTES**, **YINEL MARTÍNEZ MONTES** **LUIS FELIPE SANABRIA-DÍAZ**, **HÉCTOR SANABRIA DÍAZ**, **ALVARO SANABRIA DÍAZ**, **ORLAIDA KARINA SANABRIA MARTÍNEZ**, **NORA MILENA SANABRIA DE LOS SANTOS SANABRIA MARTÍNEZ**, **JOSE DE LOS SANTOS SANABRIA DÍAZ**, **CESAR ANTONIO SANABRIA DÍAZ**, **JULIO CESAR SANABRIA**

BERRIO, ANA SANABRIA DÍAZ, JULIO SANABRIA COHÉN (hermanos de la víctima);
contra la **NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN; LA NACIÓN MINISTERIO DE**
DEFENSA; DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS y EL EJERCITO
NACIONAL .

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional- Fuerzas Armadas de Colombia - Departamento Administrativo de Seguridad - Fiscalía General de la Nación son Administrativamente responsables de los perjuicios materiales e inmateriales de los demandantes por la falla o falta del servicio en que incurrieron.

2. Condenar, en consecuencia a La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional- Fuerzas Armadas de Colombia - Departamento Administrativo de Seguridad - Fiscalía General de la Nación, como reparación del daño ocasionado a pagar a los actores, o a quien representen legalmente sus derechos, los perjuicios de orden moral objetivados y subjetivados, actuales y futuros los cuales se estiman como mínimo la suma de **OCHO MIL CUATROCIENTOS CATORCE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS M/L** (\$8.414.394.148.00), o conforme resulte probado dentro del proceso.

3. La condena respectiva será actualizada de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo que le dé final proceso.

4. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. HECHOS RELEVANTES:

PRIMERO: Los señores JUAN PABLO BERRIO Y JUAN PABLO ORTEGA, presentaron el 30 de noviembre de 1995, denuncias ante la Fiscalía seccional del

Carmen de Bolívar, por una supuesta extorsión, que se le venía haciendo por personas, supuestamente vinculadas a grupos al margen de la ley. El CTI y la SIJIN (sic) del Bolívar inmediatamente iniciaron investigaciones para dar con los extorsionistas, por lo cual se lanzó todo un operativo en el Carmen de Bolívar, con el propósito de capturar a los responsables, se practicaron allanamientos a varias residencias. Los operativos arrojaron como resultado la captura de 10 personas y el decomiso de algunos elementos privativos de las Fuerzas Militares entre estos una escopeta de calibre 12.

SEGUNDO: Uno de los denunciantes el señor Juan Pablo Ortega, cuando fue citado en la Fiscalía manifestó que no estaba en capacidad de reconocer a quienes le entregaba el dinero; y los mas grave no se constituyeron. Los supuestos extorsionados no se hicieron parte civil dentro del proceso, (sic) los cual demostró que las denuncias no tenían asidero probatorio y que eran infundadas.

TERCERO: Luego de que mis poderdantes rindieron indagatoria, les dictaron medidas de aseguramiento, algunos consistentes en detención domiciliaria. (...)

QUINTO: La Fiscalía General de la Nación, unidad Seccional de Fiscalía del Carmen de Bolívar, Fiscalía delegada número cuarenta y tres, en vista del tiempo transcurrido desde la fecha inicial de la investigación, resolvió dictar la preclusión por Prescripción de la acción, por cuanto desde la fecha que se inició la investigación (1 de Diciembre de 1996 hasta el 27 de Marzo de 2007), han transcurrido 11 años tres meses y veinticinco días. Debido a este a mis poderdantes se les (sic) imposibilitó el hecho de desarrollarse laboralmente y además muchos de ellos se vieron en la obligación en la necesidad de desplazarse con sus familias por la estigmatización de la que eran víctimas.

B. LA CONTESTACIÓN

MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL: La apoderada de esta entidad la Fiscalía General de la Nación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones puesto que su representada no es la encargada del ejercicio de la acción penal, respecto de la cual se predica por los demandantes su defectuoso funcionamiento. En ese sentido señala, que es a la Fiscalía general de la nación a

quien le corresponde, el adoptar las medias que estime pertinentes con base en los hechos y situaciones que le sean puestos en conocimiento.

De tal manera explica, que el Ejército Nacional es una de varias entidades en el Estado colombiano, de las cuales se vale la Fiscalía General de la Nación para alcanzar sus objetivos; pero de ninguna manera su apadrinada ejerce funciones jurisdiccionales.

Finalmente, propuso la excepción de inepta demanda.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: A través de apoderado judicial designado para tal efecto, esta entidad contestó la demanda afirmando, que en el presente caso las medidas de aseguramiento dictadas en este proceso, observaron permanente la norma que las regula. En ese sentido, hizo referencia a cada una de las personas víctimas en este proceso detallando con claridad, los fundamentos y pruebas empelados para proferirles medida de aseguramiento intramuros, domiciliaria; y en otros casos ordenar su libertad por carecer de asidero su detención

En ese orden de ideas consideró, que en este caso la fiscalía general de la nación, sí contaba con los suficientes elementos de juicio para el inicio de la investigación penal.

Señala, que en el presente caso la acción penal se extinguió con motivo de la ocurrencia de la prescripción; circunstancia que desde ningún punto de vista denota la inocencia de los actores, si no, que se le dio aplicación al Art. 83 de la C.P.

Finalmente propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S.

Esta entidad contestó la demanda extemporáneamente.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha noviembre 19 de 2010, conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.371-374).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de junio 17 de 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (fl. 2437). En esta oportunidad procesal la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA guardó silencio; al igual que el Ministerio Público.

Alegatos parte demandante: Consideró el apoderado del actor, que en el presente caso se demostró de forma clara la responsabilidad de las entidades demandadas, toda vez que la medida de aseguramiento proferida en contra de los actores, no se fundamentaron en verdaderos elementos de juicio que la soportaran, por cuanto que se sustentaron en denuncias de personas extorsionadas, que posteriormente negaron conocer a los denunciados.

Así mismo, considera que en el sub lite, está claramente demostrado el error jurisdiccional en que incurrió la Fiscalía General de la Nación, al vincular a los demandante al proceso penal, como miembros de la FARC, y así mismo privarlos de sus libertad, toda vez que, pasaron más de 11 años y tres (3) meses sin que el Fiscal encargado del caso calificara el mérito del sumario; máxime teniendo en cuenta que el proceso finalizó con sentencia absolutoria, en favor de sus poderdantes.

Alegatos de la parte demandada:

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS.

Manifestó el apoderado de dicha entidad, que en el proceso no se precisan los hechos u omisiones en los cuales incurrió su apadrinada que le vinculen en la presunta producción del daño en este caso. En ese sentido señala, que dentro del concepto de la violación planteada por el actor, se hace referencia a la Ley 270 de 1996, norma que solo consagra la responsabilidad para empleados del Estado que ejerzan función jurisdiccional; las cuales no están atribuidas a su poderdante.

MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.

Esta entidad ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A. en concordancia con los artículos 65 a 73 de la ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que la providencia que declara la prescripción de la acción penal en favor de los demandantes fue expedida el día 27 de marzo de 2007 y la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación fue presentada en fecha 9 de marzo de 2009. En ese sentido, se interrumpió la caducidad de la acción faltando 16 días para su configuración. No obstante la constancia de no acuerdo se expidió el día 5 de mayo 2009 y como quiera que la demanda se presentó el día 13 de mayo de 2009, se encuentra acorde al término de caducidad de 2 años que prevé el artículo 136 numeral 8º del C.C.A, para ejercer la presente acción.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si la detención de la que fueron objeto las víctimas en este proceso, les generó un daño antijurídico que no estaban obligados a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad para el Estado, cuando posteriormente se declaró prescrita la

acción penal por la conducta punible de Extorsión, entre otras, que les habían imputados.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

✓ De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el "Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que textualmente reza:

"Indemnización por privación injusta de la libertad-. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, referida a quien ha sido privado injustamente de la libertad y la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones puntuales: i. El hecho no existió, ii. El sindicado no lo cometió y iii. La conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas¹. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

- a. Una primera línea jurisprudencial que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que "la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se

¹Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ, doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

- b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., esto es, absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención.
- c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del in dubio pro reo².

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o

²Sección Tercera, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia³.

CASO CONCRETO

Como primera medida, la Sala debe precisar que en el presente caso, según lo alegado por los actores, el daño ondula ente los regímenes de responsabilidad por el error jurisdiccional y de privación injusta de la libertad; como quiera que fueron detenidos, y además de ello, por haber estado vinculados al proceso penal por más de 11 años y 3 meses, posteriores a que se revocara la medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía, situación que según el actor le generó múltiples daños y perjuicios.

En ese orden, como es bien sabido, tratándose de acciones de reparación directa, el operador judicial tiene el deber de adecuar el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, con base en los hechos que narre el actor ocasionaron el daño alegado por aquel. En ese sentido, de los hechos descritos por los actores en libelo introductorio de la acción, no le cabe duda a la Sala que en el presente caso la fuente del daño alegada por los demandantes se deriva de una presunta privación injusta de la libertad, tal como se lee del hecho sexto de la misma: ***“En consecuencia el daño, es decir la detención de mis poderdantes resulta causalmente con la falla de la administración”***. Así mismo, del concepto de la violación consignado en la demanda se extrae lo siguiente: ***“Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, “Responsabilidad del Estado***

³Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

por la Privación Injusta de la libertad de las Personas” – Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Expediente: 16.168, de fecha 4 de diciembre de 2006.”.

En tal virtud, resulta claro para la Sala, que la fuente del daño alegado por los actores se deriva de la privación injusta de la libertad y, en consecuencia, el estudio de la responsabilidad del Estado se realizará en el sub lite a la luz del régimen de imputación por privación injusta de la libertad.

Para abundar en razones, la Sala considera que en el sub lite, se aportan las pruebas pertinentes para analizar el caso conforme al título de imputación por privación injusta de la libertad, bajo el entendido que el actor no realiza afirmaciones que evidencien un error jurisdiccional, como quiera que, solo se describe la forma como se desarrolló el proceso penal, y la imposibilidad de la Fiscalía General de la Nación de probar la participación de los demandantes en la comisión de los delitos que les imputaron, circunstancias que denotan de forma clara, que el daño se sustenta con base en la privación injusta de la libertad.

En ese mismo sentido se debe precaver, sin ánimos de efectuar un análisis respecto de la configuración o no en este caso de un error jurisdiccional de la administración de justicia, que no se observa *pima facie* el yerro alegado por el actor, toda vez, que solo se afirma sobre el extenso lapso que duró el proceso; direccionando la responsabilidad de la administración, en el hecho de permanecer vinculado al proceso penal desde el año de 1996, cuando recuperaron la libertad, y posteriormente haberse declarado prescrita la acción penal, 11 años después en el año 2007. De tal manera, se debe acotar que la prescripción de la acción penal, es un beneficio establecido para los investigados en aras de que las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación no sean perennes, lo que la constituye en garantía efectiva para protección de derechos fundamentales.

Así mismo, los actores no efectúan acusación precisa respecto de las providencias respecto de la cuales se deriva el presunto error jurisdiccional, así como de las razones del yerro de la administración, situaciones necesarias para que la Sala efectuó el respectivo análisis de las actuaciones de la administración; contrario a ello, sí se evidencia de forma clara, que los actores estuvieron privados de su libertad, situaciones que obliga a la Sala al análisis respecto de si la privación de la libertad a las que fueron sometidos, se tornó en ilegal.

En conclusión, por las razones expuestas anteriormente, la Sala procederá al análisis del presente caso, bajo el amparo del régimen de privación injusta de la libertad.

Precisado lo anterior, en el presente caso se observa que los señores ANÍBAL CHAMORRO, ARMANDO MEJÍA BARRIOS, ESTEBAN ENRIQUE CAMARGO CÁRDENAS, LILIA ARROYO TEHERÁN, GUILLERMO SOLANO, EDWIN AFRANI SANABRIA, JUAN PABLO MENDOZA LORA, JHONY MENDOZA, AGUSTÍN PALENCIA MONTES, WILFRIDO TAPIA y ESTEBAN RAFAEL CAMARGO CÁRDENAS, estuvieron vinculados a un proceso penal por la presunta comisión de los delitos de Extorsión y Rebelión.

Del material probatorio obrante en el proceso se observa que los demandantes dentro del proceso, fueron objeto de medidas de allanamientos a sus viviendas, ordenadas por la Unidad de Fiscalías de el Carmen de Bolívar, a través de Resolución del 30 de noviembre de 1995 (fl.42 C.P). Para tal propósito, la citada Fiscalía comisionó al CTI, afectos de que realizara los allanamientos y registros ordenadas. En tal virtud, el día 1º de noviembre de 1995 se llevaron a cabo las diligencias ordenadas por la Fiscalía (fl. 429-462) C.P), lo que derivó en la captura en flagrancia de los demandantes, puesto que les encontraron en su poder elementos directamente relacionados con los delitos por los cuales eran investigados. De tal suerte, que los demandantes fueron privados de su libertad desde el día 1º diciembre de 1995.

