

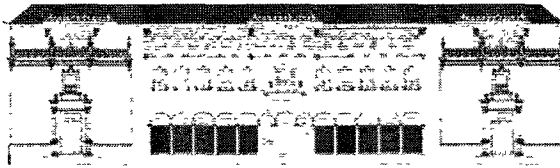
TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NOTA SECRETARIAL

Los números de los edictos aquí descritos por una falla técnica o error de transcripción involuntario fueron repetidos equivocadamente con los mismos números de los edictos anteriores de fecha veintidós de octubre del año en curso(22-10-2013) , a pesar de lo cual conservan su plena validez legal.

ATTE.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1250
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---------------------------------|--|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : GUSTAVO MORALES PINILLA |
| DEMANDADO | : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-33-31-007-2011-00289-01 |
| FECHA DE LA PROVIDENCIA: | TREINTA (30) 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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 128 a 139
(1.1)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003.

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 260-2013

Cartagena de Indias, D. T. y C. Treinta (30) de Septiembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Reajuste asignación de retiro por aplicación del I.P.C. conforme art. 14 ley
100/93

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-007-2011-00289-01

II. PARTES

Demandante: GUSTAVO MORALES PINILLA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor GUSTAVO MORALES PINILLA contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

1. El señor GUSTAVO MORALES PINILLA disfruta del beneficio de una Asignación de Retiro con cargo a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares como Suboficial Primero ® ARC grado con el que se retiró de la Fuerza Pública, tal como consta en el acto acusado y certificado de los valores cancelados.

2. Elevé petición, en agotamiento de la vía gubernativa, solicitando que a mi mandante se le cancelara las diferencias resultantes entre el valor que recibe con ocasión del incremento ordenado en los Decretos dictados por el Gobierno Nacional y la aplicación del índice de precios al consumidor, en su Asignación de Retiro vigentes para los años en que el I.P.C. fue mayor.

3. En respuesta emitida por CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- Departamento de Prestaciones Sociales, escrito que solicito su nulidad, negó la petición, argumentando para ello los siguientes apartes:

El régimen prestacional del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se rige actualmente por las disposiciones contenidas en el Decreto 1211 de 1990, derogada por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, norma de carácter especial, que prevalece sobre las disposiciones de carácter general (art. 5 ley 57 de 1887).

Las normas antes citadas contemplan el principio de oscilación en el artículo 169 en los siguientes términos:

"Las Asignaciones de Retiro y las Pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidaran tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 158 de este Decreto en ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

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

Por consiguiente, en el reajuste de la asignación de retiro se aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone dichas normas.

Por lo anterior, es claro que a usted se le ha hecho los reajustes que por ley le corresponden como militar en goce de asignación de retiro, razón por la cual no hay lugar a reajustar su asignación con base en el I.P.C..."

B- PRETENSIONES

En síntesis son las siguientes:

1. Que se declare nulo el acto contenido en el escrito Cremil No. 2705 de fecha 8 de febrero de 2008 emanado por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante el cual negó el reconocimiento y pago, del incremento correspondiente en aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) sufridos para los años en que este fue mayor hasta el presente, conforme lo ordena el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 279 parágrafo 4 de la misma obra, adicionando por la ley 238 de 1995.

2. Que como consecuencia de la anterior Nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a revisar la asignación de retiro de mi mandante con el fin de establecer cuál incremento es el mejor, si el aumento salarial ordenados por el Gobierno Nacional o el IPC Índice de Precios al Consumidor teniendo en cuenta las diferencias en los porcentajes que establece cada uno.

3. De ser favorable, y por tratarse de pagos de tracto sucesivo se ordene aplicar los reajustes favorables a la Asignación de Retiro que disfruta mi mandante, con cargo a la Caja demandada, para los años en que el IPC fue mayor, esto es año solicitados hasta la fecha de la sentencia tomando como base de liquidación los Índices de Precios al Consumidor (I.P.C.).

4. Condenar a la demandada a canelar debidamente indexados las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación porcentual del IPC certificado por el DANE con fundamento en el artículo 178 del C.C.A., desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, lo anterior para preservar el poder adquisitivo de los valores que arroje la liquidación.

5. Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso de conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 2, 13, 23, 25, 53,58
- Artículo 85 del C.C.A.
- Ley 446 de 1998.
- Ley 100 de 1993, artículo 14 y 279 parágrafo 4 de la misma norma

CONCPETO DE VIOLACION

Como concepto de violación la parte demandante explica que se vulnera el derecho a la igualdad cuando, con fundamento en la especialidad del régimen, se reajusta su asignación de retiro en porcentajes inferiores al aumento previsto en el sistema general de seguridad social conforme al IPC.

Sostiene además que al recibir incrementos inferiores a la variación porcentual del IPC sufre una pérdida de su capacidad adquisitiva.

Alega que la demandada actúa en abierta contradicción del principio de favorabilidad en material laboral, que le asiste al demandante.

Finalmente, se afirma que a partir de la modificación introducida por la ley 238 de 1995, es claro que los pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les reajusten sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC, tal como lo dispone en su artículo 14 esta última.

D- CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contestó la demanda de manera extemporánea, por lo que no será tenida en cuenta.

E. SENTENCIA CONSULTADA

El Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena mediante sentencia de fecha 19 de marzo de 2013, accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Señala el a-quo que del cálculo se evidencia que durante los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, el incremento que resulta de la aplicación del índice de precios al consumidor fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, existiendo una diferencia desventajosa para el actor, entre la asignación de retiro percibida y la reajustada con base en el IPC.

Así mismo señaló el a-quo que de acuerdo con el precedente jurisprudencial, en el presente caso se dan los supuestos necesarios para que proceda la aplicación del reajuste de la asignación de retiro del actor con fundamento en las variaciones del índice de precios al consumidor, advirtiéndose por tanto la ilegalidad del acto acusado por medio del cual la demandada negó su reconocimiento, por lo cual resulta procedente declarar su nulidad parcial, por violación de una norma superior.

Dicha nulidad parcial se declarara en el entendido de que el reajuste se refiere a las anualidades antes mencionadas y de denegará frente a los años 2005 en adelante, toda vez que a partir del mismo se reimplanto el principio de oscilación.

A título de restablecimiento del derecho, este se traduce en el reajuste de la asignación de retiro del actor con base en el Índice de Precios al Consumidor por los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y el reconocimiento de las diferencias resultantes entre la asignación percibida por este y la determinada acorde con las variaciones del IPC.

Finalmente señalo el a-quo que teniendo en cuenta que la reclamación encaminada al reconocimiento del reajuste acorde con el IPC fue formulada el 18 de enero de 2008, folio 28 del expediente, habrá de declararse probada parcialmente la prescripción frente a las diferencias causadas con anterioridad al 18 de enero del 2004, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, por tanto solo habrá lugar al pago de las diferencias resultantes, respecto de las asignaciones causadas a partir de esa fecha.

V. TRÁMITE PROCESAL DE CONSULTA

- Mediante auto de fecha 31 de julio de 2013 en el trámite de la consulta se dio traslado a las partes por el término de 5 días para que alegaran de conclusión y al Ministerio Publico para que emitiera concepto.
- El presente proceso fue asignado al Magistrado en Descongestión 001, mediante en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos PSAA 12-9524, PSSA 12-9537 emanados del Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Señor Agente del Ministerio Publico, desistió de emitir concepto en el presente proceso.

VII. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer del Grado Jurisdiccional de Consulta sobre las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. Acto administrativo acusado.

-Oficio CREMIL No. 2705 de fecha 8 de Febrero de 2008, emanado por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante el cual negó el reconocimiento y pago, del incremento correspondiente para los años en que este fue mayor hasta el presente, conforme lo ordena el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 279 parágrafo 4 de la misma obra, adicionado por la ley 238 de 1995.

3. Problema Jurídico.

De los argumentos expuestos por el a quo y los motivos de inconformidad del recurrente, surge el problema jurídico a resolver en esta instancia, el que se contrae a establecer si al señor GUSTAVO MORALES PINILLA, en calidad de retirado de las FF.MM. tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reajuste su asignación de retiro aplicando el Índice de Precios al Consumidor I.P.C. conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, desde el año 1997 como lo deprecó en la demanda. .

4. De lo probado en el proceso.

Mediante Resolución No. 780 de 24 de abril de 1989, el Ministro de Defensa Nacional le reconoció al Señor Suboficial Primero ® GUSTAVO MORALES PINILLA una asignación mensual de retiro a partir del 1 de febrero de 1989, en cuantía del 70% del sueldo correspondiente a su grado. (fl.27)

Que el demandante, elevó petición, en agotamiento de la vía gubernativa, el día 18 de enero de 2008, a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, solicitando que se le cancelara las diferencias resultantes entre el valor que recibe con ocasión del incremento ordenado en los Decretos dictados por el Gobierno Nacional y la aplicación del Índice de Precios al Consumidor, en su asignación de retiro vigentes para los años en que el I.P.C. fue mayor. (fl. 28)

Mediante Oficio CREMIL 2705 de fecha 8 de Febrero de 2008, emanado por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante el cual negó el reconocimiento y pago, del incremento correspondiente para los años en que este fue mayor hasta el presente, conforme lo ordena el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 279 parágrafo 4 de la misma obra, adicionado por la ley 238 de 1995. (fl. 6).

5. Marco normativo y jurisprudencial.

5.1. La Naturaleza jurídica de la asignación de retiro

En atención a la naturaleza de la asignación de retiro, esta Sala precisa que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en su jurisprudencia han reconocido a las asignaciones de retiro el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004 con ponencia del M. Dr. Rodrigo Escobar Gil, analiza la constitucionalidad de algunas normas consagradas en el Decreto 2070 de 2003, que introdujo reformas al régimen de personal de la Fuerza Pública, concretamente en cuanto al porcentaje que se aplicaría a la asignación de retiro, en los eventos señalados en la norma. En esta sentencia se trata de manera específica la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, ya que uno de los cargos de inconstitucionalidad giró en torno a que la misma no tenía una naturaleza prestacional, por lo que no constituía pensión, sino *"un pago por el retiro"* del servicio. Reza la sentencia:

“12. Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la “asignación de retiro” prevista en los artículos demandados del Decreto 2070 de 2003?

“Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes

“Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública. En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968.”

El Tribunal, a su vez, considera que esta prestación periódica para el personal militar y policial comprende algunas diferencias muy relevantes debido a la situación especial de dichos servidores públicos, como es la dedicación exclusiva al servicio, las jornadas especiales de trabajo, los lugares donde se debe trabajar, la continua reubicación de lugares de servicio y, en fin, el peligro para su vida y familia dadas las circunstancias de nuestro medio. Por ello el legislador consagró un régimen salarial y prestacional especial. Ahora, un principio de vieja data es la aplicación integral del régimen especial, sin acudir a escoger normas más benéficas del general y la

prevalencia de la norma especial sobre la general al tenor del art. 5º de la Ley 57 de 1887; no obstante, la ley bien puede determinar excepciones a esta limitación.

La asignación de retiro, tiene una similitud con las pensiones de jubilación –ahora de vejez- del régimen general; pero, igualmente, comprende unas diferencias que son trascendentales. Mientras que para los servidores públicos, en general, su pensión se reajusta conforme a lo dispuesto para ellos por el ordenamiento jurídico (IPC), para el personal militar y policial con esa finalidad existe el sistema de la “oscilación pensional”, que parte de un supuesto diferente.