En ese sentido, previas las diligencias de indagatoria, la Fiscalía Regional de Barranquilla a través de Resolución del 22 de diciembre de 1995, resolvió la situación jurídica de los demandantes, imponiéndoles medida de aseguramiento intramural y detención domiciliar para la señora LILIA DEL SOCORRO ARROYO DURAN. Posteriormente, a través de providencias del 26 de marzo de 1996 y del 2 de diciembre de 1996 (f.84-85), los demandes afectados con mediada de aseguramiento, recuperaron su libertad de forma provisional, pero continuaron vinculados al proceso penal.

Finalmente, mediante providencia de fecha 27 de marzo de 2007 proferida por la Fiscalía Delegada cuarenta y tres (43) de el Carmen de Bolívar se decretó de manera oficiosa la prescripción de la acción penal adelantada en contra de los

demandantes por los delitos de Porte Ilegal de Armas, Rebelión y Extorción entre otros, y en consecuencia concedió su libertad inmediata y definitiva (fl. 267-268).

Ahora bien, la Fiscalía Delegada cuarenta y tres (43) de el Carmen de Bolívar, para prescribir y extinguir la acción penal, fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones:

"Finalmente, como el art. 83 del C.P señala que en ningún caso la prescripción de la acción penal puede darse en lapso inferior a cinco años, ni superior a veinte, es menester precisar si desde la citada fecha -01 de Diciembre de 1.995 hasta el día veintisiete (27) de Marzo del 2007, han transcurrido cinco años. En efecto, al realizar la simple operación matemática podemos darnos cuenta que desde el 01 de diciembre de 1995, fecha en que se cometió el ilícito al 27 de Marzo 2007, han transcurrido más de once (11) años, tres (3) meses y veinticinco días (25), sin que se haya calificado el mérito del sumario, único evento en que se interrumpe la prescripción de la acción penal y por lo mismo, ha operado este."

Ahora bien, es necesario señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución Política, disposición que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños.

Ahora, tratándose de privación injusta de la libertad ha señalado el Consejo de Estado que el concepto de daño antijurídico se desliga de su causación antijurídica. Por lo tanto, aunque la medida de aseguramiento se hubiese dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba

en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno.

En el presente caso se observa que los demandantes, fueron objeto de una medida restrictiva de la libertad, sin embargo, el proceso penal culminó con prescripción y extinción de la acción penal, la cual no constituye un presupuesto para que la conducta sea injusta, tal y como lo establece la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, la medida restrictiva de la libertad a la que fue sometidos los demandantes en el proceso dentro el proceso penal seguido en su contra no comporta daño antijurídico, por no configurarse los presupuestos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido señalando, la cual se constituye en precedente de obligatorio cumplimiento.

Por lo tanto, al no estar acreditado uno de los elementos de responsabilidad del Estado, esto es, el daño antijurídico provocado por la conducta activa u omisa de la autoridad, resulta infructuoso seguir con el estudio de los otros dos elementos.

En consecuencia, por todo lo discurredo, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que no se encuentra probado en el plenario que el actuar del administrador de justicia fuese contrario a derecha, por lo tanto no se podrá imputar responsabilidad al Estado por los daños generados por los hechos estudiados.

COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costos de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

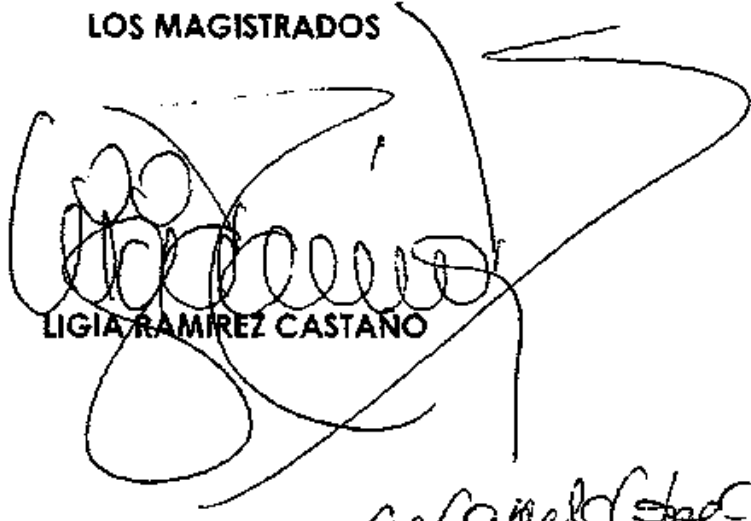
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTANO



JORGE ECHEA FANDIÑO GALLO
FAB



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1274
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: A TIEMPO LTDA
DEMANDADO	: SENA
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2005-00848-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECINUEVE (19) DE SEPTIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. B1 a 90
(1.5)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 250-20131

Cartagena de Indias, D. T. y C., Diecinueve (19) de Septiembre de dos mil trece
(2013)

TEMA: Contrato de Aprendizaje – vinculación mínima obligatoria de aprendices a
empresas de servicios temporales

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 13-001-23-31-001-2005-00848-00

II. PARTES

Demandante: A TIEMPO SERVICIOS LTDA

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdos PSAA-12-9524 y PSAA-12-9537 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia dentro de la demanda instaurada por la sociedad comercial A TIEMPO SERVICIOS LTDA contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

“1.- Sírvase Honorables Magistrados declarar nulos los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 451 del 29 de junio de 2004, Resolución No. 531 del 6 de agosto de 2004, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto y la Resolución No. 2337 del 2 de noviembre de 2004, que resolvió negativamente el recurso de apelación, expedidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, por la cual se determinó la obligación de contratar 29 aprendices dentro de su planta de personal.

2.- Ejecutoriada la sentencia, que favorece los intereses de mi poderdante, se ordene el archivo del proceso en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.”

2. HECHOS

“1.- A la sociedad comercial A TIEMPO SERVICIOS LTDA, mediante resolución No. 00451 de 2004 le fue impuesta como cuota de aprendizaje la cantidad de veintinueve (29) aprendices dentro de su planta de personal para dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 11 del decreto 933 de 2003 y lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 789 de 2002 establece que las empresas privadas que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), están obligados a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica y completa aún la actividad económica que desempeñan y artículo 33 ídem regulan la determinación de número mínimo obligatorio de aprendices.

2.- Posteriormente contra la anterior resolución se interpuso en tiempo recurso de reposición y en subsidio el de apelación profiriéndose la Resolución No. 531 de 2004,

que resuelve la reposición interpuesta, confirmando la decisión que A TIEMPO SERVICIOS LTDA, debe vincular en su planta de personal un número equivalente a 29 aprendices y concede el recurso de alzada.

3.- La Dirección General del SENA, mediante resolución 02337, resuelve negativamente el recurso de apelación y declara agotada la vía gubernativa. Tal resolución, en cual también fue confirmado mediante resolución No. 2337 del 2 de noviembre de 2004.

4.- Quedando de esta manera abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para obtener el resarcimiento de los derechos de la sociedad A tiempo Servicios Ltda.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

- Decreto 3769 del 12 de noviembre de 2004, por el cual se adiciona el decreto 933 de 2003.
- Art 29 de la C.N.
- Art. 83, 85 y 135 del Código Contencioso Administrativo.

La sociedad comercial A tiempo Servicios Ltda., es una empresa que tiene por finalidad remitir trabajadores especializados para la prestación de servicios de manera temporal en las empresas con las cuales A Tiempo contrata el suministro de dicho personal, lo anterior para suplir las necesidades de un aumento en la producción de las fábricas, recibiendo a cambio del servicio prestado el precio pactado en el contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, estos trabajadores remitidos en misión son contratados de manera temporal, que si bien celebran un contrato con mi poderdante y este es un verdadero empleador, no prestan sus servicios en las instalaciones de mi poderdante, lo cual implica que no desarrollen las actividades propias de la empresa que los contrata.

Recalcamos estos trabajadores son remitidos con carácter temporal únicamente para suplir las necesidades del aumento de la producción de las empresas en ejecución de actividades especializadas y una vez que la labor termina finaliza el contrato de trabajo.

El servicio Nacional de Aprendizaje SENA no puede imponerle a mi poderdante la obligación de contratar 29 aprendices dentro de su planta de personal en la medida que solamente cuenta con 6 trabajadores permanentes o de planta, es decir son quienes ejecutan las actividades propias de la sociedad comercial A TIEMPO SERVICIOS LTDA, dentro de sus instalaciones, contrariando de esta manera lo establecido en el decreto 3869 del 12 de noviembre de 2004, por el cual se adiciona el Decreto 933 de 2003, en el cual se establece la forma de fijación de la cuota de aprendices en las empresas de servicios temporales, de la siguiente manera:

*“Artículo 11-1 Para efecto de la determinación de la cuota de aprendices de que trata el artículo 33 de la Ley 789 de 2003, en las empresas de servicios temporales solo se tendrá en cuenta **el número de trabajadores de planta, esto es, aquellos que se dedican al suministro temporal de personal.***

Los trabajadores en misión, por no desarrollar la actividad económica propia de la empresa de servicios temporales, no se tienen en cuenta para determinar la cuota de aprendices.”(Negrilla Propias)

Regulación esta que es perfectamente aplicable a la sociedad A TIEMPO SERVICIOS LTDA, en la medida que mi representada cumple con las características indicadas en la citada norma transcrita, como son:

1. Se trata de una empresa suministradora de trabajadores especializados. Hecho este que se comprueba en el objeto social de la sociedad y que se encuentra contenido en el certificado de existencia y representación legal de la misma.

2. Los trabajadores son enviados de manera temporal.
3. Las labores para las cuales son contratados son desarrolladas en la empresa que contrata con A TIEMPO SERVICIOS.
4. Cuenta con un número de seis trabajadores de planta que ejecutan las labores de suministro de personal dentro de las instalaciones de A TIEMPO SERVICIOS LTDA, y los demás son trabajadores remitidos en misión a las empresas beneficiarias.

Es por ello que en el asunto de marras debe tenerse en cuenta la norma transcrita EXONERANDO a la sociedad A tiempo Servicios LTDA, de la obligación de vincular aprendices a su personal e trabajo.

Por otra parte la obligación impuesta por el SENA le causa un gran perjuicio económico a mi representada en la medida que le impone más carga laboral de la que puede soportar, como es el hecho de contratar 29 aprendices en su planta de personal, siendo que en la realidad A TIEMPO SERVICIOS LTDA, además de tener 6 trabajadores de planta tan solo se gana un porcentaje del valor facturado por el suministro de trabajadores temporales de carácter especializado a otras empresas, ocasionándole graves pérdidas y por consiguiente el futuro cierre de la misma.

El servicio Nacional de Aprendizaje SENA no está dando aplicación a lo ordenado por el decreto 3769 del 12 de noviembre de 2004, el cual es muy claro al señalar la forma de fijación de la cuota de aprendices.

El actuar del SENA al imponer la obligación de contratar 29 aprendices a mi poderdante resoluciones No. 451 del 29 de junio de 2004, va en contravía de los principios constitucionales de la libertad de empresa y el reparto equitativo de las obligaciones sociales por cuanto con tal decisión acaba con una empresa que tiene más de 15 años haciendo patria y ofreciendo trabajo a más de 1000 personas y familias.

Existe una falsa motivación al determinar en la resolución No. 451 del 29 de junio de 2004, que solo debe tenerse en cuenta como factor para asignar la cuota de aprendices el recorte que se le hace a las empresas de compensación familiar ya sea Comfenalco o Comfamiliar, puesto que en dicho recorte solo se determina el numero nominal de los trabajadores y no cuantos desarrollan de manera efectiva la labor de la empresa.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

A través de apoderado la entidad demandada, dentro del término legal presentó contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma.

Señala que no es procedente declarar la nulidad de las resoluciones No. 451 del 29 de junio de 2004, resolución No. 531 del 6 de agosto de 2004, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto y la resolución No. 2337 del 2 de noviembre de 2004, que resolvió negativamente el recurso de apelación, expedidas por el SENA, por cuanto las mismas se expidieron dentro de la normatividad legal y se encuentran amparadas por la presunción de legalidad. Tampoco se encuentran viciadas por ninguna causal establecida en la ley.

Así mismo manifiesta la parte demandada en su contestación, que de conformidad con lo estipulado en el artículo 33 de la ley 789 de 2002, la Regional Bolívar, para la fijación de la cuota de aprendizaje tuvo en cuenta el número total de trabajadores de la empresa sin hacer distinción entre el personal directivo, administrativo y operativo.

Igualmente el decreto reglamentario 24/98 establece en su artículo 1° que la empresa de servicios temporales tendrá siempre el carácter de empleador con respecto tanto a los trabajadores de planta como los en misión.