Para el personal administrativo del Estado, bajo el régimen general, el reconocimiento de la pensión de vejez se hace teniendo en cuenta unos requisitos (edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas), unos factores por el término que señala la ley y su cuantía porcentual como se determina; por su parte, para el personal militar y policial, bajo el régimen especial, se tienen en cuenta unos requisitos (tiempo de servicio, etc.), unos factores especiales predeterminados y el valor de la mesada corresponde a un porcentaje de los mismos según el grado del servidor, el cual oscila (se reajusta) teniendo en cuenta la remuneración que se apruebe en el futuro para ese grado.

El sistema de reajuste pensional “oscilatorio” es superior al sistema que se aplica en general, por cuanto mantiene en mejor forma el poder adquisitivo de la mesada pensional, pues siempre aplicará un porcentaje a un salario actual y actualizado; por el contrario, el sistema del reajuste pensional general, parte de una mesada pensional determinada por un porcentaje sobre una base de liquidación pensional de un tiempo establecido, al cual anualmente se le aplica la fórmula de reajuste que ordena la ley, v. gr. el IPC. Al aplicar el sistema de oscilación partiendo del salario actual del empleo y condiciones en que se pensionó un servidor público, para efectuar la comparación de los dos, se observa que el sistema general es en principio de menor protección al trabajador, aunque el IPC de un año sea superior al reajuste que se hace en el

régimen militar o policial, pues éste cuenta con otras prerrogativas que en conjunto debieran tenerse en cuenta y no aisladamente.

Por todo lo anterior, entonces, queda claro, como lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional y lo ha entendido de tiempo atrás el Consejo de Estado, que la asignación de retiro es el término del legislador utilizado para referirse a la pensión de vejez de los miembros de la fuerza pública. Igualmente que esa prestación se encuentra consagrada en un régimen especial, cuyos destinatarios son el personal que ella determina claramente.

5.2. El reajuste de la asignación de retiro del régimen especial militar y de las pensiones del régimen general.

El personal de las Fuerza Pública y de la Policía Nacional de tiempo atrás ha contado con un régimen prestacional especial, dadas las especiales circunstancias de su servicio.

El Decreto 1211 de 1990, "Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, en el artículo 169, establece la forma como debe reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares, al respecto prescribe:

"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.

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

A la luz de estas normas “especiales” pensionales para el sector militar, queda claramente establecido el sistema de su reajuste y la prohibición de aplicación de otro régimen, salvo autorización legal expresa. La prohibición se enmarca dentro del principio de inescindibilidad de regímenes, donde las situaciones se deben resolver bajo la normatividad propia aplicable sin recurrir a normas que no pertenecen a la misma categoría, es decir, que si la persona está sometida a un régimen especial no puede recurrir a normas de tipo general en aras de mejorar su situación.

No obstante, esta prohibición tiene una excepción señalada en el propio régimen especial militar cuando determina que los destinatarios de esa disposición “*no podrán acogerse a normas que regulan ajustes prestacionales en otros sectores de la administración, a menos que así lo disponga expresamente la ley.*”, lo cual significa que sí es factible la aplicación de normas generales de la administración a los casos sometidos a un régimen especial militar cuando la ley expresamente lo autorice.

5.3. Sistema General de Seguridad Social Integral

La Ley 100 de 1993 “Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral”, en el artículo 14, previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta el Índice de Precios

al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados. La norma en comento prescribe:

“ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.”

Ahora, si bien es cierto en un principio el Régimen de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) excluyó entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación de dicho régimen, al consagrar en el artículo 279 que *“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional...”*, no es menos cierto que con posterioridad dicha norma fue adicionada en un párrafo por disposición expresa del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, señalándose lo siguiente:

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”

Por lo anterior, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibídem, y en consecuencia, tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas

pensionales teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Además, la Constitución Política de Colombia en el artículo 53 consagra el principio de favorabilidad en materia laboral, por lo que en este caso concreto se aplicará la ley general por ser más favorable que la ley especial. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Doctor Jaime Moreno García, señaló:

“Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

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

(...)

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del

artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación (...)"

Finalmente, la Sala advierte que el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor al consagrar en el inciso segundo de la anterior disposición lo siguiente:

"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".

Debido a este mandato legal expreso resulta compatible la aplicación del art. 14 de la precitada ley a los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional); así, la forma de reajuste pensional del art. 14 de la Ley 100 /93 resulta aplicable a las pensiones de los sectores exceptuados del art. 279 dentro de los cuales aparecen el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando se dan los supuestos de hecho que contempló la sentencia mencionada.

La Corte Constitucional en Sentencia C-461 de Octubre 12 /95, al referirse al establecimiento de regímenes pensionales especiales frente a los beneficios determinados en el régimen general, señaló su ajuste al ordenamiento constitucional y aplicación teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

"El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado, lejos de ser

discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija, pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetua un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector y que el tratamiento dispar no es razonable, se configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la carta.

“No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...)”

El Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección “B” de la Sección Segunda, en Sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,¹ aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004, debido al cambio de legislación, cuando en estos apartes sostuvo:

¹ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp 8464-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C P Jaime Moreno García

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

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

Esta Corporación, que antiguamente venía aplicando en uso del principio de inescindibilidad, el sistema que le fuera más favorable al actor en todo el periodo comprendido entre los años 1996 a 2004, ahora, teniendo en cuenta la nueva normatividad (parágrafo 4º reformado del art. 279 de la Ley 100 /93) y los criterios jurídicos que la inspiran señalados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, replanteó la solución de esta clase de conflictos para dar aplicación a las nuevas orientaciones y aplicar el sistema que año tras año sea favorable al actor.

Por otra parte, la Ley 923 de diciembre 30 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de los miembros de la fuerza pública, en desarrollo de esta ley se expidió el Decreto 4433 del día 31 de ese mes y año, el cual volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones en comento.

Por lo anterior podemos afirmar, que a partir de enero de 2005, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, no se puede reajustar con base en lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, sino con base en el precitado Decreto.

6. Caso concreto.

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

En efecto, como se explicó en el marco jurídico de esta sentencia, si bien los miembros de la Fuerza Pública se encuentran excluidos de la aplicación del sistema general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1.993, tal exclusión no comprende el beneficio relacionado con el derecho al reajuste de las pensiones conforme al artículo 14 – IPC-, pues por disposición directa de la Ley 238 de 1995 – que comenzó a regir el 26 de Diciembre del mismo año-, tenían derecho a beneficiarse de la misma.

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

Teniendo en cuenta que el reajuste regulado en el art. 14 de la Ley 100 de 1993 resulta aplicable para los reajustes de las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública

por los años 1997 hasta 2004, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 4º (modificado) del art. 279 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 238 de 1995, se procede a resolver los problemas jurídicos planteados en el presente asunto.

Como primera medida se tiene que la parte actora solicita el reajuste y pago de la asignación de retiro reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con base en el índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, a partir del año 1997 hasta 2004, periodos para los cuales es aplicable este reajuste, ya que el a-quo, si bien acertó en su decisión al declarar la nulidad del acto acusado, no lo fue de igual manera para el restablecimiento del derecho, en razón de que el a-quo solo reconoció el reajuste de los años correspondientes a 1999 a 2004.

Es pertinente señalar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 780 del 24 de abril de 1989, reconoció al Suboficial Primero @ de la Armada Nacional GUSTAVO MORALES PINILLA, asignación de retiro a partir del 1º de febrero de 1989, en cuantía del 70% del sueldo de actividad. (Fl. 27)

De acuerdo con lo anterior, es claro que el Actor empezó a disfrutar la asignación de retiro a partir del 1º de febrero de 1989, pues fue a partir de dicha fecha que adquirió el status pensional para ser beneficiario de la misma, siendo en consecuencia procedente el reajuste de la misma a partir de enero del 1997, como en efecto no lo dispuso así el A quo en el fallo de primera instancia.

Este criterio respeta el precedente jurisprudencial vertical que todas las autoridades judiciales debemos acatar, en aras de salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del derecho, como acertadamente lo deprecó el demandante y que fue reconocido por el Juez de Primera instancia, razón por la cual se revocará su decisión en cuanto a si bien la nulidad del acto acusado está bien declarada, no se diría lo mismo del restablecimiento del derecho toda vez que en el expediente al demandante se le reconoció su asignación de retiro a partir del 1º de febrero de 1989, y en la demanda se ordenó el restablecimiento desde

el año 1999, y no desde el año 1997, en razón de que en el expediente quedó demostrado que desde momento el actor ya gozaba de su asignación de retiro.

Ahora, con respecto a *cuál es el límite del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC*, la Sala acoge el criterio jurisprudencial expuesto en esta sentencia en donde expresamente se consagra que va hasta el 31 de diciembre de 2004, pero que por el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores; concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros, tal como lo declaró el *a quo*, razón por la cual esta Sala no se pronunciará sobre este tema.

Por lo precedente, se modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido que se ordenará el reajuste, además de los años ya reconocidos en la sentencia de primera instancia, para el año 1997 (año en que el actor ya le había sido reconocido su asignación de retiro) como se encuentra probado en el expediente.

6.1. Del Restablecimiento del Derecho.

6.1.1. Reliquidación pensional.

A título de **restablecimiento del derecho**, se **CONDENARÁ** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reajustar la asignación mensual de retiro del señor GUSTAVO MORALES PINILLA, a partir del año 1997 como se probó en el expediente y hasta 2004, con base en el índice de precios al consumidor (Certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior) a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, cuando éste haya sido superior al incremento anual realizado por la entidad demandada.

Pagar al demandante la diferencia que resulte entre la reliquidación antes ordenada y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la asignación

de retiro, a partir del año 1997 y hacia futuro porque el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores; concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación del IPC, esos incrementos inciden en los pagos futuros.

El reajuste del valor se hará en los términos del Art. 178 del C.C.A y de acuerdo a la fórmula sentada para eventos por el Consejo de Estado, en donde,

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia), por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. En ese orden, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

6.1.2. Diferencias a pagar.

Para determinar las "sumas insolutas" a favor de la parte actora, de las sumas que arroje el valor re liquidado se deben descontar las sumas de las mesadas que por asignación de retiro se le hubiese cancelado.

6.1.3. Intereses.

En el evento de que se presenten los supuestos de hecho previstos en el artículo 177 del C. C. A se pagarán intereses.

7. De la 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 condenará en costas.

XII. 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: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de fecha 19 de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

*“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, que se reajuste la asignación de retiro del demandante para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, con base en el índice de*

precios al consumidor, y efectuar la liquidación por dichos años aplicando el IPC vigentes para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes. Las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

Este reajuste se aplicará solamente si el incremento por vía de oscilación ha sido inferior al índice de precios al consumidor.