A su vez los artículos primero y tercero del decreto 2585 de septiembre 12 de 2003, por la cual se reglamentó el contrato de aprendizaje y se adicionó el decreto 933 del 2003 expresa: *“art. 1º.- Empleadores obligados a vincular aprendices. Se encuentran obligados a vincular aprendices todos los empleadores de carácter privado que desarrollen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción y que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15)...”*

Art. 3 “Cuota de aprendices. Para efectos de la determinación de la cuota de aprendices, entiéndase por trabajador toda persona natural que presta un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo continuada dependencia o subordinación y mediante remuneración, independientemente de la modalidad o clase de contrato de trabajo, de su duración, jornada laboral o forma de pago del salario.

La determinación de la cuota de aprendices se efectuara con base en el número de trabajadores que desempeñen oficios u ocupaciones que de acuerdo con el listado que publica el servicio Nacional de Aprendizaje, SENA requieran capacitación.”

Así mismo vale la pena destacar que el SENA, para fijar la cuota de aprendices a la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA, tuvo en cuenta el informe de datos suministrado por la Caja de Compensación Familiar (COMFENALCO), de fecha 31 de mayo de 2004, en el cual se determina que el número de trabajadores de dicha empresa es de 574.

Que para efectos de la cuota de aprendices, la normatividad al respecto no hace distinción de la clase de trabajadores, ni la modalidad o clase de contrato, ni sobre la duración del mismo, jornada laboral o forma de pago, para dar cumplimiento a la obligación legal de contratar y vincular la cuota mínima de aprendices, la única excepción que contempla el legislador es la relacionada con las empresas del sector de la construcción, toda vez que estas aportan al fondo nacional de la industria y la construcción FIC.

Que por otro lado son muy amplias las modalidades para dar cumplimiento al contrato de aprendizaje según la ley 789 de 2002 en cuanto puede versar sobre ocupaciones calificadas que no requieren título o calificado que requieran título de formación técnica no formal, técnico profesional o tecnológico de instituciones reconocidas por el estado y, trabajadores aprendices del SENA, igualmente podrá versar para estudiantes del nivel universitario quienes podrán realizar sus prácticas bajo la modalidad de relación de aprendizaje siempre y cuando estos no superen el 25% del total de la cuota de regulación.

Que la ley 789 de 2002 contempla como alternativa de la cuota de aprendizaje la monetización de la cuota de aprendizaje consistente en cancelar al SENA una cuota mensual resultante de multiplicar el 5% del número total de trabajadores, excluyendo los trabajadores independientes o transitorios, por un salario mínimo legal mensual vigente. En caso que la monetización sea parcial esta será proporcional al número de aprendices que dejen de hacer la práctica para que así la empresa cumpla la cuota mínima obligatoria.

Dice que debe resaltarse que la contratación de aprendices obedece a principios de solidaridad y redistribución del ingreso que obligan a que los empleadores en general aporten a la formación de los jóvenes colombianos, a través de la celebración de contratos de aprendizaje o el apoyo a sus iniciativas empresariales a través de la monetización de la cuota.

Finalmente la parte demandada, propone las siguientes excepciones:

- a) AUSENCIA DEL DERECHO PARA PEDIR
- b) FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA

V. TRÁMITE PROCESAL

- Mediante auto de fecha 08° de septiembre de 2005, se admitió la presente demanda y se ordenó notificar a las partes.

- Cumplidas las notificaciones ordenadas y vencida la etapa de fijación en lista, por auto de fecha 13 de julio de 2007, se abrió el presente proceso a pruebas, ordenando tener como tales las aportadas oportunamente por las partes.
- Culminado el debate probatorio, mediante proveído de fecha 21 de enero de 2013, se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.
- El 12 de febrero de 2013 se recibieron los alegatos de conclusión presentados por la apoderada de la parte demandada, en los cuales básicamente se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda con los cuales aspira a que sean negadas las pretensiones de la demanda.
- El señor agente del Ministerio Público, desistió de emitir concepto.
- Finalmente el proceso fue pasado para su pronunciamiento con nota secretarial del pasado 2 de abril de 2013, a lo cual esta sala procede previas las siguientes.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para conocer del presente asunto en única instancia, por disposición expresa del numeral 1º del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos deberán conocer en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía y en los cuales se controviertan actos Administrativos del orden Departamental, Distrital o Municipal. Si bien en la corrección de la demanda, en la estimación de la cuantía el demandante la estima en \$100.000 millones de pesos, los cuales corresponden a su juicio al valor de las nóminas que se deberían cancelar en caso de que fuese necesario dar contrato a todos los aprendices asignados, no se tiene certeza de que estos dineros hubiesen sido efectivamente cancelados por parte del accionante, pues esto solo indica que posiblemente el accionante podría pagar

esta suma en caso de dar estos contratos, por lo que el valor estimado de cuantía no se tomara como factor determinante de la competencia, de lo anterior se entenderá que esta Sala es competente para proferir sentencia en el presente proceso en única instancia.

2. Excepciones propuestas

Antes de empezar a estudiar el fondo del asunto, nos detendremos analizar las excepciones propuestas por la entidad demandada, que fueron las siguientes:

- Ausencia del derecho para pedir.
- Falta de legitimidad en la causa

Con relación a la excepción de “AUSENCIA DEL DERECHO PARA PEDIR”, si bien la parte demandada no desarrolla el sentido de dicha excepción, esta Sala en aras de garantizar el debido proceso y del derecho de defensa resuelve dicha excepción de la siguiente forma:

En el presente asunto se demanda las resoluciones No. 00451 del 29 de junio de 2004, Resolución No. 531 del 6 de agosto de 2004, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto y la Resolución No. 2337 del 2 de noviembre de 2004, que resolvió negativamente el recurso de apelación, por la cuales se les impone una cuota de aprendices a la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA, en consecuencia se tiene que el afectado directo de las resoluciones acusadas es la empresa comercial A TIEMPO SERVICIOS LTDA, quien es la demandante por lo cual esta empresa si está facultada para solicitar la nulidad de las resoluciones que lo están afectando, como consecuencia de ello la excepción de ausencia del derecho para pedir es resuelta en forma desfavorable para la entidad demandada .

Ahora con relación en la excepción de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA”, la entidad demandada sustenta dicha excepción con el argumento de que todas las resoluciones fueron expedidas y ajustadas a la normatividad legal vigente.

Analizando dicha expresión se tiene que la sustentación dada por la entidad demandada no guarda concordancia directa ni lógica con la excepción propuesta, pues la legitimidad en la causa para demandar o ser demandado dentro de un proceso se determina dependiendo la posibilidad o la facultad que tiene una persona natural o jurídica para acudir a un proceso, y dentro del presente asunto la empresa aquí demandante es la que estaba directamente afectada con los actos administrativos acusados, así las cosas se tienen que tanto el demandado como el demandante pueden ser sujetos activos y pasivos dentro de un proceso, por lo tanto no existe falta de legitimación en la causa ni por activa ni por pasiva por cada una de las partes, así las cosas esta excepción es resuelta en forma desfavorable al demandado, por lo que se procederá a estudiar el fondo del asunto.

3. Actos Administrativos acusados.

- Resolución No. 451 del 29 de junio de 2004, mediante la cual el **SENA** determina que la cuota de aprendizaje en aprendices es de 29 para la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA.
- Resolución No. 531 del 6 de agosto de 2004, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto.
- Resolución No. 2337 del 2 de noviembre de 2004, que resolvió negativamente el recurso de apelación

4. El problema jurídico a resolver.

El problema jurídico se contrae a determinar si la cuota de aprendices impuesta por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA a la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA, es ajustada a derecho o si por el contrario este ente aquí demandado, se excedió al imponer esta carga de aprendices a la empresa demandante.

Dependiendo de la respuesta al interrogante anterior, deberá determinarse si procede o no la nulidad de los actos administrativos acusados.

5. Análisis normativo y jurisprudencial.

El artículo 30 de la Ley 789 de 2002, por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo establece:

“ARTÍCULO 30. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN DE APRENDIZAJE. *El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.*

Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;

b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;

c) La formación se recibe a título estrictamente personal;

d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

(...)

“El contrato de aprendizaje podrá versar sobre ocupaciones semicalificadas que no requieran título o calificadas que requieran título de formación técnica no formal, técnicos profesionales o tecnológicos, de instituciones de educación reconocidas por el Estado y trabajadores aprendices del SENA.

El Contrato de aprendizaje podrá versar sobre estudiantes universitarios para los casos en que el aprendiz cumpla con actividades de 24 horas semanales en la empresa y al mismo tiempo cumpla con el desarrollo del pènsu de su carrera profesional, o que curse el semestre de pràctica. En todo caso la actividad del aprendiz deberà guardar relación con su formación acadèmica.

PARÀGRAFO. *Para los departamentos de Amazonas, Guainía, Vichada, Vaupès, Chocó y Guaviare, el Gobierno incluirà una partida adicional en el Presupuesto General de la Nación que transferirà con destino al reconocimiento del pago de los contratos de aprendizaje.*

PARÀGRAFO TRANSITORIO. *Los contratos de aprendizaje que se estèn ejecutando a la promulgación de esta ley, continuaràn rigiéndose por las normas vigentes a la celebración del contrato.”*

Respecto de quiènes estàn obligados a contratar aprendices, la norma citada dispone:

“ARTÍCULO 32. EMPRESAS OBLIGADAS A LA VINCULACIÓN DE APRENDICES. *Las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicadas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), se encuentran obligadas a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación acadèmica o profesional metódica y completa en la actividad económica que desempeñan.*

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las de Economía mixta del orden Nacional, departamental, distrital y municipal, estarán obligadas a la vinculación de aprendices en los términos de esta ley. Las demás entidades públicas no estarán sometidas a la cuota de aprendizaje, salvo en los casos que determine el Gobierno Nacional.

Mediante Decreto 2585 del 12 de septiembre de 2003, por el cual se reglamenta el contrato de aprendizaje y se adiciona el Decreto 933 de 2003, señala:

“ARTÍCULO 1o. EMPLEADORES OBLIGADOS A VINCULAR APRENDICES. Se encuentran obligados a vincular aprendices todos los empleadores de carácter privado que desarrollen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción y que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15).

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, departamental, distrital y municipal, estarán obligadas a la vinculación de aprendices en los términos de la Ley 789 de 2002. Las demás entidades públicas no estarán sometidas a la cuota de aprendizaje, salvo en los casos que determine el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO. Las empresas que se encuentren en proceso concordatario o se hayan acogido a la Ley 550 de 1999 y mientras subsista esta situación, continúan exentas de contratar aprendices.”

Y el artículo segundo del Decreto anterior, prevé:

“Artículo 2°. Duración del contrato de aprendizaje. El contrato de aprendizaje tendrá una duración máxima de dos (2) años y deberá comprender tanto la etapa lectiva o académica como la práctica o productiva, salvo los siguientes casos, en los cuales se circunscribirá al otorgamiento de formación práctica empresarial:

a) Práctica de estudiantes universitarios: En este caso la duración máxima de la relación de aprendizaje será del mismo tiempo que señale el respectivo programa curricular para las prácticas, sin que la duración llegue a superar el término máximo de dos (2) años.

b) Prácticas de estudiantes técnicos y tecnólogos: La duración máxima de la relación de aprendizaje será de un (1) año, siempre y cuando las prácticas estén contempladas en el pénsum académico debidamente aprobado por la autoridad competente.

PARÁGRAFO. *Los alumnos de educación secundaria podrán ser sujetos del contrato de aprendizaje, siempre y cuando el pensúm académico contemple la formación profesional integral metódica y completa en oficios u ocupaciones que requieran certificación ocupacional o actitud profesional. En la etapa práctica la dedicación del aprendiz debe guardar relación con la formación académica.”*

Por otro lado, el artículo 13 de la Ley 119 de 1994, por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones, respecto del asunto que nos ocupa, prescribe:

“ARTÍCULO 13. FUNCIONES DEL DIRECTOR GENERAL. *Son funciones del Director General del Sena:*

...

13. Imponer a los empleadores que no mantengan el número de aprendices que les corresponda, o no hubieren suscrito los contratos respectivos al iniciarse cada período de enseñanza, multas mensuales hasta por un salario mínimo mensual legal, por cada aprendiz. En firme los actos administrativos correspondientes, prestarán mérito ejecutivo.”

De la lectura de las normas anteriores, se colige que el contrato de aprendizaje está compuesto por dos etapas independientes, sucesivas y obligatorias, cuales son i) etapa lectiva, académica o teórica y ii) etapa práctica o productiva.

Que la entidad empleadora, por lo general es de carácter privado y es obligación de las empresas de derecho privado, contratar aprendices.

También se concluye que si los empleadores obligados a la contratación de aprendices, no efectúan tales contrataciones serán sancionados por el **Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA**, al pago de una multa equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por cada aprendiz dejado de contratar.