En cuanto a la diferencia que resulte entre lo reconocido y lo pagado al actor, por concepto de asignación de retiro, y lo que se debe pagar conforme a esta sentencia, se hará conforme lo decidido por el juez de primera instancia."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

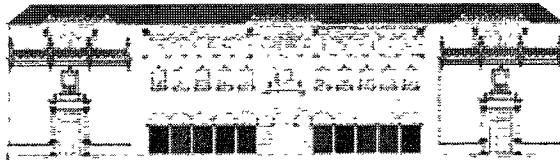
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1251
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---------------------------------|---|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION DE REPARACION DIRECTA |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : MADYS DIAZ ALVARINO |
| DEMANDADO | : E-S-E HOSPITAL LOCAL CATRAGENA DE INDIAS |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-33-31-013-2009-00226-02 |
| 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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 199 a 209
(1.0)



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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 2013-10017

Cartagena de Indias, D. T. y C., diez (10) de Octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Contrato de Realidad- Principio de Primacía de Realidad sobre Formalidades Establecidas por Sujetos de Relaciones Laborales

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 013 2009-00226-02

II. PARTES

Demandante: MADYS DÍAZ ALVARINO

Demandado: ESE HOSPITAL LOCAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

II. 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, procede a decidir el recurso de apelación incoado por MADYS DÍAZ ALVARINO contra la sentencia de fecha 27 de Febrero de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

Narra la parte actora que:

1. *“La señora MADYS DIAZ ALVARINO trabajó a disposición del Distrito de Cartagena desempeñando el cargo de auxiliar de servicios generales en las unidades ejecutoras de la ESE Hospital Local Cartagena de indias en las siguientes fechas:*

a. 1 al 20 de enero de 2002.

2. *La vinculación de mi poderdante se dio mediante orden de servicio con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, desempeñando la labor de auxiliar de servicios generales.*

3. *Finalizado el mes de trabajo se despidió a mi poderdante sin justa causa y no se le pagó su salario correspondiente por la prestación personal del servicio por lo que se le debe la suma de \$365.666.00.*

4. *la vinculación laboral de mi poderdante a la entidad demandada estaba sujeta a subordinación, recibía remuneración por el servicio y cargo que desempeñaba, y se prestaba de manera personal y en igualdad de condiciones que los demás empleados de su mismo rango incluidos en la planta de personal la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias, lo que demuestra la relación laboral existente entre mi mandante y la entidad demandada.*

5. *Mi poderdante durante toda la relación laboral recibió órdenes sobre el modo, tiempo, cantidad de trabajo, situación que constituye claramente la existencia de una relación laboral que genera a favor de mi representado los derechos laborales, como el pago de prestaciones sociales legales y extralegales.*

6. *Mi poderdante estuvo sometida a horario de trabajo, el cual era designado por la ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS, igual que cualquier empleado vinculado a la planta de personal la ESE Hospital Local Cartagena de Indias.*

7. *La señora MADYS DIAZ ALVARINO, laboró para la ESE Hospital Local Cartagena de Indias en días dominicales y Festivos, los cuales se le pagaron sin el correspondiente de ley lo cual deberá cancelársele.*

8. *En las órdenes de trabajo se le hizo renunciar a mi poderdante a sus prestaciones sociales y se le se le reconoce por sus servicios un salario mensual, pero se le omitió cancelar todas las acreencias y derechos que a su favor consagra la legislación laboral por la clase de vínculo que sostuvo con el distrito de Cartagena.*

9. *Que la ESE Hospital local Cartagena de Indias simuló la relación laboral existente entre mi poderdante, la señora MADYS DIAZ ALVARINO, y esta entidad, utilizando las llamadas ordenes de servicio con lo que se desconoce el carácter de empleado público a mi representada y por ende todas las acreencias laborales que se le desprenden de este vinculo, fundamentando la legalidad de las ordenes de servicio en la ley 80 de 1993; que de acuerdo a su tenor dice "Únicamente opera cuando, para el cumplimiento de los fines estatales, las entidades estatales no cuenten con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico, científico que se refiere o los conocimientos especializados que se demanden", por lo que la relación laboral que existió con mi mandante no encaja en este concepto traído por la misma ley 80 de 1993.*

10. *Mi poderdante solicitó el reconocimiento de sus derechos ante la entidad demandada los cuales fueron negados mediante los actos que aquí se acusan."*

B- DECLARACIONES Y CONDENAS

Pretende la accionante la declaratoria de nulidad del "Oficio sin número del 26 de enero del 26 de enero de 2004 emanado y suscrito por el gerente de la ESE hospital Local de Cartagena Dr. Luis Fanor Verbel Peinado mediante el cual no reconoce pagar los salario dejados de cancelr a mi poderdante, así como tampoco reconoce valor alguno por concepto de las diferencias resultantes entre los salarios recibidos o los que recibió un trabajador de planta de la misma categoría igualmente primas, vacaciones legales cesantías, indemnización moratoria u otro concepto producto de la relación laboral MADYS DIAZ ALVARINO, identificado con la cedula de ciudadanía N° 45.469.354 expedida en Cartagena.

SEGUNDO: que se ordene el restablecimiento del derecho de la señora MADYS DIAZ ALVARINO, en lo siguiente:

- Reintegración en el cargo de auxiliar de servicio generales, cargo del que fue desvinculado ilegalmente mi mandante o en su defecto a uno de igual, similar o superior jerarquía en el evento en que no exista el cargo a la fecha en que se produzca la sentencia que así lo orden.
- Que se ordene a la ESE Hospital local Cartagena de Indias a través de la Tesorería de esta entidad, a través de la oficina administrativa o la pagaduría correspondiente pagar a favor de MADYS DIAZ ALVARINO o quien represente sus derechos, el monto total de los salarios adeudados, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías, intereses de cesantías, auxilios médicos, aumentos, reajustes, y demás prestaciones de tipo económico dejados de percibir, desde el día en que se produjo su desvinculación ilegal, hasta cuando se reintegré totalmente en los términos del presente Petitum y se haga efectivamente el pago de dichos reconocimientos. Estos conceptos deberán ser indexados y actualizados de conformidad con las tasas de índices de precios al consumidor que para tal efecto, certifique el DANE:

- Que se condene a la demandada al pago de los interés moratorios de ley que certifique el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria, liquidados sobre el valor de cada condena y hasta que se realice efectivamente su pago.
- Que a título de indemnización se condene a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias al pago de todos los perjuicios que resulten demostrados en el curso del proceso: por concepto de daños materiales la suma de \$388.012.00 por daño emergente, la suma de \$ 11.472.160.00 lucro cesante; la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por perjuicios morales.
- TERCERO: Que ordene a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias a pagar a la señora (sic) la suma de \$365.666.00 por concepto de salarios adeudados entre las fechas comprendidas entre el 1 de enero y el 20 de enero de 2002.
- CUARTO: Que se ordene a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias a pagar al señor MADYS DIAZ los salarios moratorios por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, suma que se incrementa día a día, y que la fecha es la suma \$10.238.648.00.
- QUINTO: Que se ordene a la ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS el pago de las cotizaciones de pensión durante todo el tiempo de la desvinculación.
- SEXTO: Se condene a la ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS al pago de costas (gastos, agencias en derechos,...etc):

C.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Fundamentos constitucionales.

- Artículos 1, 25, 125 de la Constitución Política.
- Artículos 1, 2 Ley 443 de 1998
- Artículos 3 y 4 Ley 489 de 1998.
- Artículos 62, 63, 82, 83, 85, 121, 127,- 136 Nral 2, 137, 138, 139,- Art: 146 Nral. 2, 149, 170, 171, 172, 173, 174, 175 y demás armónicos y concordantes (los Decretos D.E. 2288 de 1999 y 2304 de 1989, que subrogaron varios artículos del C.A.A., de aquellos que se relacionan anteriormente).
- Ley 446 de 1998, arts. 16, 49 y demás armónicos y concordantes aplicables.
- Código de Procedimiento Civil, Código Sustantivo de Trabajo y demás normas armónicas y concordantes.

D.- CONTESTACION E.S.E. MATERNIDAD RAFAEL CALVO C.

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

“A LO QUE SE DEMANDA

A LO PRIMERO.- Amerita su rechazo, como quiera que el oficio distinguido no es un acto administrativo, o si se quiere (los términos utilizados no variarían la conclusión), es una providencia gubernativa cuyo cuestionario judicial es de competencia extraña a esta Colegiatura.

En efecto, dado lo impetrado por la aquí demandante tanto en la masiva que originó la expedición del oficio anotado como en la querella que introduce el litigio, “declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, la respuesta de mi patrocinada no es otra cosa que una de las dos modalidades de agotamiento de la vía gubernativa prevista en el artículo sexto del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, elemento que viabiliza el conocimiento de controversias como la presente ante la jurisdicción laboral

Subrayado del texto.

Técnicamente entonces, de no mediar prescripción de los derechos impetrados, el juez competente, no esta Magistratura, podrá acceder o no a lo pedido, en el oficio, pero no anularlo.

A LO SEGUNDO.- Se rechaza, no solo por la improcedencia de la “nulidad” requerida, conforme a lo expuesto previamente, sino porque como se apuntará en el siguiente acápite, ningún derecho se le ha conculcado por arte de mi patrocinada a su contendiente.”

Con respecto de las pretensiones expuso:

“A LA PRIMERA.- Se repele, por idénticas razones a las expuestas al replicar el mismo numeral del acápite presente, Téngase aquí por reproducidas tales manifestaciones.

A LA SEGUNDA.- Se replican por separado sus dos claros componentes, así:

1.- Se rechaza lo vertido en su primer apartado, bajo la potísima, égida de la inexistencia, tanto para la fecha de los hechos narrados como al día de hoy, de disposición adjetiva alguna que contemple un “reintegro laboral” como el reclamado, en punto de servicios estatales vinculados por un contrato de trabajo.

2.- Se refuta también lo precisado en su segundo elemento, dada su conexión vital a su precedente, de resulta palmariamente fallida.

A LA TERCERA.- Se rechaza, dado que una acreencia como la reclamada, “salario”, implica una relación de trabajo que jamás existió entre mi patrocinada y la querellante.

A LA CUARTA.- Se ataca, ateniéndome a que se partiría para viabilizar dicho reclamo de condena de un supuesto ya rechazado, un contrato de trabajo entre los aquí litigantes.

A LA QUINTA.-Se repele, nuevamente ateniéndonos la inexistencia de la relación de trabajo en la que busca estribó circunstancial.

A LA SEXTA.- No se comparte. Resultando otros vencidos en este punto, corresponderá a otros el pago de tales gastos procesales.”

Razones y Fundamentos de Defensa

En apretada síntesis expuso:

“ En esencia, el litigio se reduce, además de la ya objetada “nulidad” del supuesto “acto administrativa” mediante el cual el ente público cuyos intereses procuro desestimó los reclamos laborales formulados por la accionante, respecto a un supuesta relación laboral otrora existente entre los extremos subjetivos de la presente contienda, condenar a mi patrocinada a múltiples sumas a título de acreencias laborales debidas hipotéticamente a la señora DIAZ ALVARINO, así como su reintegro al “cargo de auxiliar de servicios generales” del que “fue desvinculado ilegalmente”, en las voces de su representante técnico.