Por su parte el Decreto 933 de 2003 reglamentario de la Ley 789 de 2002 dispone:

Artículo 10. Otras entidades públicas obligadas a la vinculación de aprendices. *En las regiones a las que hace referencia el parágrafo del artículo 30 de la Ley 789 de 2002, las **entidades públicas de cualquier orden**, los **establecimientos públicos de cualquier orden** o las **Empresas Sociales del Estado**, cumplirán con la cuota de aprendices, siempre y cuando cuenten con la disponibilidad presupuestal para tal efecto.*

Las entidades públicas de cualquier orden diferentes de las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta podrán vincular voluntariamente aprendices en el marco de lo dispuesto por la Ley 789 de 2002.

El Decreto 2585 de 2003 en relación con los empleadores obligados a contratar aprendices prevé:

Artículo 1º. Empleadores obligados a vincular aprendices. *Se encuentran obligados a vincular aprendices todos los empleadores de carácter privado **que desarrollen cualquier tipo de actividad económica** diferente de la construcción y que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15).*

Las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, departamental, distrital y municipal, estarán obligadas a la vinculación de aprendices en los términos de la ley 789 de 2002. Las demás entidades públicas no estarán sometidas a la cuota de aprendizaje, salvo en los casos Que determine el gobierno nacional.

De anterior puede concluir sin hacer mayores elucubraciones que la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA, si está obligada a contratar aprendices de acuerdo a la cantidad de trabajadores que le asisten, pues la normatividad anteriormente señalada solo excluye de tal obligación a las empresas que se dediquen a la construcción, con un número inferior de 15 trabajadores.

De lo probado:

- Copia auténtica de la Resolución No. 00451 de 29 de junio de 2004, la Dirección Regional Bolívar resolvió fijar la cuota de 29 aprendices, por cuanto se basó en el número 574 trabajadores vinculados, razón por la cual se le determinó la cuota de aprendizaje de 29 aprendices. (folio 9-10).
- Copia auténtica de la Resolución No. 0531 de 6 de agosto de 2004, por medio del cual la Dirección Regional resuelve un recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 00451 del 29 de junio de 2004. (folio 12-14).
- Copia auténtica de la Resolución No. 02337 de 2 de noviembre de 2004, por medio del cual Dirección General del SENA resuelve recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la resolución No. 00451 del 29 de junio de 2004. (folio 16-19).

Queda claro entonces que las empresas privadas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), se encuentran obligadas a vincular a aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica, y completa en la actividad económica que desempeñen.

En el presente caso, tal y como consta en la resolución No. 00451, expedida por el Director Regional de Bolívar del SENA, la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA reportó un número de 574 trabajadores vinculados, razón por la cual se le determinó como cuota de aprendizaje en 29 aprendices.

Así mismo es pertinente mencionar que dentro de las funciones del Director General del SENA, están las de imponer a los empleador que no mantengan el número de aprendices que les corresponda, o no hubieren suscrito los contratos respectivos al iniciarse cada periodo de enseñanza, multas mensuales hasta por un salario mínimo legal, por cada aprendiz.

Conforme al panorama descrito, para la Sala, los actos administrativos acusados no desconocen ni exceden el sentido de la norma que reglamentan, en razón de que la Ley 789 de 2002, fue expedida para apoyar y ampliar el empleo en el país, de manera que, si esta es la finalidad de la norma no resulta procedente, en caso de duda, restringir su sentido para limitar o impedir que se cumpla con ese propósito.

Con fundamento en esos fines el artículo 32 de la Ley 789 de 2002, señaló quiénes son los obligados a vincular aprendices en el desarrollo normal de sus actividades.

En efecto, empresa, en su acepción pertinente, significa: “2. f. *Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.*”¹; la norma acusada, efectivamente, utiliza las expresiones “empleador”, que representa al “que emplea”², por ello de su lectura no se deduce que extienda su campo de aplicación a todos los empleadores sino que debe entenderse que la reglamentación es para las empresas que cumplan las condiciones que la ley señala para vincular aprendices a su organización

Es por ello, que reitera esta Sala, que los actos acusados en este proceso, fueron emitidos con base en la normatividad vigente, al momento de su expedición, esto es, ley 789 de 2002, Decreto 249 de 28 de enero de 2004, ley 119 de 1994, el anterior señalamiento se hace en razón de que la parte demandante manifiesta en su concepto de violación, que con el Decreto 3769 del 12 de noviembre de 2004, se adicionó al Decreto 933 de 2003, en el cual se establece la forma de fijación de la cuota de aprendices en las empresas de servicios temporales, indicando que para la determinación de la cuota de aprendices que trata el artículo 33 de la ley 789 de 2003, en las empresas de servicios temporales, solo se tendrá en cuenta el número de trabajadores de planta, aquellos que se dedican al suministro temporal de personal, normatividad que para esta Sala, no fue violada por parte de la entidad demandada, en razón de que al momento de la expedición de la resolución No. 0451 del 29 de

¹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición

² Ibídem nota al pie anterior

junio de 2004, que determinó la obligación de contratar 29 aprendices, al igual que la resolución No. 531 del 6 de agosto de 2004, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No.0451 de 2004, así como la resolución No. 2337 del 2 de noviembre de 2004, que resuelve negativamente el recurso de apelación, aun no había sido expedida dicha norma a que alude el demandante, razón por la cual, esta Sala reitera que los actos administrativos acusados, gozan de plena legalidad, toda vez que al momento de sus expediciones aún no se encontraba vigente dicha norma, es decir, reitera esta Sala, que los actos administrativos aquí acusados, fueron expedidos conforme a la normatividad vigente para el momento de su expedición.

Sigue de esta manera la Sala el precedente de esta misma Corporación, adoptado en un caso conocido de contornos similares al que ahora se resuelve promovido por **Castellanos García y Cía. S.C.A** contra el **Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.**, y donde mediante sentencia de fecha mayo 9 de 2013, también se concluyó la obligación de las empresas que desarrollen cualquier tipo de actividad económica, y teniendo en cuenta el número de trabajadores, la carga de contratar un número de aprendices de acuerdo a la normatividad aplicable.³

Conforme a lo antes expuesto, esta Sala considera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar, en razón de que la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA, si está obligada a contratar aprendices de acuerdo a la cantidad de trabajadores que le asisten, en este caso quedó demostrado según resolución No. 00451 del 29 de junio de 2004, la empresa aquí demandante reportó 574 trabajadores vinculados, razón por la cual esta Sala si está de acuerdo con la cuota de aprendices a cargo de la empresa A TIEMPO SERVICIOS LTDA, por consiguiente en esta sentencia se negarán las pretensiones de la demanda toda vez que el actor no logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados.

³ Tribunal Administrativo de Bolívar Sala de decisión No 02 Sentencia de 9 de mayo de 2013 MP Marcela López Álvarez Radicado No 13001-23-31-002-2005-01568-01

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

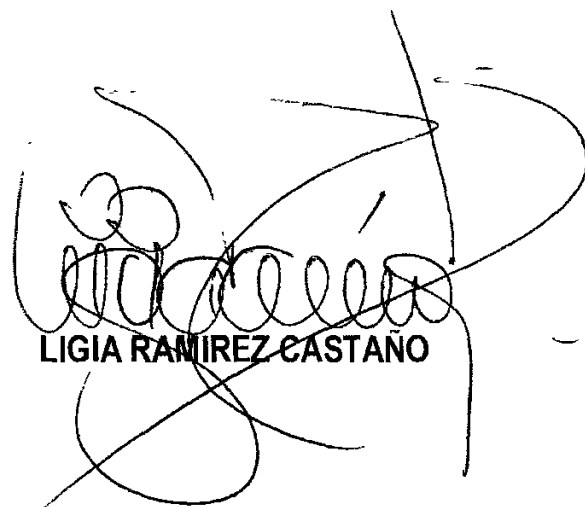
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

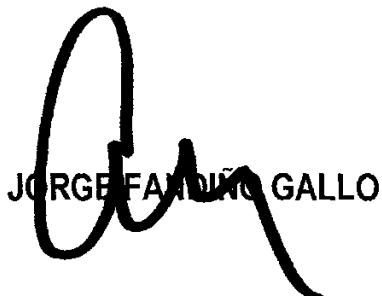
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha precitada

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

ABC



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1275
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: GRANPORTUARIA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2005-01096-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIEZ (10) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE 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., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Granportuaria S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-005-2005-01096-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2012, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Granportuaria S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Requerimiento Especial Aduanero 000223 de 31 de mayo de 2004, por medio del cual, la DIAN propone una sanción contra la parte demandante; Resolución 001913 de 29 de septiembre de 2004,

mediante la cual, impone la sanción propuesta y, Resolución 000019 de 07 de enero de 2005, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por el Grupo Infracciones de la División de Fiscalización, la División de Liquidación y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene al ente demandado devolverle los dineros que llegaren a ser cancelados en desarrollo del cobro coactivo que intentare en su contra, suma que deberá ser indexada y sobre la cual deberán pagarse los respectivos intereses que se causen hasta el momento en que se verifique el pago íntegro de la misma. Además, pide que se ordene la cesación de los efectos de los actos censurados e igualmente se declare extinta la situación jurídica por ellos constituida.

Por último, pide que se dé aplicación al artículo 90 de la Constitución Nacional, iniciándose la correspondiente acción de repetición contra los funcionarios responsables y, además, que se dé cumplimiento a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

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

Señala la parte actora, que celebró contrato de transporte multimodal con la Empresa Remy de Colombia S.A., para transportar una carga consistente en un contenedor de veinte (20) pies (1x20) que decía contener quinientas sesenta y cinco (565) piezas con partes para computadores usados.

Afirma, que recibió en el Puerto de Cartagena de Indias el Contenedor CMCU 210414-4 con Precinto 34076, homologado por la autoridad aduanera de la misma ciudad y, además, que del contrato de transporte multimodal quedó

como prueba el Conocimiento de Embarque GONC0107 de 10 de septiembre de 2002, para efectuar el transporte de la mercancía entre las ciudades de Cartagena de Indias y Bogotá.

Precisa, que las condiciones para el transporte del contenedor desde el puerto extranjero fueron en términos "...a) *FCL/FCL o Full Container Load* lo que significa en traducción libre del idioma inglés al castellano, *container embalado lleno*; b) *"SHIPPER'S LOAD STOWAGE AND COUNT"*, lo que significa en traducción libre del idioma inglés al castellano, *el embarcador carga, estiba y cuenta, o lo que es lo mismo, contenedor embalado, estibado y contado su contenido por el embarcador*; y c) *1X20m "CONTAINER SAID TO CONTAIN"*, o lo que es lo mismo al traducir libremente, *contenedor que dice contener...*", entregando dicho contenedor en la aduana de destino debidamente sellado, según consta en Acta de Inventario 2071 emitida por el depósito habilitado el día 18 de julio de 2002.

Acepta que la operación de transporte multimodal culminó un día después de la fecha límite, lo cual tiene sustento en que la empresa subcontratada para ejecutar el transporte terrestre solicitó oportunamente el cambio de vehículo, ya que por razones de fuerza mayor (desperfecto mecánico), fue imposible que la operación finalizara dentro del término inicialmente aprobado.

Agrega, que garantizó el cumplimiento de sus obligaciones con la constitución de las Pólizas de Seguros 025002017743 y 26 CU 009006, otorgadas por la Compañía Seguros Cóndor S.A.

Acto seguido, por medio de la Resolución 001913 de 29 de septiembre de 2004, la DIAN declara el incumplimiento de la obligación aduanera por parte de la sociedad demandante y le impone una sanción; decisión contra la cual, la parte actora interpuso recurso de reconsideración, el cual, fue resuelto de forma desfavorable a sus intereses, mediante Resolución 000019 de 07 de enero de 2005.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que el Requerimiento Especial Aduanero 000223 de 31 de mayo de 2004 fue emitido con ausencia de competencia en razón del tiempo. Que el Estatuto Aduanero establece un término de treinta (30) días para que la administración emita dicho acto, plazo que marca el límite de su competencia para expedirlo, pero si se deja vencer dicho término pierde la competencia para ello y, en el caso de marras, el requerimiento especial aduanero fue emitido después de haber transcurrido seiscientos cuarenta y dos (642) días al vencimiento del plazo legal para ello.

Arguye, que en el presente asunto la entidad accionada vulneró el principio "*non bis in idem*", al haber sido sancionada dos veces por el mismo hecho, por la misma causa y por la misma carga, tal como se puede corroborar con el hecho haber pagado el día 27 de octubre de 2003, la suma de seis millones novecientos setenta y dos mil cuatrocientos veintitrés pesos M/CTE (\$6.972.423), en atención a la Resolución 000110 emitida por la administración aduanera, por la cual, se le impuso una sanción por incumplimiento al régimen de transporte multimodal al no encontrar justificada una diferencia en bultos en la Continuación de Viaje 01017 de 10 de julio de 2002. Según su dicho, los actos demandados son violatorios del artículo 29 de la Constitución Nacional, porque la DIAN ya le había sancionado por las mismas circunstancias mediante la resolución previamente mencionada.

Explica, que obró según los postulados de la buena fe y su conducta desde ningún punto de vista engendró un daño al fisco, situación que a su juicio constituye un eximente de responsabilidad, ya que el hecho de no tener la facultad legal y contractual para manipular directa ni indirectamente el embalaje, el conteo de la mercancía que se agrupó en el contenedor y el precintado del mismo, además de presumirse que la manifestación del

embarcador sobre la cantidad de la mercancía que introdujo al contenedor es cierta, lleva necesariamente a esa conclusión a favor suyo.

Que el literal b) del artículo 2º del Decreto 2685 de 1999, establece el principio de justicia como orientador de la función aduanera, el cual, señala de manera irrestricta que al usuario aduanero no se le puede exigir más de aquello que la misma ley pretende, enunciado que resulta fundamental en el *sub lite*, puesto que considera que se le ha exigido el pago de los tributos aduaneros por el faltante de una mercancía de un total que no declaró, sino que lo declaró el embarcador, máxime cuando el contenedor llegó en las mismas condiciones en que le fue entregado.

Considera, que se deben tener en cuenta los conceptos de equidad, justicia y, en particular, el de proporcionalidad, los cuales obligan a que el funcionario tenga de presente la magnitud real del daño que el usuario aduanero ha ocasionado al Estado, de manera que la sanción sea de la misma dimensión de la falla, para que no se excedan las cargas y no se desborde la potestad sancionatoria de la administración pública.

Por otro lado, dice que el artículo 1º del Decreto 1198 de 2000 que modificó el Título I del Decreto 2685 de 1999, trae el concepto de bulto como “...*toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte...*”, concepto que fue reiterado en diferentes ocasiones por la Subdirección de Comercio Exterior de la DIAN, la cual confirma que el contenedor tiene un tratamiento de bulto o consolidado cuando no es obligación del transportador ni de los depósitos habilitados la desconsolidación o el desocupado del mismo, entendiéndose por contraposición que en los únicos eventos en los que si cabe esta obligación es cuando la condición no es **FCL (FULL CONTAINER LOAD)** sino **LCL (LESS THAN CONTAINER LOAD)**, lo que en traducción libre del idioma inglés al castellano significa que el contenedor ha sido efectivamente llenado por el transportador.

Concluye diciendo, que el ente demandado estaba en la obligación de cumplir y acatar el contenido de la Circular 0188 de 1999, expedida por dicha entidad, según la cual, si bien el depósito en destino debe verificar las condiciones de bulto movilizado por el transportador, en cuanto a la cantidad de contenedores, bultos o consolidados, así como la integralidad del sello y peso de este, no puede llegar a desconocerse que sigue siendo un bulto el transportado.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por esta corporación, mediante auto de 28 de junio de 2005 (fl.169), en el que también se ordenó la vinculación de la Compañía Seguros el Cóndor S.A., siendo notificada al Ministro de Hacienda y Crédito Público a través del Administrador Seccional de la DIAN en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.174), al representante legal de la compañía aseguradora (fl.350) y al Agente del Ministerio Público.

Luego, en virtud de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el proceso fue remitido a los mismos, correspondiéndole por reparto al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.175), el cual, aprehendió su conocimiento con auto del 20 de noviembre de 2006 (fl.176).

En la oportunidad legal, la compañía aseguradora presentó memorial mediante el cual coadyuva las pretensiones y fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustenta la demanda (fls.353 – 358), adicionando que se condene a la entidad demandada al pago de costas agencias en derecho, así como también, al reconocimiento y pago de los perjuicios que le sean ocasionados y se le ordene restituirle los dineros pagados o que llegare a pagar en virtud de lo dispuesto en los actos demandados.

La entidad accionada contestó la demanda (fls.379 – 396), oportunidad en la que expresó respecto al cargo de falta de competencia temporal para proferir el requerimiento especial aduanero, que este argumento configura una discusión diferente a la planteada en vía gubernativa, no obstante ello, dice que en el presente caso no se ha configurado la caducidad del término para expedir el requerimiento especial aduanero, toda vez, que al ser un acto de trámite sobre el mismo no procede la declaratoria de caducidad, como tampoco la configuración del silencio administrativo positivo, siendo pertinente que la administración lo expida aún después de los treinta (30) días establecidos en el ordenamiento jurídico aduanero.

En lo que concierne a la vulneración del principio “*non bis in idem*”, aduce que tampoco fue alegado en vía gubernativa, lo que impide que esta jurisdicción emita pronunciamiento sobre el mismo, pero a manera de ejercicio académico, explica que los dos procesos a que hace referencia la sociedad accionante son distintos, toda vez, que en uno se hace efectiva la garantía al haber llegado una menor cantidad de mercancías, lo cual, afecta los tributos aduaneros que debían percibirse por la declaración de la misma; mientras que la otra investigación trata sobre la sanción aplicable porque la declaración de tránsito aduanero estuvo mal diligenciada.

Alega, que si bien es cierto, la parte actora contrató “*said to contain*” dice contener y, por lo tanto, no tiene conocimiento de la mercancía ingresada en el contenedor, no lo es menos, que éste fue entregado y pesado y, además, el peso que reportó en el exterior coincide con el registrado en la aduana de partida (Sociedad Portuaria Regional Cartagena, báscula 5, número interno AI21038088, o sea, 15.970 kg), pero a la aduana de destino arribó con una diferencia de 5.900 kg, por lo tanto, la merma en el peso ocurrió durante el trascurso comprendido en el transporte terrestre, lapso durante el cual la mercancía estaba en custodia del transportador.

Finalmente, propone las excepciones de “*INEPTA DEMANDA – EN LA DEMANDA SE ESTÁN ALEGANDO HECHOS NUEVOS NO DISCUTIDOS EN VÍA GUBERNATIVA*” e “*INEPTA DEMANDA POR FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO*”, basadas la primera en que en la demanda se plantean hechos sobre los que la DIAN no tuvo oportunidad de pronunciarse en vía gubernativa como son la buena fe, gradualidad/proporcionalidad, principio *non bis in idem* y ausencia de competencia para proferir el requerimiento especial aduanero.

A su vez, la segunda se sustenta en que los actos acusados tienen interés tanto para la sociedad accionante como para la Compañía Seguros Cóndor S.A., ya que esta última fue quien 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 primera en la ejecución del régimen de transporte multimodal; no obstante lo anterior, la empresa aseguradora no ha sido vinculada al proceso, por lo que considera que se encuentra configurada la excepción propuesta.

Mediante auto de fecha 04 de junio de 2009 (fls.425 – 426), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, acto seguido, con proveído de 14 de junio de 2012 (fl.603), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en su defensa (fls.607 – 612); la parte demandante hizo lo propio mediante memorial visible a folios 628 a 632 del expediente; el Ministerio Público guardó silencio.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.634 - 667)

En la sentencia de primera instancia el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, despacha desfavorablemente las excepciones propuestas y, acto seguido, señala que resulta claro que lo dispuesto en el aparte final del numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, le es aplicable al caso *sub examine*, como quiera que del material probatorio allegado al plenario se observa con claridad la inconsistencia en la cantidad de mercancía recibida por parte de la aduana de destino, existiendo un faltante de cuatrocientas quince (415) cajas respecto de las descritas en la declaración de continuación de viaje.

Pone de manifiesto, que si bien en este caso, no puede determinarse la causa por la que la empresa transportadora entregó la mercancía con faltantes al arribar a la ciudad de Bogotá, si resulta claro que en la continuación de tránsito el transportador recibió autorización en la ciudad de Cartagena de Indias para trasladar un total de mil setenta y dos (1.072) cajas, como consta en el manifiesto de carga expedido en la aduana de partida, por lo que a la luz de lo prescrito en el artículo 3° del Decreto 2685 de 1999, no existe duda que la parte actora incurrió en la infracción que se le endilga.

Añade, que no se puede exonerar de responsabilidad a la empresa de transporte respecto de la determinación de la cantidad de mercancía que transporta, pues dentro del giro de la actividad que realiza, debe constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso y la cantidad de mercancía, ya que la misma se encuentra sin nacionalizar; de tal suerte, que el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no la exime de responsabilidad aduanera, por cuanto es su deber entregar en la aduana de destino la misma cantidad de mercancía que recibió en el puerto de tránsito.

Por otro lado, plantea que en lo referente a la responsabilidad de la parte actora, teniendo en cuenta la modalidad del contrato de transporte celebrado, debe señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, así como también lo señalado en la Circular 0188 de

2000, existen unos requisitos o condicionamientos para poder considerar al contenedor como bulto, uno de los cuales es que venga dirigido a un solo consignatario, hecho que no se constituyó en el asunto de marras, puesto que el contenedor que transportaba la mercancía objeto de discusión, venía a nombre de Remy de Colombia S.A., Martha Melgarejo, Depósito Districargo Zona Franca Bogotá y Granportuaria S.A.

En cuanto al cargo de falta de competencia "*ratione temporis*" de la DIAN para expedir el requerimiento especial aduanero, esboza que tanto el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, como el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999 establecen que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caducan a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas. Que está demostrado en el informativo que el día 18 de julio de 2002 se levantó el Acta de Inventario e Inconsistencias de la Continuación de Viaje 01017 y el Requerimiento Especial Aduanero 000223 fue expedido el día 31 de mayo de 2004, evidenciándose que entre esas dos actuaciones transcurrió un (1) año, diez (10) meses y veintitrés (23) días, es decir, que el ente aduanero no había perdido competencia por la sencilla razón de no haberse cumplido los tres (3) años que las disposiciones en comento le confieren para adelantar los procesos administrativos sancionatorios.

Por último, en lo atinente a la violación del principio *non bis in idem*, pone de relieve que la DIAN en el procedimiento iniciado bajo el radicado CU020450216 impuso una sanción derivada del incumplimiento de las obligaciones de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, específicamente la contenida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, esto es, por haber entregado la mercancía en menor cantidad que la autorizada en la declaración de tránsito. Mientras que el procedimiento radicado PT0202-0866, tuvo como objeto efectuar la posible declaratoria de un incumplimiento aduanero, no existiendo entonces identidad ni en la cosa ni tampoco en la causa que da origen a la actuación administrativa.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.670 – 674)

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

En primer lugar, expresa que el *a quo* ignoró completamente los términos en que fue ejecutada la operación de transporte, pues al remitirse al contenido literal del documento de transporte "*Bill of Lading*", se tiene, que los términos de la misma fueron señalados así: "*container said to contain*", "*shipper load, stow and count*" y "*loaded: stowed and counted by the shipper*", es decir, el transportador recibe la mercancía estibada, contada y sellada por el embarcador en un container que "*dice contener*", panorama en el que el transportador se atiene a la información suministrada por el embarcador, ya que la mercancía ha sido cargada por éste último, sin que sea procedente considerar que le está permitido al transportador verificar el peso y cantidad de la mercancía que está en el contenedor, toda vez, que para ello tendría que violentar los sellos y precintos, lo que le representaría otra sanción aduanera.

Alega, que por lo anterior, no puede atribuírsele responsabilidad por la llegada de menor cantidad de mercancía de la declarada inicialmente, pues no era otro el deber de conducta exigido bajo los términos del transporte a que se hizo referencia. Que no puede considerarse que pese a que se probó el perfecto estado en que llegaron los sellos o precintos, la simple disparidad de información sea suficiente para sancionarla.

Finaliza diciendo, que está demostrado que el embarcador suministró una información errónea en relación con la mercancía que recibió el transportador, pues no existe anotación alguna acerca de la apertura del contenedor o la manipulación de los precintos, lo que claramente impide establecer un nexo causal entre el hecho que se sanciona, esto es, el faltante de mercancía y la

operación ejecutada por el transportador, pues la causa de la llegada al país de menos mercancía se originó en la actuación del embarcador, ya que el primero no interviene en el llenado, conteo y sellado del contenedor, a lo cual se suma, el hecho de comprobación del perfecto estado de los medios de seguridad.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 23 de octubre de 2012 (fl.676).

Por medio de proveído de 22 de abril de 2013 (fl.683), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 11 de junio del mismo año (fl.685), 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.686 – 689); la parte demandada a su vez, mantiene las razones que sustentaron su defensa (fls.690 – 698). El Ministerio Público guardó silencio.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO¹.

¿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

¹ En este fallo se sigue en su integralidad lo expuesto en las siguientes sentencias: 16 de mayo de 2013, Exp. 005-2011-00159-01, 30 de mayo de 2013, Exp. 004-2005-01046-01, 30 de mayo de 2013, Exp. 013-2005-01264-02, entre otros, con ponencia del Magistrado Jorge Eliecer Fandiño Gallo.

transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?

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

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

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

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *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, así:

“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 ”

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, vigente

para la época de ocurrencia de los hechos debatidos, que en lo atinente al caso bajo estudio, establece:

“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 o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero (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.

De igual manera, se tiene, que este régimen especial culmina, entre otras situaciones, por la entrega de la mercancía con menos peso 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 régimen aduanero bajo análisis.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.468: Continuación de Viaje 02531 con número de aceptación 01017 de 10 de julio de 2002, en la que consta que la mercancía sometida a dicha modalidad consta de mil setenta y dos (1.072) cajas, con un peso bruto de 15.970 kg.