Más allá de la palmaria verificación de múltiples situaciones que harán prosperar algunas excepciones, tampoco, respecto al fondo del asunto, acompañan razones al litigante para que salga avante lo impetrado, como paso a explicar:

1.- Como admite quien representa técnicamente los intereses de la señora Díaz Alvarino, entre mi mandante y quien la llama a juicio, lo único que se ha dado en el tiempo es la verificación de un contrato administrativo sin formalidades plenas (“orden

de servicios”) que los ató por el precario lapso de tiempo comprendido entre el primero de enero de 2002 y el día veinte de la misma calendada, para el desenvolvimiento de tareas cobijadas bajo la denominación “auxiliar de servicios generales”.

2.- En torno a la celebración de este tipo de negocios jurídicos con personas naturales, el máximo tribunal patrio de lo contencioso administrativo ha precisado que se trata de una posibilidad legítima, aún frente a tareas de escasa preponderancia intelectual, como sería el caso bajo la lupa judicial; esto es, actividades inherentes a los llamados “servicios generales.””

...

“3.- Así las cosas, tratándose el expediente de la celebración de contratos de prestación de servicios un mecanismo válido para obtener la colaboración de los particulares “en el logro de los fines de la administración”, en las voces del inciso segundo del artículo tercero de la Ley 80 de 1993, enrostrarle a mi patrocinada su utilización para “enmascarar” una pretensa hipotética relación laboral, es un juicio circunstancial cuya veracidad debe demostrar enteramente el accionante, no simplemente alegar, como escasamente ocurre en el sub lite.

4.- Finalmente, resulta importante poner en relieve a guisa de colofón que no existe, tratándose de los llamados “trabajadores oficiales” (Ley Sexta de 1945 y Decreto 2127 de 1945), esto es, los servidores vinculados a la Administración mediante un contrato de trabajo, disposición que resalte la viabilidad de un “reintegro y prestaciones” hasta su verificación, como busca el empleador.

E- TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- Por auto de 13 de julio de 2004 esta Corporación, admitió la demanda.¹

¹ Folio 18

- Mediante auto de 29 de Octubre de 2007, se admite la adición de la demanda.²
- Por auto de fecha 16 de Septiembre de 2009, esta Corporación declara la falta de competencia para conocer el presente proceso, y ordena remitir el expediente para su reparto entre los jueces.³
- En auto calendado a fecha 31 de Agosto de 2009, se admite por él a quo, la adición de la demanda que obra a folio 24 y 25.⁴
- Mediante auto del 19 de Octubre de 2010, se ordena la apertura a pruebas del proceso de la referencia.⁵
- Por auto calendado a fecha 15 de Junio de 2011, se da cierre al periodo probatorio y se corre traslado para alegatos de conclusión.
- En auto de fecha 18 de Julio de 2011, el juez a quo declara la falta de competencia funcional por factor material, la nulidad de todo lo actuado y remite a esta Corporación.⁶
- Por auto de 17 de agosto se concede la apelación de auto presenta en contra de la providencia anterior.⁷
- Mediante auto calendado a fecha 20 de Marzo de 2012, esta Corporación resuelve revoca el auto de fecha 18 de Julio de 2011.
- Finalmente se dicta sentencia con fecha calendada 07 de Julio de 2011.

F. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA.

Demandante: reafirmo lo expuesto en el libelo.

Demandado: no presentó alegatos.

G- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PRIMERA INSTANCIA

El Señor Agente del Ministerio Público desistió de emitir concepto.

H- LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA.

² Folio 50.

³ Folio 54 y 55.

⁴ Folio 57.

⁵ Folio 59.

⁶ Folio 138 y 139.

⁷ Folio 142.

Consideró el Juez a quo como argumentos que para demostrarse la existencia de una relación laboral, debe el interesado, aportar las pruebas que permitan acreditar que su labor se desarrolló en condiciones tales, que van más allá de la coordinación propia de la relación contractual, y que tales labores eran equiparables a las desarrolladas por los funcionarios de planta.

En ese orden de ideas concluye:

“que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A, quien alega la existencia de un vínculo laboral simulado, debe desplegar una eficiente labor probatoria encaminada a develar e forma fehaciente e inequívoca dicha vinculación.

En el caso que nos ocupa, encontramos que sólo se tiene probado que la actora prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales de medio tiempo, pero no obran pruebas que permitan establecer e forma concreta las funciones que desarrolló, como tampoco las condiciones en que se prestó el servicio.

Es de precisar que sólo obra en el expediente el testimonio del señor ANDRES FONTALVO MATOS (folio 68 y 69), no obstante, el mismo no será tenido en cuenta por este despacho (sic) pues de sus declaraciones se infiere que no tuvo una percepción directa de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que la actora prestó sus servicios a la demandada.

En efecto, el testimonio fue rendido en el año 2011 y en él deponente manifestó conocer a la actora desde hacía cinco años, es decir, desde el año 2006, ósea, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos materia de la presente acción, todo vez que el periodo respecto del cual se reclama la relación laboral corresponde al año 2002.

Se advierte además en la prueba testimonial en mención, que si bien el testigo manifestó haber laborado haciendo vacaciones en la ESE demandada desde el año 1991, también afirmó que sus labores se adelantaron en un lugar distinto al Puesto de Salud de Foco Roco, en el cual laboró la actora.

Así las cosas, podemos afirmar que el acervo probatorio obrante en el expediente no permite concluir que la actora hubiese desempeñado una labor en las condiciones de subordinación y dependencia, propias de quien cumplía labores similares en calidad de funcionario público.”

...

“En ese orden de ideas, habrá que resolver el problema jurídico planteado, afirmando que la ausencia de prueba en torno a la subordinación impide reconocer el vínculo laboral reclamado por la accionante.”

I- LA APELACIÓN.

En apretada síntesis expone la actora como alegatos del recurso de alzada lo siguiente:

“ ...

Yerra el despacho (sic) que atendió la primera instancia por cuanto que si estudia las pruebas en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica, podemos concluir que si existió una verdadera relación laboral; partiendo de la base que la parte contraria ha aceptado la existencia de un vínculo con mi poderdante, pasamos a determinar que la existencia de ese vínculo es una verdadera relación laboral en virtud del principio de la existencia de ese vínculo es una verdadera relación laboral en virtud

del principio de **PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL.**”

Negrillas del texto

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- En cumplimiento de los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura se ordenó remitir el expediente a la secretaria para su reparto entre los Magistrados de descongestión.
- Por auto calendado en fecha 14 de Junio de 2013, se resuelve admitir el recurso de apelación incoado por el apoderado de la parte demandante. y se notificó personalmente al Ministerio público el cual no rindió concepto.⁸
- Mediante auto de 5 de Agosto de 2013, se resolvió correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión.⁹
- Finalmente el proceso entra al Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Agente del ministerio Público delegado ante este tribunal, no rindió concepto de fondo.

VII.- CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

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 Decimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

⁸ Folio 186.

⁹ Folio 188

2. Síntesis del caso.

La señora MADYS DIAZ ALVARINO trabajó desempeñando el cargo de auxiliar de servicios generales en las unidades ejecutoras de la ESE Hospital Local Cartagena de indias del 1 al 20 de enero de 2002.

La vinculación de la actora se dio mediante orden de servicio con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, desempeñando la labor de auxiliar de servicios generales.

Finalizado el mes de trabajo se despidió a la actora la cual afirma que este se dio sin justa causa y no se le pagó su salario correspondiente por la prestación personal del servicio por lo que se le debe la suma de \$365.666.00.

De manera que la Señora MADYS DIAZ ALVARINO, mediante la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la declaración de nulidad del Oficio sin número del 26 de enero de 2004, suscrito el gerente de la ESE hospital Local de Cartagena Dr. Luis Fanor Verbel Peinado mediante el cual no reconoce pagar los supuestos salario dejados de cancelar , así como tampoco reconoce valor alguno por concepto de las diferencias resultantes entre los salarios recibidos o los que recibió un trabajador de planta de la misma categoría a saber: primas, vacaciones legales cesantías, indemnización moratoria u otro concepto de la presunta relación existente entre la actora y la demandada.

3. Acto administrativo demandado.

Oficio sin numero de fecha Calendada 26 de Enero de 2004, suscrito por el Gerente de la ESE Hospital Local de Cartagena.¹⁰

4. Problemas jurídicos a resolver.

¹⁰ Folio 13.

Consiste en determinar si del material probatorio obrante en el expediente se pues inferir la existencia de contrato laboral, partiendo del principio de Principio de Primacía de Realidad Sobre Formalidades Establecidas por Sujetos de Relaciones Laborales.

5. Material Probatorio aportado al proceso.

- ❖ Copia autentica del acto acusado, oficio sin numero de fecha Calendada 26 de Enero de 2004, suscrito por el Gerente de la ESE Hospital Local de Cartagena.¹¹
- ❖ Original de la certificación suscrita por el Coordinador de la UPA FOCO ROJO de fecha 3 de Julio de 2002.¹²
- ❖ Copia simple de la certificación de fecha 15 de Julio de 2003, suscrita por el jefe de la oficina de Recursos Humanos de la ESE demandada.¹³

- ❖ Testimonio del Señor ANDRES FONTALVO¹⁴

- ❖ Oficio de fecha 15 de Marzo de 2011, suscrito por el Gerente de la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, señor SALID DAVID HADECHNI MEZA¹⁵, por el cual se da respuesta al Oficio No. 269 de fecha 16 de febrero del mismo año, emanado de la Secretaria del Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.¹⁶

6. Resolución al caso concreto.

Sea lo primero advertir, que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P.

¹¹ Folio 13.

¹² Folio 15.

¹³ Folio 14.

¹⁴ Folio 68 y 69.

¹⁵ Folio 75 a 125.

¹⁶ Folio 72.

que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Pero es deber de la Sala recordar que para que se produzca la declaratoria de una relación laboral, es necesario por no decir vital, que se logre probar, por parte del accionante, que efectivamente se manifiestan los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido prestada personalmente y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador existía subordinación o dependencia, que a todas luces debe entenderse, como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia¹⁷.

Pero antes de entrar a analizar si en el caso concreto se manifiesta uno a uno los elementos que configuran el contrato laboral, esta Sala procederá a establecer las diferencias existentes entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

Del Contrato de Prestación de Servicios

El contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" CONSEJERO PONENTE GERARDO ARENAS MONSALVE BOGOTÁ, D.C., QUINCE (15) DE JUNIO DE DOS MIL ONCE (2011) RADICACIÓN NÚMERO 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)

materia laboral. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones que regulan el derecho de la función pública.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional es clara cuando afirma que bajo esta modalidad contractual también es viable aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual, si se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, prima la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación. Esta teoría tiene dos ámbitos de aplicación: cuando se trata de trabajadores vinculados con particulares o con el Estado.¹⁸

Del Contrato Laboral

Al tenor literal de lo dispuesto por el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato laboral se define como aquel por el cual una persona se natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.¹⁹

De manera que de las definiciones anteriores, considera la Sala que no es necesario hacer máximos esfuerzos para lograr diferenciar estos, y queda claro que el punto neurálgico en tal diferenciación es si en la relación con el empleador existía subordinación o dependencia, que a todas luces debe entenderse, como ya se expresó, aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

¹⁸ Sentencia T-903/10

¹⁹ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 22

Corolario la Sala está en la obligación de declarar que existía un contrato realidad, si advierte que están dados los elementos esenciales indispensables de todo contrato realidad. Estos elementos, según lo han entendido la legislación y la jurisprudencia colombianas, son tres:

- ✓ la prestación personal del servicio,
- ✓ la continuada subordinación o dependencia y,
- ✓ la remuneración periódica.²⁰

Dicho lo anterior, pasa la Sala a estudiar si en el caso sub examine se advierte los elementos esenciales de la relación laboral:

De la prestación personal del Servicio

Afirma la actora haber laborado para la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, en el cargo de auxiliar de servicios generales, empleo de medio tiempo, en el lapso de tiempo comprendido entre los días 1 al 20 de Enero del año 2002, esta afirmación encuentra su asidero probatorio en la certificación suscrita y expedida por el Coordinador de la UPA FOCO ROJO, visible a folio 15 del expediente, hecho que es corroborado por la accionada al afirmar:

“A LOS HECHOS

AL PRIMERO.- Es cierto.

AL SEGUNDO.- Es cierto.”²¹

Lo que permite concluir sin mayores elucubraciones que efectivamente la actora prestó sus servicios de forma personal, es decir, la actividad fue realizada por sí mismo, encontrado probado el primero de los elementos esenciales de la relación

²⁰ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 23

²¹ Folio 27

laboral, lo que no lleva a pasar a estudiar el segundo elemento, a saber la continuada subordinación o dependencia.

De la continuada subordinación o dependencia.

Ya sé ha dicho que esta debe ser entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al empleado, el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo tiempo de duración del contrato, todo ello sin afectar el honor, la dignidad, y los derechos mínimos del trabajador, en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obligue la República de Colombia.²²

Cabe recordar que es deber del demandante acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito ya que el someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significando necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la

²² <http://www.mintrabajo.gov.co/>

presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio, en éste caso, la Sala no advierte o no logra inferir que la accionante se encontrara en continuada subordinación.

Observado el material probatorio obrante en el expediente especialmente el testimonio del señor ANDRES FONTALVO MATOS, el cual afirmó haber conocido a la demandante 5 años antes de la diligencia visible a folio 68 y 69, y calendada a fecha 18 de enero de 2011, es claro para este Sala que el testigo no lo constan los hechos de la demanda, ya que la actora laboró para ESE Hospital Local de Cartagena de Indias, en el año 2002, cuatro años antes de haberle conocido. A continuación se transcribe a partes de la diligencia:

“...PREGUNTADO: Sabe o conoce usted de la relación que tuvo la demandante con la ESE Hospital Local de Cartagena?.CONTESTÓ: Ella, la señora Mady me dijo que ella trabajaba un tiempo de servicio generales con la ESE la cual ella no le daban prestaciones, uniformes, inclusive creo que ni le han pagado eso. Yo la conocí como 5 años cuando trabajaba en el puesto de salud del Foco Rojo, siempre la veía trabajaba ahí, ella no me comentó si trabajaba con la ESE o con la bolsa de empleo, lo que si se es que ella prestaba sus servicio en ese puesto de salud.”

Es enfática la Sala al exponer que corresponde al accionante desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos esenciales de la relación laboral; si bien es cierto que se logró probar la prestación personal del servicio por parte de la apelante, también lo es que no se logra probar la continuada subordinación o dependencia. Aun atendiendo a las reglas de la sana crítica, para la Sala no existe prueba alguna que fácticamente

compruebe que la accionante en los escasos 20 días, comprendidos entre el 1 y el 20 de Enero del año 2002, se encontraba en continuada dependencia y subordinación laboral, razón por la cual no se configura el segundo elemento de esencial de la relación laboral, por lo cual la Sala se abstendrá de estudiar la remuneración periódica como tercer elemento de la relación laboral y en la parte resolutive de esta providencia se confirmara la sentencia proferida por él a quo.

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 le

FALLA

PRIMERO: **Confirmar** la sentencia de fecha veintisiete (27) de Febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez Ejecutoriada esta sentencia **expídase** primera copia autentica de esta y 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

CVR

f.º 210 y 211
(u.c)

SALVAMENTO DE VOTO

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

RAD: 13-001-33-31-013-2009-00226-01

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: MADYS DIAZ ALVARINO

DEMANDADO: ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS.

La suscrita Magistrada de Descongestión, en el caso, se aparta de la decisión mayoritaria contenida en la sentencia de 11 de octubre de 2013 proferida por la Sala de decisión N° 003, y que decidió CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

En el presente caso, se realiza el estudio de los elementos necesarios para la estructuración de un contrato realidad a saber, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación; para así determinar, si efectivamente de las ordenes de prestación de servicios señaladas por la actora, se configura su existencia. Para tal propósito, la señora MADYS DIAZ ALVARINO, afirmó en los presupuestos fácticos de su demanda que, en virtud de las ordenes de servicios aludidas desempeñaba las funciones propias del empleo de auxiliar de servicios generales en las unidades ejecutoras de la ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS.

En ese sentido, la Sala procedió a realizar un estudio sobre el fondo del asunto, y se analizaron detalladamente bajo el principio de la primacía de realidad sobre las formas, los elementos que para la Corporación de cierre de la Jurisdicción son esenciales para la materialización de un contrato realidad. De tal forma, la Sala confirmó la decisión adoptada por la Juez Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en virtud de la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda, puesto que la actora no acreditó la existencia del elemento de subordinación, necesario para la configuración del contrato realidad.

En ese orden de ideas, este Despacho dista de los argumentos sostenidos por la Sala de Decisión 003 a la cual pertenece, en cuanto entiende que en el *sub lite*, a

la Sala de decisión le estaba vedado emitir pronunciamiento de fondo, toda vez que esta Jurisdicción no es competente para dirimir los conflictos laborales que se presenten entre la administración y sus trabajadores oficiales.

Así se considera, puesto que con la presente acción se pretende que se declare la existencia de un contrato realidad, que si bien es cierto se deriva de órdenes de prestación de servicios, también lo es que ello conllevaría si es del caso, al reconocimiento de todos los emolumentos derivados del empleo de auxiliar de servicios generales consagrado en el manual de funciones de la entidad demandada: situación que hace surgir de forma diáfana, que aquella desempeñaba las funciones propias de un trabajador oficial.

Para llegar a la conclusión anterior se debe partir de la base, que la Ley 489 de 1998, en virtud de la cual se establecieron las Empresas Sociales del Estado como entidades descentralizadas del orden nacional o territorial, dispuso en su Art. 83, que en los aspectos no regulados por aquella debía aplicarse lo dispuesto por la Ley 100 de 1993. En ese sentido, la Ley 100 de 1993, en lo que respecta a la naturaleza de los empleos de los trabajadores de la salud, estableció en su Art. 195 que debería aplicarse lo previsto por la Ley 10 de 1990, norma que reglamentó la organización de la prestación del servicio de salud y, cuyo Art. 26 *Parágrafo* señaló: "*Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de **servicios generales**, en las mismas instituciones.*".

De tal suerte, como es bien sabido, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es competente para dirimir los conflictos laborales de sus trabajadores oficiales, tal como lo dispone el Art. 134 B del C.C.A. numeral 2º, como quiera se vinculan a la administración en virtud de contrato de trabajo.

La norma citada reza:

"2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan Actos Administrativos de cualquier autoridad,

cuando la cuantía no exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales."

Por esa razón, se considera que la Jurisdicción Ordinara Laboral es la competente para conocer del presente asunto, conforme lo dispone el Código Procesal del Trabajo en su Art. 2º "los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo", toda vez que la señora MADIZ DIAZ ALVARINO, ejercía las funciones de un trabajador oficial; solapado con órdenes de prestación de servicios.

Si bien es cierto, que a través de auto del 20 de marzo de 2012 (fl.148-154), el H. Magistrado de esta Corporación Dr. José Fernández Osorio resolvió de forma positiva, recurso de apelación interpuesto en contra de la providencia proferida por el Juez *a quo* adiada en 18 de julio de 2011 (fl.138-139), a través de la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado por la falta de jurisdicción a que se alude en este salvamento de voto; también lo es, que la suscrita no comparte los argumentos expuestos en el citado auto, toda vez que, se tomó como punto de partida para determinar la jurisdicción y competencia de esta Corporación, a la naturaleza del acto administrativo acusado, sin atender a lo pretendido realmente por el actor, que consiste en obtener los emolumentos característicos a que tendrían derecho los trabajadores oficiales que ejercen las funciones del cargo de auxiliar de servicios generales de LA ESE LOCAL CARTAGENA DE INDIAS; a pesar que su vinculación estaba disfrazada con órdenes de prestación de servicios, que hacían necesaria la previa declaración de existencia del contrato realidad, ello no escapa a la órbita de que se está sometiendo al conocimiento de esta jurisdicción, una situación cuya finalidad es obtener derechos reservados para los trabajadores oficiales; competencia que tiene vedada esta Corporación de conformidad a todo lo expuesto.

Lo anterior, impone que este Despacho se aparte de la decisión de la Sala 003 de esta Corporación, que decide confirmar el fallo emitido en primera instancia dentro de la acción de la referencia, como quiera que la señora MADIZ DIAZ ALVARINO, solicita que se declare la existencia de un contrato realidad, con

relación al empleo de auxiliar de servicios generales, el cual solo es desempeñado por trabajadores oficiales.

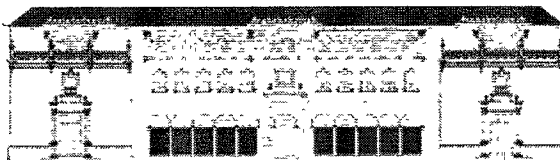
Por las razones expuestas, la suscrita considera que se debió declarar la falta de competencia en el *sub examine* y en consecuencia ordenar el envío del expediente a la oficina judicial para que fuera sometido al reparto de los jueces laborales.

Atentamente,



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO.

Magistrada de Descongestión



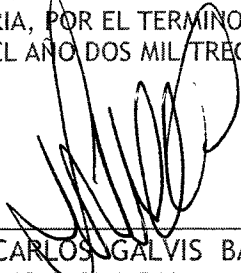
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1252
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---------------------------------|---|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : SOCIEDAD TALLER SANTO DOMINGO LTDA LIQUIDADA |
| DEMANDADO | : DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-33-31-011-2010-00137-01 |
| FECHA DE LA PROVIDENCIA: | DIECISEIS (16) 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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

F: 168 a 180
(1.e)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 10212013

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

TEMA: Cesión de acreencias y compensación de obligaciones tributarias

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13- 001-33-31-011-2010-00137-01

II. PARTES

Demandante: SOCIEDAD TALLER SANTO DOMINGO LTDA LIQUIDADA

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de Descongestión 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, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A.- HECHOS

“Mediante contrato de cesión de derecho de crédito, la sociedad Global Corporation S.A. hizo cesión a favor de la sociedad Taller Santo Domingo Ltda, sumas de dinero de las que era titular por adeudárselas el Distrito según memoriales presentados el día 25 de junio del pasado año de 2008, todo de lo cual anexo copia en este escrito.

Y mucho antes de ello se presentó el trece (13) de julio del año dos mil siete (2007), recurso de reconsideración contra la Resolución número 9576 del 2007, la cual declaró la existencia de una obligación correspondiente al impuesto predial unificado del inmueble de propiedad de la sociedad Taller Santodomingo Ltda., en Liquidación, el cual jamás fue resuelto.