-fl.469: Documento de Transporte "*Bill of Lading*" GONC0107, en el que se registra que la mercancía objeto de controversia consta de mil setenta y dos (1.072) cajas y la modalidad de transporte fue pactada FCL/FCL.

-fl.471: Acta de Inventario e Inconsistencias 2071 de 18 de julio de 2002, diligenciada por la Zona Franca Bogotá, en la que se deja constancia de inconsistencias en el número de bultos y en el peso de la mercancía, ya que en la continuación de viaje se declararon mil setenta y dos (1.072), pero a la zona franca ingresaron sólo seiscientos cincuenta y siete (657), además, inicialmente se consignó un peso de 15.970 kg y en el depósito de destino registró un peso de 10.000 kg.

-fl.473: Aviso de Llegada de Continuación de Viaje expedido por la DIAN, en el que se registró que la mercancía llegó con un peso de 10.000 kg y seiscientos cincuenta y siete (657) bultos.

-fl.474: Aviso de Llegada de Tránsito Aduanero proferido por la Zona Franca Bogotá, en la que registra que la mercancía llegó con diferencia de

cuatrocientos quince (415) bultos y 5.970 kg respecto de los declarados inicialmente.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia registrada en la Continuación de Viaje 02531 con número de aceptación 01017 de 10 de julio de 2002, constaba de mil setenta y dos (1.072) bultos, con un peso bruto de 15.970 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Documento de Transporte "*Bill of Lading*" GONC0107, lo que permite inferir a esta Sala que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por mil setenta y dos (1.072) bultos.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Granportuaria 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, 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 embolsó 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 precisiones²:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002³, 22 de abril de 2004⁴ y 2 de marzo de 2006⁵ y, al decidir ucciones 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 Cargu expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 102⁷ del C. de Co. establece que “Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe”, no lo es menos que el artículo 3 del Decreto 1909 de 1992 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía e, igualmente, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

De manera que no se puede exonerar de responsabilidad a las empresas de transporte respecto de la determinación del peso de la mercancía que transportan, pues, dentro del giro de la actividad que realizan, deben constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso de la mercancía, ya que se trata de mercancía sin nacionalizar: el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no exonera de responsabilidad aduanera porque no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la

² 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

³ Expediente 7165 M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barreiro

⁴ Expediente 7791 M.P. Dr. Camilo Arambuzo Andrade

⁵ Expediente 8471 M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Marín

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:⁶

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 onitido 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

⁶ Expediente 7377, sentencia de abril 1 de 2002, Magistrada Ponente, doctora Olga Inez Navarrete Barreiro

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.

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 sí constaba de mil setenta y dos (1.072) bultos y de no de seiscientos cincuenta y siete (657) tal como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

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 Tercero 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 21 de agosto de 2012 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Granportuaria S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ELIECER LANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-005-2005-01096-02.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiocho (28) de octubre de dos mil trece (2013)

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-33-31-005-2005-01096-02
Demandante : Granportuaria S.A.
Demandado : DIAN

A continuación me permito exponer las razones por las que aclaro la decisión adoptada por la Sala mayoritaria de Descongestión, plasmada en sentencia del diez (10) de octubre de 2013 en el asunto de la referencia, así:

Consideró la Sala entre otros argumentos, que dentro del presente asunto no había duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Granportuaria S.A., puesto que la mercancía objeto de esta modalidad fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2º del literal a) del artículo 369 del Dto. 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Pues bien en esencia la suscrita comparte lo decidido en la sentencia, sin embargo cabe precisar que la sociedad actora en su introductorio señaló entre otros argumentos que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora, toda vez que la mercancía de referencia ingresó al territorio nacional mediante contenedor que tiene un tratamiento de bulto o consolidado, dado que la modalidad del transporte se dio en términos FCL (Full Container Load) por lo que, dicho transporte se dio bajo su propia cuenta, riesgo y cantidad, sin la participación del agente o del transportador, tal como proviene el artículo 871, 1010, 1011, 1615, 1616 del Cco.; Circular 0188 de 26 de julio de 1999.

De otro lado, argumentó que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió, es decir, que la entregó en el Depósito Aduanero autorizado, el contenedor en buen estado, con el precinto de seguridad intacto y dentro del plazo autorizado en la Continuación de Viaje N° 02531 con número de aceptación No. 01017 de 10 de julio de 2002, por consiguiente, esta mercancía es considerada bulto.

Conforme a lo anterior, se tiene que el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, dispone que **BULTO** "Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías

Aclaración de voto

Dte: Corporación Colombiana de Logística S. A.

Ddo: DIAN

Rad: 13-001-33-31-007-2009-00377-01

Página 2 de 2

acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”.

Para la suscrita es claro de acuerdo con el Decreto 2685 de 1999 y la Circular 188 de 2000, el contenedor puede ser considerado como bulto siempre y cuando éste se encuentre amparado en un solo documento de transporte; dirigido a un solo consignatario y se trate de carga consolidada y el contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

De las pruebas obrantes en el expediente se aprecia sin mayor duda que la mercancía en cita no cumple con los presupuestos para ser considerado como bulto el contenedor; como quiera que al revisar el documento de embarque No. GONC0107 (fl. 465); se observa que éste se suscribió a nombre de dos consignatarios y no de uno como lo establece la norma, por lo que, en este caso acogiendo la decisión proferida por el juez *a quo*, resulta inaplicable el contenido de la norma que se cita como violada, como quiera que el documento de transporte no fue dirigido a un solo consignatario.

En ese orden aclaro mi decisión en el sentido que indistintamente que la mercancía haya llegado con menos cantidad a la aduana de destino, igualmente el documento de transporte no cumplió con los lineamientos expuestos en el Dto. 2685 de 1999 y la Circular 0188 de 2000, para ser considerada la mercancía como bulto y en consecuencia aplicarle el beneficio que esta contiene frente al transportador de la mercancía, cuando la misma llega a su destino con inconsistencias; por consiguiente, pese a que los sellos prensados estaban intactos, el documento transporte no se diligenció de forma que permita considerar el contenedor como bulto, por lo que en este caso la infracción administrativa impuesta a la actora está ajustada al ordenamiento, al entregarse menos cantidad de mercancía que la consignada en los documento que amparaban la operación; sin lugar a dudas incurre en una transgresión de la norma aduanera.

En esas condiciones aclaro mi voto.


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Magistrada No. 003 de Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1276
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: OLIVO GELVEZ LOPEZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2011-00017-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE 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, DOCE (12) DE NOVIEMBRE 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, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE 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., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Olivo Gelvez López y otros.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional
Expediente: 13-001-33-31-013-2011-00017-01
Tema: Falla del servicio por muerte de conscripto con arma de dotación oficial.

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por las partes contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 2012 por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Los señores Olivo Gelvez López, María Esperanza Cardona Orozco, Gloria Inés Gelvez Cardona, Patricia Gelvez Cardona, Fanny Carrascal Cardona y Olivo Gelvez Arciniegas, por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES.

Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a título de riesgo excepcional o de daño especial, por los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de la muerte de Luis Francisco Gelvez Cardona ocurrida el 21 de junio de 2010 en el Municipio de San Pablo (Bolívar) mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Condenar a la entidad demandada a pagar a cada uno de los libelistas los siguientes montos indemnizatorios:

- A título de perjuicios morales:

A favor de Olivo Gelvez López y María Esperanza Cardona Orozco, en su condición de padres del occiso, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Gloria Inés Gelvez Cardona, Patricia Gelvez Cardona y Fanny Carrascal Cardona, en calidad de hermanos de la víctima directa, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Olivo Gelvez Arciniegas, abuelo de Luis Francisco Gelvez Cardona, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- A título de lucro cesante consolidado y futuro, a favor de Olivo Gelvez López y María Esperanza Cardona Orozco, la suma que resulte de la aplicación de la fórmula indemnizatoria basada en la tabla colombiana de mortalidad, el periodo de vida probable de la víctima directa y de sus progenitores, y en el monto del salario de setecientos mil pesos (\$700.000) que devengaba Luis

Francisco Gelvez Cardona antes de ingresar al ejército o, en subsidio, el salario mínimo legal mensual vigente, más un treinta por ciento (30%) por concepto de prestaciones sociales.

3. HECHOS.

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls. 2-6):

Luís Francisco Gelvez Cardona era hijo de Olivo Gelvez López y María Esperanza Cardona Orozco; hermano de Gloria Inés Gelvez Cardona, Patricia Gelvez Cardona y Fanny Carrascal Cardona; y nieto de Olivo Gelvez Arciniegas, con quienes siempre mantuvo relaciones de afecto, cariño y ayuda mutua.

La víctima directa convivía con sus padres, hermanas y abuelo paterno.

Antes de enrolarse en el Ejército, Luís Francisco Gelvez Cardona desempeñó diversas actividades económicas y devengaba mensualmente, en promedio, un (1) salario mínimo legal mensual vigente, suma que destinaba a solventar sus necesidades y a ayudar con el sostenimiento del hogar paterno.

El joven Gelvez Cardona ingresó a prestar el servicio militar obligatorio como soldado regular en el Batallón A.D.A. 2 Nueva Granada con sede en el Municipio de Barrancabermeja en el año 2009.

El 21 de junio de 2010, el segundo pelotón de la batería Devia, de la cual hacía parte la víctima directa, se encontraba de servicio en la Base Militar de Santo Domingo, ubicada en jurisdicción del Municipio de San Pablo (Bolívar).

Ese día, cuando Luís Francisco Gelvez Cardona se dirigía a recibir el turno de centinela, su compañero de servicio Richar Tuhirán quien terminaba turno como centinela, se resbaló y cayó al piso, y accidentalmente se le disparó su arma de dotación oficial (fusil galil) e hirió al conscripto Gelvez en el abdomen, causándole una lesión de suma gravedad que le ocasionó la muerte pocos minutos después, pese a haber sido auxiliado por el enfermero de combate.

4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a través de apoderada, contestó la demanda (fls. 36-38), oponiéndose a las pretensiones de la misma y señalando, respecto de su sustento fáctico, que la muerte del soldado regular Gelvez Cardona fue causada accidentalmente por otro soldado y que en tal medida no se configuró una falla del servicio, un riesgo excepcional o un daño especial, sino un hecho imprevisto, inesperado irresistible e inevitable, que como tal constituye un caso fortuito.

5. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 8 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 185-202), se concedieron las pretensiones de la demanda al estimarse que la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional es administrativa y extracontractualmente responsable, bajo el título subjetivo de falla del servicio, del daño antijurídico ocasionado a los demandantes con motivo de la muerte del soldado regular Luís Francisco Gelvez Cardona, ocurrida el 21 de junio de 2010.

Señaló la *a quo* que las pruebas recaudadas evidencian que el deceso de la víctima directa se produjo con un arma de dotación oficial por el también

soldado Richar Tuhirán Méndez, quien en momentos en que se encontraba cumpliendo turno de centineja se tropezó, cayó al piso y accidentalmente disparó su fusil hiriendo mortalmente a la víctima, ello, debido a que el arma se encontraba desasegurada.

Adujo la falladora de primer grado que la causa del hecho dañoso no fue la caída sufrida por el soldado Tuhirán, sino el hecho de tener desasegurado su fusil, con inobservancia de las reglas de seguridad para el manejo de armas, pues fue por ello que salió disparado el proyectil que acabó con la vida de Luis Gelvez.

En tal medida aseveró que el origen del resultado lesivo no fue accidental, pues resultaba claramente previsible para Richar Tuhirán, en vista de su preparación militar, que el no tener asegurado el fusil podía generar consecuencias funestas en caso de caídas o tropiezos accidentales, argumento con base en el cual descartó la operancia de la causal eximente de caso fortuito y concluyó que se configuró una falla del servicio por incumplimiento de las reglas aplicables en materia de manejo y manipulación de armas de fuego.

En consecuencia, condenó a la entidad demandada al pago de las siguientes indemnizaciones:

Por concepto de perjuicios morales, noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los padres del conscripto fallecido, cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes para su abuelo, y treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de sus hermanos.

A título de lucro cesante consolidado y futuro, cinco millones cincuenta y nueve mil ochocientos sesenta y tres pesos con veinticuatro centavos (\$5'059.863,24) a favor de cada uno de los padres de Luis Francisco Gelvez,

suma equivalente al doce punto cinco por ciento (12.5%) de los ingresos mensuales, que se presume habría percibido la víctima directa (calculados en un (1) salario mínimo legal mensual vigente en el año 2012, incrementado en un veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones sociales) desde la fecha de los hechos (junio de 2010) y hasta el día en que Luis Gelvez habría cumplido veinticinco (25) años.

6. RECURSOS DE APELACIÓN

6.1. Impugnación de la parte demandante

La parte demandante impugnó el fallo de primer grado (fls. 204-210) respecto de la tasación de la indemnización por los perjuicios morales causados a los demandantes, bajo el argumento que el juzgado de origen se apartó inmotivadamente de los precedentes jurisprudenciales que han decantado que en caso de muerte de la víctima directa, sus padres tienen derecho al reconocimiento de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de esa categoría de perjuicio inmaterial, al tiempo que los hermanos y abuelos del occiso tendrían derecho a percibir cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo, cuestionó la decisión de liquidar en pesos la condena impuesta a título de perjuicios morales, señalando que tal conversión afecta el poder adquisitivo de la indemnización, por lo que solicitó la actualización de dicha condena.

De igual forma solicitó que se actualizara la indemnización por lucro cesante, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha del fallo de segundo grado.

6.2. Impugnación de la parte demandada.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (fls. 211-214), para lo cual, además de insistir en los argumentos planteados en la contestación de la demanda, adujo que en el *sub lite* se configuró la causal eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, en tanto que existía culpa personal del agente estatal que le provocó la muerte a Luís Francisco Gelvez, argumento defensivo nuevo que no fue debatido durante el curso de la primera instancia y respecto del cual, por ende, le está vedado a la Sala emitir pronunciamiento alguno en esta sede.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sólo la parte demandada presentó alegatos, insistiendo en los razonamientos expuestos en el recurso de apelación formulado contra el fallo de primera instancia (fls. 239-241).

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del *sub iudice*.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable –y en caso afirmativo, bajo qué título-, de los daños que se le imputan con ocasión de la muerte del soldado regular Luís Francisco Gelvez Cardona, ocurrida durante la prestación de su servicio militar obligatorio, con un arma de fuego de dotación oficial?

2. RESPONSABILIDAD POR LESIONES O MUERTE DE CONSCRIPTOS DURANTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.

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 a los conscriptos durante la prestación del servicio militar obligatorio y con ocasión del mismo. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio.

Cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de los daños antijurídicos causados a los conscriptos -divididos en soldados o infantes de marina regulares, soldados bachilleres o auxiliares de policía bachilleres- durante la prestación del servicio militar para el que son reclutados en forma obligatoria y con ocasión del mismo, en principio se aplica el título de imputación objetivo de daño especial, salvo en aquellos casos en que de las pruebas allegadas al proceso se advierta que el conscripto fue sometido a un riesgo excepcional o que se configuró una falla del servicio.

Será aplicable como regla general el régimen de daño especial, determinado, por dos situaciones que deben concurrir: en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los asociados están llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los demás miembros de la sociedad. Por consiguiente, cuando sufren desmedro físico o fallecen por razón del servicio, el Estado asume la obligación de

reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, pues el conscripto solo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes del ejercicio de la actividad militar, de modo que al amparo de éste título de imputación no se requiere realizar valoración subjetiva de la conducta del demandado, sino que basta al actor acreditar el daño antijurídico y que el mismo se produjo durante el servicio militar obligatorio y con motivo del mismo.

A su turno, se dará aplicación al régimen de riesgo excepcional siempre que el daño provenga del ejercicio de actividades peligrosas o de la utilización de elementos de la misma naturaleza, como las armas de fuego, en razón a que el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. Bajo la égida de éste sistema objetivo de responsabilidad, al demandante le corresponde la carga de probar el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado, el daño antijurídico y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto, sin que sea relevante verificar la licitud o ilicitud de la conducta del agente pues, se insiste, en estos casos es suficiente demostrar que el daño fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado.

En ambos casos, ya sea bajo el régimen de daño especial o de riesgo excepcional, la Administración deberá acreditar, para exonerarse de responsabilidad, la presencia de una causa extraña o ajena, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Advierte la Sala que cuando el daño se produjo por un mal funcionamiento de la Administración, como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional determinado en la Constitución Política y

en la ley, a cargo del Estado, el litigio deberá ser decidido con arreglo al título de imputación de falla del servicio probada, en el marco del cual el demandante estará obligado a demostrar (i) el daño, (ii) la falla del servicio y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos. En esta hipótesis, la entidad pública demandada podrá eximirse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligatorio que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada o si acredita la configuración de una causa extraña¹.

En reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado se ha dejado sentado que en materia de regímenes de responsabilidad estatal por lesiones o muertes sufridas en el servicio y con ocasión del mismo, debe hacerse una distinción entre los soldados o infantes de marina profesionales y los reclutas que prestan su servicio militar obligatorio, en el sentido que aquellos, al escoger voluntariamente la milicia como profesión, asumen con ello los riesgos normales inherentes a la misma; mientras que los conscriptos, quienes sirven a la fuerza pública en cumplimiento de una imposición constitucional y legal, no tienen la carga de soportar esos peligros que trae consigo la vida castrense.

En ese sentido se pronunció el Máximo Tribunal de lo Contencioso en sentencia de 8 de noviembre de 2007, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“En efecto, de tiempo atrás ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial, determinado, por dos situaciones que deben concurrir: en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados, por mandato constitucional en los términos y salvo las excepciones consagradas por la Ley, a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los asociados están llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de noviembre 8 de 2007, expediente número 15.971, C.P. Ramiro Saavedra Decerra.

demás miembros de la sociedad. por consiguiente, cuando sufren desmedro físico o fallecen por razón del servicio, el Estado asume la obligación de reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, pues el conscripto sólo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes del ejercicio de la actividad militar. La anterior situación no se genera, en principio, con el segundo grupo, es decir, con el personal de las fuerzas armadas que se vincula de manera voluntaria en virtud de una relación legal y reglamentaria, como sucede, por vía de ejemplo, con el personal de Soldados Voluntarios, Soldados Profesionales, Suboficiales y Oficiales, porque al elegir su oficio consienten su incorporación y asumen los riesgos inherentes al mismo, a su turno, la Entidad estatal brinda la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones. por consiguiente, si se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se genera la llamada por la doctrina francesa indemnización a forfait de manera que, en principio, para que la responsabilidad estatal surja en este tipo de eventos, además del riesgo inherente a la profesión debe ocurrir un hecho anormal generador de un daño que no se esté obligado a soportar, evento en el cual surge el derecho a reclamar una indemnización plena y complementaria a la que surge de la esfera prestacional, bajo el régimen general de la responsabilidad de la administración, con las connotaciones propias en relación con los elementos estructurales y las causas extrañas enervantes del fenómeno jurídico (...)

No obstante, en el caso de los conscriptos, cuando el daño tiene origen en irregularidades en la actividad de la administración, el análisis debe efectuarse a la luz del régimen general de responsabilidad civil extracontractual del Estado -falla en la prestación del servicio- y, en caso de no hallarse estructurada ésta deberá acudir a los demás regímenes para efectuar el correspondiente estudio.²

3. LO PROBADO

Con sustento en los elementos de juicio practicados y recaudados dentro del *sub judice*, se acreditaron los siguientes supuestos fácticos relevantes con miras a la resolución de la alzada:

a) Luis Francisco Gelvez Cardona era hijo de María Esperanza Cardona Orozco y Olivo Gelvez López (fl. 15); hermano de Gloria Inés Gelvez Cardona

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, expediente número 15.7793, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

(fl. 16), Patricia Gelvez Cardona (fl. 17) y Fanny Carrascal Cardona (fl. 20); y nieto de Olivo Gelvez Arciniegas (fl. 19).

b) Luis Francisco Gelvez Cardona, para la época de los hechos, se encontraba prestando el servicio militar obligatorio como soldado regular en el Batallón A.D.A. 2 Nueva Granada del Ejército Nacional (fls. 77, 142-143).

c) En informe administrativo 04 de 21 de junio de 2010 suscrito por el Comandante del Batallón A.D.A. 2 Nueva Granada del Ejército Nacional, se indicó que en esa fecha Luis Francisco Gelvez Cardona y Richar Tuhirán Méndez se encontraban por razones del servicio en la Base Militar de Santo Domingo, y que al momento en que el segundo de ellos iba a entregar el turno de centinela al primero, cayó al piso y se le disparó su arma de dotación, hiriendo en el pecho a Luis Francisco Gelvez Cardona (fls. 77).

d) A raíz de esa herida con arma de fuego, el conscripto Gelvez Cardona falleció el 21 de junio de 2010 y su muerte fue catalogada como "*en misión del servicio*" (fls. 77, 78, 142-143).

e) La Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional reconoció, mediante Resolución 122915 de 15 de septiembre de 2011, una indemnización por la muerte de Luis Francisco Gelvez Cardona a favor de su menor hijo, Santiago Gelvez Padilla (fls. 142-143).

f) Antes de enrolarse en el Ejército Nacional, la víctima directa vivía con sus padres, hermanas y abuelo paterno y laboraba en diversas actividades que le producían ingresos que destinaba a solventar sus gastos personales, a mantener a su menor hijo y a ayudar con el sostenimiento del hogar paterno, tal y como lo relataron en forma coherente los testigos Etilsa Beltrán Palencia (fls. 154-155), Asteria Iturriago Lerma (fls. 156-157), Eduís Beltrán Palencia (fls. 158-159) y Fabián Garrido (fls. 162-163).

4. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por los extremos en contienda contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se concedieron las súplicas de la demanda.

Siguiendo el orden lógico argumentativo, se analizará primeramente la impugnación formulada por la parte demandada, pues sólo en el evento de desestimar la alzada de dicho extremo -quien solicita que se revoque íntegramente el fallo-, habría lugar analizar si procede el incremento de la indemnización reconocida por la *a quo* a favor de los libelistas por concepto de perjuicios morales y la actualización de las condenas, temas a los cuales se contrae la impugnación de la parte demandante.

4.1. La apelación de la entidad accionada se edifica sobre los mismos argumentos planteados en la contestación de la demanda, relativos a que la muerte del perjudicado directo fue causada accidentalmente por otro soldado y que en tal medida no se configuró una falla del servicio, un riesgo excepcional o un daño especial, sino un hecho imprevisto, inesperado irresistible e inevitable, que como tal constituye un caso fortuito.

En orden a resolver la alzada del extremo pasivo se destaca liminarmente que dentro del sub examine se acreditó, con el registro civil de defunción respectivo (fl. 14) y el informe administrativo por muerte rendido por el Comandante del Batallón A.D.A. 2 Nueva Granada del Ejército Nacional redactado con motivo de los hechos materia de la litis (fl. 77), que Luis Francisco Gelvez Cardona murió el 21 de junio de 2010 a causa de un disparo de arma de fuego de dotación oficial, insuceso que sin lugar a dudas constituye un daño antijurídico.

Igualmente fue acreditado con sustento en los elementos de juicio aludidos y en los documentos que reposan a folios 63, 143 y 144 del expediente, que para la época de los hechos la víctima directa y el soldado cuya arma de dotación se disparó presuntamente en forma accidental hiriendo a Luis Gelvez, se encontraban prestando el servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional en condición de soldados regulares, y que al momento del penoso evento se encontraban ambos en servicio, en la Base Militar de Santo Domingo ubicada en jurisdicción del Municipio de San Pablo (Bolívar).

En lo concerniente al régimen de responsabilidad aplicable en el caso de marras, es menester reiterar que en tratándose de la responsabilidad extracontractual estatal derivada de los daños antijurídicos causados a los conscriptos durante la prestación del servicio militar y con ocasión del mismo, en principio se aplica el título de imputación objetivo de daño especial, salvo en aquellos casos en que de las pruebas allegadas al proceso se advierta que el conscripto fue sometido a un riesgo excepcional o que se configuró una falla del servicio.

Hecha esta precisión, la Sala recuerda que cuando el daño por el cual se reclama proviene de la utilización de armas de dotación oficial se ha acudido al régimen de imputación de responsabilidad del riesgo excepcional, toda vez que tratándose de una actividad peligrosa, el daño que de ella se derive le es imputable a quien la ejerce, en este caso al Estado, pues asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

No obstante, también se ha considerado que si se comprueba la existencia de una falla del servicio en tales eventos, debe ser éste el régimen de responsabilidad bajo el cual se decida, pues ello permite poner en evidencia el mal funcionamiento de la Administración, a fin de que se estudien y adopten

las medidas correctivas necesarias³. Así lo expresó el Consejo de Estado en sentencia de 15 de septiembre de 2011 que a continuación se extracta:

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

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún en aquellos casos en los cuales concurren los presupuestos para proferir condena en contra del Estado con base en el título objetivo de imputación del riesgo excepcional, la Sala ha considerado que cuando se configuren, igualmente, los elementos necesarios para deducir responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente acreditada en el plenario, el carácter admonitorio y de reproche del actuar de la administración que la invocación de este título de imputación conlleva, hace que la condena se profiera con fundamento en éste y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad⁴.