Por tal razón, la sociedad Taller Santo Domingo Ltda., debía tenersele como titular para todos los efectos legales de esos derechos de crédito hasta la cuantía cedida.

Sobre ese presupuesto, la sociedad Taller Santo Domingo Ltda., solicitó se compensaran las obligaciones tributarias adeudadas al Distrito, con los saldos que le fueron cedidos legalmente.

Para ello aportó la documentación del caso (contrato de cesión, notificación de la cesión, acta de liquidación donde constaba la obligación a favor del cedente).

Del 2007, ha tenido y tiene por tanto la sociedad que represento la calidad de acreedor del Distrito en razón a las cesiones que se le hicieran, a la vez que reconocemos la calidad de deudores de obligaciones tributarias cuya compensación fue solicitada de manera oportuna sin que hasta la fecha el Distrito se haya pronunciado sobre la misma.

El Distrito nunca se pronunció sobre la cesión, aceptándola o rechazándola, pero inició proceso de cobro coactivo en contra de la sociedad Taller Santo Domingo Ltda.

Por tanto, notificado el mandamiento de pago en ese proceso coactivo, se propusieron de parte de la ejecutado excepciones contra el mismo, dentro de las cuales se encontraba la de pago total, toda vez que en materia de procesos de cobro coactivo, la jurisprudencia y doctrina colombianas aceptan que la figura de la compensación se equipara en sus efectos a la de pago efectivo.

Estas excepciones fueron despachadas desfavorablemente mediante la resolución No. 00628 del 29 de mayo de 2009.

También fue despachado desfavorablemente mediante la resolución No. 00018 del 6 de enero de 2010 el recurso de reposición que se formuló contra dicho acto que resolvió las excepciones propuestas y ordenó llevar adelante la ejecución.

El artículo 835 del Estatuto Tributario señala que es demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa la resolución que resuelve las excepciones y ordena llevar adelante la ejecución en un proceso de cobro administrativo coactivo.

Con la presentación del recurso de reposición (resuelto desfavorablemente) se cumplió la formalidad de agotamiento de la vía gubernativa. Como quiera que las cuestiones referentes a impuestos no son conciliables, no se intentó la conciliación prejudicial ante el Procurador Delegado ante el Contencioso Administrativo.

Al margen de lo anterior, conforme la certificación adjunta expedida por la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias se desprende que la sociedad que represento fue declarada disuelta y en estado de liquidación mediante escritura pública número 187 del 10 de febrero de 1997, otorgada en la Notaría Primera del Circulo de Cartagena de Indias, por lo cual no se puede adelantar en su contra proceso de ejecución alguna.”

B.- PRETENSIONES

“PRIMERA: Se declare nula la decisión contenida en la resolución No. 00628 del 29 de mayo de 2009 mediante la cual el funcionario ejecutor resolvió las excepciones propuestas por el deudor contra el mandamiento de pago.

SEGUNDA: Se declare igualmente la nulidad de la decisión contenida en la resolución No. 00018 del 6 de enero de 2010 que despachó desfavorablemente el recurso de reposición que se formuló contra el acto que resolvió las excepciones propuestas y ordenó llevar adelante la ejecución.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se dejen sin efectos el proceso de cobro coactivo donde se profirió dicho acto y se ordene el restablecimiento de los perjuicios ocasionados.

CUARTA: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A.

QUINTA: Que se ordene a la demandada al pago de las costas del proceso.”

C- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones quebrantadas señala los artículos 2°, 6° y 29 constitucionales. Y el artículo 831 del Estatuto Tributario. Argumenta dicha transgresión sosteniendo que se desconocieron los principios del debido proceso, al no aceptarse el pago efectivo por compensación solicitado en el proceso de cobro coactivo.

De igual forma sostiene que al expedirse el acto cuestionado se desconoció el justo equilibrio previsto entre los derechos del contribuyente y los intereses de la administración, pues se omitieron los procedimientos reglamentarios en la Ley para la extinción de las obligaciones recíprocas.

De otro lado, la parte actora presenta como fundamentos jurídicos de la demanda la normatividad que a su juicio rige el presente asunto, aduce que mediante los artículos 815, 816, 850 y 861 del Estatuto Tributario se establece como forma de extinción de la obligación tributaria, la compensación de las deudas de plazo vencido con saldos a favor que se liquiden los contribuyentes o responsables en sus declaraciones tributarias o con los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, bien sea por solicitud que en tal sentido ellos formulen u oficiosamente por la administración, previa a la devolución.

Manifiesta de igual forma que es procedente la compensación de obligaciones recíprocas, toda vez que es una figura típica consagrada en el Código Civil y aplicable a las entidades públicas al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, cuyo uso no contraría el orden público, la Constitución, la Ley, encontrándose la aplicación de tal figura acorde con los principios de la buena administración, al propugnar la satisfacción de las obligaciones y acreencias a cargos de las entidades y de los particulares.

V.- LA DEFENSA

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA¹

La entidad demandada en su oportunidad, presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y proponiendo las siguientes excepciones.

- Excepción de ineptitud sustancial de la demanda por ausencia de concepto de violación.

¹(Folios 29 al 37)

La entidad demanda a través de su apoderada sostiene que en el acápite correspondiente al concepto de violación, el actor sólo se limita a señalar las normas infringidas y que no fue aceptada la compensación.

- Legalidad del acto administrativo demandado e inexistencia de la vulneración de las normas indicadas como violadas.

Afirma que los actos administrativos demandados estuvieron correctamente motivados y sustentados en los hechos ocurridos de determinación de la obligación antes del vencimiento de los cinco (05) años siguientes a su causación e inexistencia de la prescripción.

Sostiene que las normas aplicables al asunto corresponden a las que rigen el tema de compensaciones en materia tributaria, reguladas en el Estatuto Tributario Distrital, artículos 416 y 424 para lo cual se exige que quien pretenda la compensación tener la doble connotación de acreedor y deudor.

- Falta de legitimidad en la causa activa

Frente a dicha excepción se alega que no existe la sociedad Taller Santo Domingo Ltda., pues la misma fue liquidada el 1º de agosto de 2007, por tanto no tiene legitimidad para comparecer al proceso.

- Excepción genérica

A fin que se pruebe cualquier otra que resulte probada durante el transcurso del presente proceso.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

- La demanda fue presentada el 27 de mayo de 2010.

- Por auto de fecha 02 de junio de 2010, se admitió la demanda en el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.
- Mediante auto de fecha 07 de diciembre de 2010, el proceso fue abierto a pruebas.
- En auto del 21 de julio de 2011 se dio traslado para alegatos de conclusión y vencido este término al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto.

VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

En la sentencia de primera instancia el *a quo* al adentrarse en el estudio de las excepciones propuestas por la parte demandada consideró en relación a la i) ineptitud sustancial por ausencia de concepto de violación, que la misma no prosperaba por cuanto se tiene un acápite de fundamentos jurídicos y en el mismo se señalan las disposiciones que a juicio del demandante son aplicables, y que al haberse inaplicado resultan vulneradas configurándose el concepto de violación.

Respecto a la excepción de ii) legalidad del acto administrativo demandado e inexistencia de la vulneración de las normas indicadas como violadas, sostuvo que no será tenida en cuenta, toda vez que se trataba de un asunto ajeno al objeto del proceso -la prescripción de la acción de cobro- tema que no ha sido señalado por la parte actora.

Frente a la excepción de iii) Falta de legitimación en la causa por activa termina concluyendo el *a quo* que no puede sostenerse dicha tesis ya que implicaría la inviabilidad del proceso de determinación de la existencia de una obligación tributaria, pues se estaría adelantando contra un sujeto incapaz de adquirir obligaciones. En ese sentido, afirma el operador jurídico que sí se tiene capacidad para adquirir obligaciones, también debe tenerla para poder acceder a la Administración de Justicia.

Finalmente el juez de primera instancia determinó que no existía excepción que pudiere ser alegada de oficio.

² (Folios 102 a 112)

Posterior al estudio antes mencionado, el *a quo* procedió a determinar la procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el presente asunto, y en dicha consideración determinó que como quiera que la resolución que resuelve las excepciones presentadas por la parte actora, no procediera el recurso de apelación, debía darse curso al proceso bajo los efectos del artículo 835 del Estatuto Tributario e iniciarse el proceso.

De otro lado, al pronunciarse sobre el fondo del asunto el juez de primera instancia determinó que no obraba dentro del expediente documento alguno que permitiera confirmar la existencia de una obligación y que fuere susceptible de cesión para efectos de compensar la suma que por concepto de impuestos predial adeudara la sociedad Taller Santodomingo Ltda.

Así mismo, señaló que no se demostró procesalmente la existencia de alguna obligación a favor de la sociedad Global Corporation S.A., a cargo del Distrito de Cartagena que estuviera insoluta a la fecha de presentación de la cesión del crédito y tampoco se precisó sobre el origen y monto. Tampoco se aportó acta de liquidación a fin de lograr establecer el valor del crédito cedido y además demostrarse que el saldo se encontrare insoluto; ni el contrato de cesión entre las dos sociedades, ni prueba de solicitud de compensación de los predios que corresponda a la entidad demandante.

Y finalmente concluye que: *“Confrontados los actos cuya nulidad se pretende con las disposiciones que se invocan en el acápite de fundamentos jurídicos, y ante la falta de prueba de alguna forma de pago o de la existencia de obligaciones compensadas, se tiene que no resulta probado el cargo de nulidad propuesto, razón por la cual procede denegar las pretensiones de la demanda.”*

VIII. RECURSO DE APELACION³

Inicia la presentación de su memorial exponiendo los hechos que constituyen el objeto de su petición, y que corresponden a los plasmados en el escrito de demanda.

³ Follos 114 a 116 del expediente.

Posteriormente señala que la sentencia recurrida desconoce el numeral tercero del auto que abrió el proceso a pruebas en la primera instancia, y se dispuso que se allegara al expediente las resoluciones impugnadas y los documentos originales o copias auténticas de la cesión de derechos de crédito que reposaban en la entidad demandada; sin embargo no allegaron de forma completa dichos documentos y se castiga por ausencia de pruebas al actor cuando la obligación de acreditarlos recaía en cabeza del ente demandado.

Argumenta su recurso manifestando que con lo expuesto en la demanda se acreditó la doble calidad de deudor y acreedor del Distrito de Cartagena. En uso de esa doble calidad realizó la petición al Distrito que se compensara la obligación tributaria del impuesto predial hasta la concurrencia de menor valor entre ambas obligaciones

IX. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto del 24 de septiembre de 2012, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 28 de noviembre de 2012, se procedió a decretar pruebas en ésta instancia, atendiendo lo dispuesto en el Art. 212 del C.C.A.
- Mediante auto de fecha 27 de noviembre de 2012, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

X.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El agente del Ministerio público delegado ante esta Corporación, desistió de emitir concepto.

XI. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, esta Corporación es competente para conocer del recurso de

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

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte 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. Actos Administrativos acusados

- Resolución No. 00628 del 29 de mayo de 2009, mediante la cual se resolvió desfavorablemente la excepción de pago total por compensación propuesta contra el Mandamiento de Pago.
- Resolución No. 00018 del 6 de enero de 2010, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición propuesto contra el acto anterior y se ordenó llevar adelante la ejecución.