A la luz de los anteriores lineamientos y con sustento en las facultades emanadas del principio *iura novit curia*, esta Corporación dará aplicación en el *sub iudice* al título de imputación de riesgo excepcional y no al de falla de servicio bajo cuya égida se dirimió el asunto en primera instancia, ello, por cuanto el análisis del sustento fáctico del libelo y de los elementos de juicio recabados en la litis conducen a concluir que en el caso de marras se acreditó que la muerte de Luis Francisco Gelvez Cardona se produjo con arma de dotación oficial accionada accidentalmente por otro soldado durante el servicio y con ocasión del mismo, pero no se demostró *plena y fehacientemente* que haya obedecido a una conducta negligente del soldado regular Richar Tuhirán Méndez, uniformado involucrado en los hechos, o a la infracción de las normas a las que éste debía ceñir su conducta.

³ Véanse en ese sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 15791, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 14808, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 15427, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de septiembre de 2011, radicado interno 20.196, C.P. Hernán Andrade Rincón.

En efecto, al presente proceso no se arrimaron las pruebas testimoniales y técnicas que permitan reconstruir fidedignamente las circunstancias precisas en que se produjo el disparo que causó la muerte del conscripto Gelvez, ni el estado de funcionamiento del arma, especialmente del seguro de la misma, al punto que ni siquiera se allegaron las copias del proceso penal militar adelantado con motivo de tal hecho⁵, por lo que no puede tenerse por acreditado que el hecho dañoso haya obedecido a una indebida actuación del soldado que hirió a Luis Francisco Gelvez.

Desde esta perspectiva, se impone concluir que en el *sub judice* no se verificó la configuración de una falla del servicio por inobservancia de los protocolos de seguridad militar, motivo por el cual, se insiste, debe aplicarse el régimen objetivo de riesgo excepcional por la utilización de armas de fuego de dotación oficial.

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

Resta señalar que en materia de responsabilidad estatal objetiva por el ejercicio

⁵ A folio 62 reposa el oficio 300 MDN-CGFM-CE- DIV2 de 6 de septiembre de 2011, mediante el cual el Comandante del Batallón A.D.A. Nueva Granada del Ejército Nacional informó con destino al proceso de marras que con motivo de la muerte de Luis Francisco Gelvez se adelantaba una investigación penal militar radicada bajo el número 749 ante el Juzgado Treinta y Ocho de Instrucción Penal Militar, con sede en esa unidad militar; empero, no se arrimó copia de tal expediente.

de actividades peligrosas, dentro de las cuales se encuentran, a no dudarlo, las relacionadas con el uso de armas de fuego, el caso fortuito no constituye causal eximente de responsabilidad, razón por la cual debe desestimarse el argumento defensivo planteado por el ente accionado, relativo a que la muerte del militar Gelvez Cardona fue producto de un caso fortuito y que por tal motivo no estaba llamado a responder por el daño antijurídico causado.

En ese sentido se pronunció el Supremo Tribunal Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de enero de 2011, que seguidamente se extracta:

La entidad demandada alegó como eximentes de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima y el caso fortuito; respecto de éste último debe precisarse que debido a que el hecho dañoso demandado se produjo como consecuencia del ejercicio de una actividad riesgosa (conducción de redes eléctricas), quien realiza este tipo de actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, puesto que los mismos son inherentes al ejercicio de dicha actividad, sin que se requiera prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable, toda vez que –bueno es reiterarlo–, bajo este régimen de responsabilidad objetiva (riesgo excepcional), la Administración solamente puede exonerarse si demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor, por el hecho exclusivo y determinante de la víctima o por el hecho de un tercero, por manera que la causal eximente de responsabilidad consistente en el caso fortuito alegado por la entidad demandada, se torna abiertamente improcedente.⁶⁶

Así las cosas, como en el caso concreto se demostró: (i) el daño antijurídico invocado, consistente en el deceso de Luis Francisco Gelvez Cardona y, (ii) el nexo causal entre ese resultado dañoso y una acción de la entidad demandada, pues se acreditó que su muerte fue causada con un arma de dotación oficial por un soldado del Ejército Nacional durante el servicio y con ocasión del mismo; y ante la ausencia de prueba de la presencia de una causal eximente extraña o ajena, se impone desestimar la impugnación formulada por el extremo accionado y confirmar, pero por las razones expuestas en éste proveído y al amparo del título de imputación de riesgo excepcional, la decisión de declarar

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2011, expediente número 76001-23-31-000-1994-02680-01(18940), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional de los perjuicios ocasionados a los demandantes con el fallecimiento de Luis Francisco Gelvez Cardona.

4.2. Definido lo anterior, corresponde a la Sala analizar el recurso de apelación interpuesto por el extremo accionante contra la sentencia de primera instancia, que se contrae al cuestionamiento de la tasación de la indemnización por los perjuicios morales causados a los demandantes y a la solicitud de actualización de esa condena y de la impuesta a título de lucro cesante.

4.2.1. Perjuicios Morales

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en los eventos en los que una persona fallece por causa imputable al Estado, ello desencadena a cargo de éste la indemnización de perjuicios morales que corresponden al dolor, la angustia, la aflicción, la zozobra, el temor y el estrés que se presume que tal insuceso genera a los padres, hijos, cónyuge o compañero permanente, hermanos, abuelos y nietos, en razón a que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar debido a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad. Así lo señaló dicha Corporación en proveído de 5 de julio de 2012, como pasa a verse:

“con la simple acreditación de la relación de parentesco, así como con los registros civiles de nacimiento, se presume que tanto los padres como los hermanos sufrieron un perjuicio de orden moral, derivado de la pérdida de su hijo y hermano. En efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario ha sufrido el perjuicio solicitado.”⁷

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 23.643. C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz

En relación con la estimación del perjuicio moral, se ha determinado jurisprudencialmente en la mayoría de los casos y en el evento que se presente en su mayor intensidad, la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁸, salvo cuando: (i) **obre prueba idónea que demuestre que el daño antijurídico fue desencadenado por una conducta punible y, (ii) el hecho ilícito haya sido objeto de una investigación y sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada**, caso en el cual será procedente condenar por una suma superior⁹.

En el asunto de narras si bien se estructuró la responsabilidad extracontractual estatal con motivo de la muerte de Luís Francisco Gélvez Cardona, no se acreditó que el hecho ilícito haya sido objeto de una sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada; de ésta manera, la tasación del perjuicio moral causado a los libelistas con el deceso de su hijo, hermano y nieto, debe regirse por la regla de cuantificación general, es decir, hasta por el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, máxime si se tiene en cuenta que la mayor de las pretensiones resarcitorias formuladas a título de daño moral, no supera tal cifra.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el dolor moral por la muerte de un hijo, hermano y nieto corresponde al de mayor intensidad y que en el *sub examine* no existen circunstancias de concausa o de otra naturaleza que conduzcan a una reducción de condenas o a la inaplicación de las reglas indemnizatorias trazadas por el Consejo de Estado para los casos en que el perjuicio moral se presenta en su mayor rigor, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive del fallo apelado, para en su lugar ordenar a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional pagar a favor de los

⁸ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, expediente 29.273. C. P. Enrique Gil Botero; sentencia del 13 de febrero de 2003, expediente 12.654, C.P. Aljer Eduardo Enriquez, y sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16.058, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 25 de septiembre de 2013, radicado 050001-23-31-000-2001-00799-01(36460), C.P. Enrique Gil Botero.

señores María Esperanza Cardona Orozco y Olivo Gelvez López, en su condición de padres de la víctima directa (fl. 15), el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a Gloria Inés Gelvez Cardona, Patricia Gelvez Cardona y Fanny Carrascal Cardona, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, en su condición de hermanos del occiso (fls. 16, 17 y 20), y a Olivo Gelvez Arciniegas, abuelo del militar fallecido (fl. 19), cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se precisa, en relación con la solicitada actualización de esta indemnización, que el valor del salario mínimo legal mensual aplicable para su cálculo será el vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

4.2.1 Lucro Cesante

En el escrito de impugnación, el apoderado de los actores solicitó la actualización de la indemnización por perjuicios morales, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha del fallo de segundo grado.

Al respecto, es necesario resaltar que de tiempo atrás el Consejo de Estado ha estimado que si bien los conscriptos no perciben remuneración por encontrarse prestando el servicio militar, se presume que **una vez cumplido el mismo** se reintegrarían a la vida productiva, donde devengarían al menos el salario mínimo legal mensual y, además, que de acuerdo a las reglas de la experiencia se presume que el hijo soltero contribuye con el sostenimiento de su hogar materno hasta los veinticinco (25) años de edad. Así lo dejó expresado esa Corporación en sentencia de 1° de marzo de 2008, que seguidamente se extracta:

“En los términos solicitados en la demanda, y como quiera que se trata de la muerte de un soldado conscripto, la Sala decretará a título de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, las sumas que

Marín Gil ha debido percibir durante el período comprendido entre la fecha en que terminaría la prestación del servicio militar obligatorio y el momento en que cumpliría 25 años de edad, como quiera que se entiende, conforme a las reglas de la experiencia, que un hijo ayudo a sus padres hasta que cumple la mencionada edad, oportunidad en la cual se presume inicia una vida independiente”¹⁰(Se resalta).

En tal medida, habida consideración que los elementos de juicio recabados evidencian que el militar fallecido, pese a que ya tenía un hijo, vivía en el hogar paterno y colaboraba con el sostenimiento de sus padres, asistió razón a la juez de primera instancia al reconocer a favor de cada uno de ellos el derecho a percibir una indemnización por concepto de lucro cesante el doce punto cinco por ciento (12.5%) de los ingresos mensuales, que se presume habría percibido la víctima directa.

Empero, revisado el cálculo de dicho resarcimiento efectuado por la *a quo*, se advierte que practicó en forma equivocada la liquidación, como quiera que se reconoció a favor de los padres del occiso el lucro cesante desde el día en que falleció Luis Francisco Gélvez Cardona (21 de junio de 2010; fl. 14), cuando tal y como quedó expresado, debió tener en cuenta la fecha en que habría terminado el servicio militar obligatorio.

Y, como quiera que en el expediente no reposa prueba de la fecha en que la víctima directa se enroló en el ejército, ni de la fecha señalada para la terminación de su servicio militar obligatorio como soldado regular (el cual según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 48 de 1993 puede durar de dieciocho (18) a veinticuatro (24) meses), dato indispensable para tasar el lucro cesante, la Sala modificará el numeral tercero (3º) de la parte resolutive del fallo apelado en lo atinente a la condena en concreto por concepto de lucro cesante, para en su lugar condenar en abstracto a la demandada al pago de dicho perjuicio, el cual, en aplicación de lo previsto en el artículo 172 del

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 15 de 2008, expediente 18.586. C P. Enrique Gil Botero.

Código Contencioso Administrativo, será liquidado mediante incidente que deberá promoverse ante el despacho de origen dentro del término de sesenta (60) días contados desde la notificación del auto de obediencia al superior, trámite al interior del cual deberá demostrarse para qué fecha estaba prevista la terminación del servicio militar obligatorio de Luis Francisco Gelvez Cardona.

Para la liquidación incidental en concreto se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

Se tomará como ingreso mensual el salario básico mensual vigente a la fecha del presente fallo de segunda instancia, incrementado en un veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones sociales.

Sobre la cifra resultante de la anterior operación aritmética, se le calculará a favor de cada uno de los padres del occiso, el doce punto cinco por ciento (12.5%), que corresponderá a la base de la liquidación del resarcimiento en cuestión para cada uno de los progenitores.

El tiempo que debe reconocerse es el transcurrido entre la fecha de cuando el conscripto fallecido habría terminado el servicio militar obligatorio, y la fecha en que cumpliría veinticinco (25) años de edad (23 de mayo de 2015; fl. 15).

Para determinar el lucro cesante consolidado se utilizará la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente al momento de la presente sentencia de segunda instancia, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales.

i = Interés puro o técnico: 0.004867.

n = Los meses transcurridos desde la fecha de terminación del servicio militar y hasta la fecha de la sentencia de segundo grado.

Y para determinar el monto de la indemnización futura se debe utilizar la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Donde:

S = Es la indemnización futura.

Ra = Es la renta o ingreso mensual.

i = Interés puro o técnico: 0.004867.

n = Número de meses transcurridos desde la sentencia de segunda instancia hasta el día en que el occiso habría cumplido veinticinco (25) años.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponerle condena en costas en esta sede, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 8 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas, con excepción del numeral segundo de su parte resolutive, el cual se modificará en el siguiente sentido:

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior:

2.1. Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a indemnizar los perjuicios causados por concepto de daño moral a los siguientes demandantes, así:

a.) A María Esperanza Cardona Orozco y Olivo Gelvez López, en su condición de padres de la víctima directa, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo a cada uno.

b.) A Gloria Inés Gelvez Cardona, Patricia Gelvez Cardona y Fanny Carrascal Cardona, en calidad de hermanas del militar fallecido, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo para cada una.

c.) A Olivo Gelvez Arciniegas, abuelo del occiso, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.

2.2. Condenar en abstracto a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar a los señores María Esperanza Cardona

Orozco y Olivo Gelvez López, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma que resulte liquidada a favor de cada uno de ellos como consecuencia del respectivo incidente, con fundamento en las pautas indicadas en la parte considerativa de este proveído.

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 ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-013-2011-00017-01)