3.- Problema jurídico

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, el problema jurídico principal en esta instancia se circunscribe en establecer si: ¿A partir del acervo probatorio reposado en el expediente, es posible establecer que la entidad demandante se encontraba facultada para solicitar compensación de sus impuestos prediales y la administración demandada, obligada a aceptar dicha forma de extinción de las obligaciones?

De resultar cierto lo anterior, se procedería a decretar la nulidad de los actos administrativos demandados mediante los cuales la Administración, resolvió desfavorablemente las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago y el

acto que posteriormente confirmó su decisión. En caso contrario se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

4.- Tesis de la Sala frente al problema jurídico planteado

La Sala es del criterio que en el caso bajo examen, la entidad demandante se encontraba plenamente facultada para solicitar la compensación del impuesto predial sobre el inmueble identificado, por cuanto la cesión de crédito realizada con el antiguo acreedor del Distrito, - GLOBAL CORPORATION S.A.- operó de forma regular.

Lo anterior se fundamenta en las siguientes consideraciones:

A fin de verificar la eficacia que tuvo la cesión del crédito realizada por la SOCIEDAD GLOBAL CORPORATION S.A., y la sociedad TALLER SANTODOMINGO LTDA., debemos remitirnos a las normas que regulan dicha operación mercantil.

Las dos sociedades anteriores, como entes societarios regidos por las normas de derecho privado, realizaron bajo las estipulaciones del Código de Comercio y del Código Civil la cesión de derechos de crédito sobre el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el Distrito de Cartagena de Indias y GLOBAL CORPORATION S.A., de fecha 30 de noviembre de 2001.

Lo primero que ha de establecerse es la diferencia que existe entre las dos figuras jurídicas de cesión de contrato (regulada por el Código Civil) y la cesión de créditos (regulada por el Código de Comercio), ya que las mismas tienden a confundirse y resulta menester su diferenciación a fin de lograr la correcta aplicación en la solución de la presente controversia.

La doctrina ha señalado en cuanto a la diferencia de la cesión de contratos y la cesión de crédito lo siguiente:

“La cesión de contratos es bien diferente a la cesión de créditos que regula el Código Civil. En la cesión de créditos, se sustituye un sujeto por otro, pero únicamente en el lado activo de la relación obligacional.

“Este crédito que se cede, puede tener origen en diversos tipos de negocios jurídicos, incluso en el mismo contrato, el lado pasivo de la obligación permanece inmutado, simplemente se cumple con algunas formalidades para que le sea oponible la cesión al obligado. La cesión de contrato en cambio, al permitir la sustitución de una de las partes en el contrato que se ejecuta, permite que el tercero cesionario, adquiera los derechos y las obligaciones que correspondían como efectos del contrato, al contratante cedente; es decir, lo que en realidad se cede, es mucho más que las posiciones o lados activos de las relaciones obligacionales, se cede también el lado pasivo, pues del contrato surgen como efecto, obligaciones y derechos para las partes y la cesión de la posición contractual de una de ellas coloca al tercero cesionario en su lugar, en las mismas circunstancias frente al otro contratante⁴”

Significa lo anterior, que lo ocurrido en el caso *sub exámine* correspondió a la sustitución de la parte actora en los derechos que ostentaba frente a los saldos no cancelados por el Distrito de Cartagena de Indias.

En este sentido, nos acogemos a que la figura pertinente resulta ser la **cesión de crédito**, definida como: “un contrato a través del cual una de las partes, quien es titular de un derecho, denominada “cedente”, lo transfiere a otra persona, quien es llamada “cesionario”, para que éste lo ejerza a nombre propio. La cesión se formaliza por el mero acuerdo entre el cedente y el cesionario, el usuario cedido no es parte en el contrato ni se requiere su consentimiento pero sí su notificación. Para efectuar una cesión, es indispensable tener capacidad jurídica para realizar dicho contrato.”

Dicha transmisión del derecho cedido se produce con todos sus accesorios y privilegios que no sean meramente personales y operará desde el momento de la celebración del contrato.

⁴ArrublaPauca, Jaime Alberto. Teoría general del negocio Mercantil. Biblioteca Jurídica Diké. 2008, págs. 270 y 271

Como se desprende, es menester que anteceda la notificación del tercero para que la transferencia de los derechos pueda ser oponible a éste. Sin embargo como lo veremos, la norma permite la realización de las dos posibilidades, la notificación o la aceptación por parte del deudor. Hecha la notificación o aceptada la cesión por el usuario cedido se producen los efectos de la cesión, es decir se traspasan los derechos y deberes del cedente en cabeza del cesionario⁵.

La cesión del crédito se rige por las normas establecidas en el Código Civil Colombiano, comprendida en los artículos 1959 a 1966, los cuales disponen:

ARTICULO 1959. <FORMALIDADES DE LA CESION>. <Artículo subrogado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. El nuevo texto es el siguiente.> La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento.

ARTICULO 1960. <NOTIFICACION O ACEPTACION>. La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.

ARTICULO 1961. <FORMA DE NOTIFICACION>. La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.

ARTICULO 1962. <ACEPTACION>. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.

⁵ T-974-04

ARTICULO 1963. <AUSENCIA DE NOTIFICACION O ACEPTACION>. No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros.

ARTICULO 1964. <DERECHOS QUE COMPRENDE LA CESION>. La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente.

ARTICULO 1965. <RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE>. El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa.

ARTICULO 1966. <LIMITES A LA APLICACION DE LAS NORMAS SOBRE CESION DE CREDITOS>. Las disposiciones de este título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador, y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales.

Quiere decir lo anterior, que logrando el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley para la realización de la cesión de créditos, podemos lograr que la misma pueda producir efectos entre las partes; de ésta forma debe observarse la entrega formal de un título (del documento), asumiendo la norma que en dicho título se han de establecerse las condiciones del crédito cedido, es decir, su monto, el término de exigibilidad, la titularidad del cedente y las demás condiciones accesorias que pudieren presentarse. Previéndose de igual forma por el legislador, que en caso de no encontrarse documento, la cesión podrá hacerse otorgándose un documento del cedente al cesionario.

En el presente asunto, muy a pesar de no hallarse los términos bajo los cuales operó la cesión, sí es posible determinar que la cesión del crédito fue debidamente notificada a la parte demandada, cumpliéndose de esta forma el requisito más importante como lo es poner en conocimiento del deudor la cesión realizada. Se recuerda que uno de los objetivos de la notificación es poner al deudor en conocimiento de la persona a quien debe pagar el crédito, es decir, a quien debe cumplir la obligación de que se trate. De ésta manera al efectuarse la notificación se genera de forma inmediata en la cesión el carácter de oponible frente a terceros, para el presente asunto el Distrito de Cartagena de Indias.

Por ello, al encontrarse a folio 18, documento a través del cual se le informa (notifica) al ente demandado, la cesión efectuada entre las sociedades GLOBAL CORPORATION S.A., y TALLER SANTO DOMINGO LTDA., comunicación suscrita por el señor Gabriel Angulo Hernández y José Wincher Florez, cada uno en calidad de representante la sociedad Global Corporation S.A., y Taller Santodomingo Ltda., respectivamente, -recibida por la entidad demandada el día 25 de junio de 2008⁶- colige la Sala, que ha cumplido con el requisito establecido por el legislador y con ello operado en regular forma la cesión de crédito y la sociedad demandante se ha convertido en acreedora del ente territorial.

De otro lado, como quiera que resulta menester verificar si una vez operada la cesión de crédito –como se ha establecido–, se encontraba facultada la entidad para solicitar la compensación de las deudas tributarias por concepto de impuesto predial a su deudor el Distrito de Cartagena de Indias, procederemos a estudiar las normas que regulan lo pertinente a la compensación como forma de extinguir las obligaciones.

La primera precisión respecto al presente tema consiste en determinar las normatividad aplicable. De suyo se observa que una de las entidades corresponde a una entidad pública y la otra a una sociedad comercial regulada por las normas de

⁶ A dicha comunicación se señalan como anexos: el contrato de cesión, la factura predial y los certificados de la Cámara de Comercio.

derecho privado, y que se encuentran en calidad de deudora y acreedora⁷ respectivamente.

De acuerdo a la especialidad de la materia en el presente asunto, la cual corresponde a los tributos del ente territorial originado en el impuesto predial unificado a cargo del inmueble de propiedad de la sociedad demandante, observamos que las normas a aplicar corresponden a las establecidas en la Ley 44 de 1990.

En ellas se designa al impuesto como un tributo municipal que grava la propiedad inmueble o su posesión, bien sea en áreas urbanas, rurales o suburbanas. El Artículo 656 del Código Civil define los inmuebles o bienes raíces como las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Este impuesto es de tipo real en cuanto recae sobre el valor del inmueble, sin consideración a la calidad del sujeto pasivo (propietario o poseedor) y sin tener en cuenta los gravámenes y deudas que el inmueble soporta. El artículo 3° de la Ley 44 de 1990 estableció como base gravable del impuesto predial, el avalúo catastral o, el autoavalúo de los bienes cuando se establezca en un municipio la declaración privada del tributo⁸.

No obstante lo anterior, la Ley 44 de 1990 no consagró las disposiciones de carácter procedimental, sistemas de cobro y régimen de sanciones que sean necesarias para la aplicación de la declaración del Impuesto Predial Unificado.

Por tanto, remitiéndonos a la Ley 788 de 2002⁹, norma que extiende el procedimiento tributario consagrado para la Nación a los impuestos administrados por las entidades territoriales, en su artículo 59 ibídem que dispone:

⁷ en virtud de los derechos originados en un contrato estatal (contrato de prestación de servicios).

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación: 25000-23-27-000-2001-01676-01(14738) Actor FIDUCIARIA CENTRAL S.A. Demandado. BOGOTA DISTRITO CAPITAL.

⁹ Por medio de la cual se dictan normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones, la cual

*ARTÍCULO 59. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL. Los departamentos y municipios **aplicarán** los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, **cobro**, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos.*

De ésta forma, observamos que resulta menester aplicar lo consagrado en el Estatuto Tributario Nacional, si las disposiciones contempladas en dicho Estatuto resultaren procedentes específicamente en el tema de la posibilidad de solicitar compensaciones. En el artículo 815 y siguientes se consagra:

“Artículo 815. COMPENSACIÓN CON SALDOS A FAVOR. Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán:

a) Imputarlos dentro de su liquidación privada del mismo impuesto, correspondiente al siguiente período gravable;

b) Solicitar su compensación con deudas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones que figuren a su cargo

Parágrafo. Modificado por el art. 43, Ley 223 de 1995, Modificado por el art. 64, Ley 1607 de 2012. Cuando se trate de responsables del impuesto sobre las ventas, la compensación de saldos a favor originados en las declaraciones del impuesto sobre las ventas, sólo la podrán solicitar los productores de bienes exentos y los exportadores.

(...)

Artículo 816. TÉRMINO PARA SOLICITAR LA COMPENSACIÓN. Inciso modificado por el art. 65, Ley 1607 de 2012. La solicitud de compensación de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.

Cuando el saldo a favor de las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios o sobre las ventas, haya sido modificado mediante una liquidación oficial y no se hubiere efectuado la compensación, la parte rechazada no podrá solicitarse aunque dicha liquidación haya sido impugnada, hasta tanto se resuelva definitivamente sobre la procedencia del saldo.

Parágrafo. En todos los casos, la compensación se efectuará oficiosamente por la Administración cuando se hubiese solicitado la devolución de su saldo y existan deudas fiscales a cargo del solicitante.”

A partir de las normas transcritas observamos que la compensación de saldos sólo opera con las declaraciones tributarias realizadas por el responsable o contribuyente y no cobija al resto de acreencias que resulten por cualquier otra circunstancia, por ejemplo la liquidación de contratos estatales a favor de los administrados y a cargo de la administración. En éste sentido, resulta imperioso acudir por tanto a las disposiciones contempladas en el Código Civil Colombiano, que regulan lo pertinente en cuanto a la Compensación como forma de extinguir las obligaciones.

La compensación como forma de extinción de las obligaciones, enunciada y regulada en los artículos 1714 a 1723 del C.C., se caracteriza por afectar a deudas homogéneas que se deben entre sí dos personas, ambas deudas se extinguirán en la cantidad concurrente si se respetan los requisitos exigidos para que opere la compensación legal.

Una de las características de esta forma de extinguir las obligaciones es que la misma opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los de los deudores. El

artículo 1715 del C.C., establece como requisitos para que opere la compensación los siguientes:

*“ART. 1715.—La compensación se opera **por el solo ministerio de la ley** y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnan las calidades siguientes:*

- 1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
- 2. Que ambas deudas sean líquidas.*
- 3. Que ambas sean actualmente exigibles.*

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor¹⁰.”

En el presente asunto es del caso destacar que será procedente la compensación como forma de extinguir las obligaciones al cumplirse los requisitos de: i) ser ambas partes personal y recíprocamente deudoras y acreedoras, es decir que sean obligaciones propias de las personas cuyas obligaciones se extinguen¹¹ -no se puede solicitar la compensación en calidad de fiador-.ii) Que ambas deudas sean análogas, es decir, que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de

¹⁰ DOCTRINA.—Incongruencia del sistema de compensación legal. "1. De la regla de que la compensación obra por ministerio de la ley, aun sin necesidad de que lo sepan los deudores, se deducen consecuencias absurdas e inequitativas; pero el legislador ha tratado de evitarlas, de lo cual resultan verdaderas incongruencias.

a) Sin embargo de efectuarse la compensación por ministerio de la ley, reza el art. 1719 del Código, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad.

Si en este caso la compensación obrara por ministerio de la ley y las deudas se fueran extinguiendo a medida que cada contratante reuniera la doble calidad de acreedor y deudor, tendríamos que quien no alegara la compensación haría pago de lo no debido. Y no es así, lo cual quiere decir que se aplican las consecuencias del sistema alemán y del suizo.

b) Y ello es así, pues en la práctica judicial la compensación debe ser alegada para que produzca sus efectos, quedando descartada la regla de que obra por ministerio de la ley y aun sin conocimiento de las partes. Entonces tendremos que interpretar la parte del artículo 1715 en el sentido normal que tuvo en sus antecedentes históricos, esto es que para alegar en juicio o extrajudicialmente la compensación, no se necesita ningún requisito, ninguna formalidad.

c) Y corrobora lo expuesto la doctrina del artículo 1718 acabada de exponer, según la cual el deudor que en el momento de la notificación no alega la compensación frente al cesionario, no la puede alegar después.

En resumen. a pesar de las enfáticas palabras del artículo 1715 del Código, de que la compensación obra por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de las partes, en la práctica de los negocios y en los tribunales, ya entre las partes contratantes, ya frente a terceros, para que la compensación produzca efectos debe ser alegada, propuesta. (VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, Editorial Temis, 7ª Edición, 1986, págs. 445 y 446).

¹¹ Consecuencia de ello es que si las deudas no son personales, aunque haya entre esas dos personas relaciones de acreedor y deudor, no puede operarse la compensación, y, por eso, el deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador (inc. 2º, arts 1657, 1716 para el C.C. colombiano) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Teoría de las obligaciones Editorial Jurídica Ediar, Conosur, Chile, págs 449 a 455

igual género y calidad¹². iii) Que ambas obligaciones sean líquidas, es decir que se conozca con toda exactitud su existencia y su monto¹³ y finalmente iv) Que ambas deudas sean actualmente exigibles, es decir, que el acreedor de cada una de estas obligaciones esté en la situación jurídica de hacer efectivo su cumplimiento¹⁴.

5. Caso Concreto

A partir de la normatividad expuesta en las consideraciones precedentes, encuentra la Sala que en la cesión de créditos se distinguen dos momentos distintos, el primero de ellos es el perfeccionamiento de la cesión de créditos, el cual se verifica tan sólo con la entrega del título que le hace el cedente al cesionario, y en caso que la obligación no conste en título, se hará otorgando uno.

Para el caso *sub examine*, precisa la Sala que la parte demandante solicitó en el transcurso de las dos instancias, y se ofició por parte de ésta Corporación a la entidad demandada, a fin que ésta allegara al plenario los documentos referentes a la cesión del crédito notificada, sin embargo sólo se tuvieron respuestas evasivas a los sendos oficios remitidos por la Secretaría de ésta Corporación y en las cuales reportaban a distintas dependencias del Distrito de Cartagena de Indias, como las encargadas de dichos documentos, pero nunca determinando con exactitud a quién correspondía la

¹² Cuando la ley dice que ambas cosas sean fungibles o indeterminadas de igual género y calidad, quiere decir que las cosas sean "fungibles entre sí", es decir, que las dos obligaciones recaigan sobre cosas que indistintamente puedan servir para solucionar una u otra; de manera que la fungibilidad o indeterminación de las cosas debe existir no con relación al género a que la cosa pertenece, sino con relación a la otra obligación. Y así, puede compensarse trigo con trigo, porque en este caso las dos obligaciones recaen sobre cosas del mismo género, pero no podría compensarse trigo con cebada, porque la cebada, aun cuando sea cosa fungible o indeterminada dentro del género a que pertenece, no es fungible o indeterminada dentro del mismo género a que pertenece el trigo. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Teoría de las obligaciones. Editorial Jurídica Ediar, Conosur, Chile, págs. 449 a 455.

¹³ Y para que sea líquida en cuanto a su cuantía no es necesario que sea actualmente líquida, es decir, que conste de una cantidad determinada con toda precisión, porque también es líquida para este efecto una obligación cuyo monto sea fácilmente liquidable, esto es, cuyo monto pueda conocerse con toda exactitud por simples operaciones aritméticas o que pueda determinarse fácilmente por los datos que consten en el título. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Teoría de las obligaciones. Editorial Jurídica Ediar, Conosur, Chile, págs. 449 a 455

¹⁴ Que no haya ningún obstáculo jurídico para que el acreedor pueda compeler al deudor a la ejecución de la obligación. Luego, no puede tener lugar la compensación cuando ambas obligaciones o una de ellas no son actualmente exigibles; y así, las obligaciones naturales no pueden ser compensadas legalmente, porque carecen de acción para exigir su cumplimiento, tampoco pueden serlo todas aquellas obligaciones convencionales de condición suspensiva, pendiente la condición; ni las obligaciones a plazo, pendiente el plazo; ni ninguna obligación a que la ley niegue acción para exigir su cumplimiento. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Teoría de las obligaciones. Editorial Jurídica Ediar, Conosur, Chile, págs. 449 a 455

obligación de suministrar los originales o las copias de los documentos en cuestión y hacerlos parte del acervo probatorio.

Conforme lo expuesto, considera la Sala que se hace menester apartarse de la tesis delimitada por el juez de primera instancia, ya que él mismo endilgó—totalmente— la responsabilidad en materia probatoria a la parte demandante, imponiendo con dicho actuar el acometimiento de cargas excesivas o casi imposibles de cumplir.

Del comportamiento de la entidad demandada se desprende su falta de cooperación a la recta impartición de justicia, y la transgresión con su actuar a los legítimos derechos de los asociados.

Correspondía por tanto al Distrito de Cartagena de Indias, allegar al plenario sin ningún tipo de evasivas los documentos que obraban en su poder y el no haberlo efectuado obliga a la Sala a resolver el fondo del asunto con las pruebas obrantes en el expediente y que indican de forma indirecta los hechos plasmados en la demanda.

Es decir que aunque no sea posible observar los términos bajo los cuales operó la cesión¹⁵, sí es posible verificar que hubo una transmisión de derechos de acuerdo a lo obrante a Folio 18-. Lo anterior, teniendo presente de igual forma que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas se ciñen a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas (Art. 83 C.P.).

El segundo de los momentos corresponde a la notificación de la cesión al deudor, mediante dicho acto se le está manifestando al sujeto pasivo de la obligación —deudor— quien ostenta la nueva calidad de acreedor y por consiguiente a quien deberá cumplir la obligación a fin de obtener la extinción de la misma.

¹⁵La entidad demandada nunca allegó al plenario los documentos obrantes en su poder, muy a pesar que la misma fue oficiada en varias ocasiones por ésta Corporación y sus respuestas fueron completamente evasivas, incumpliendo su obligación legal de presentar dichos documentos.

En el presente asunto la transmisión del crédito del cual era titular la sociedad GLOBAL CORPORATION S.A., realizada a la sociedad TALLER SANTODOMINGO LTDA., se efectuó bajo el cumplimiento de la debida notificación al deudor Distrito de Cartagena de Indias-ente demandado-. Es decir que ha operado en regular forma la cesión de créditos y ha producido plenos efectos entre las partes.

Bajo la nueva calidad de acreedor que ostentare la sociedad TALLER SANTODOMINGO LTDA, solicitó se realizara compensación de las obligaciones tributarias con el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

El Distrito adelantando el trámite de cobro coactivo a la entidad demandante, profiere mandamiento de pago; la entidad actora presenta excepciones al mismo, argumentando la cesión de crédito realizada y puesta en conocimiento al ente territorial a fin que no pueda ser desconocida y por el contrario se tuviera como saldada la obligación a través de la compensación.

El ente demandado omitiendo la circunstancia anterior, mantiene su posición inicial de continuar con el trámite coactivo.

De acuerdo a la normatividad señalada, la compensación opera por el sólo ministerio de la ley unas vez i) ambas partes son consientes de la doble calidad que ostentan la una frente a la otra- lo cual ocurrió al momento de la notificación de la cesión del crédito realizada entre GLOBAL CORPORATION S.A., a la sociedad TALLER SANTODOMINGO LTDA.; ii) las obligaciones a compensar sean semejantes, en este caso se trata de dinero; iii) las obligaciones sean líquidas, en el caso objeto de estudio esto se determina a partir del acta de liquidación del contrato de prestación de servicios que fue cedido al hoy ente demandante y el monto que ésta sociedad adeuda por concepto del impuesto predial, éstas operaciones deben ser realizadas por la administración y de acuerdo a los documentos que obran en su poder; y iv) finalmente, las deudas deben ser actualmente exigibles, lo cual se evidencia en el acta de liquidación como en el mandamiento de pago proferido por la administración Distrital.

Así las cosas, para la Sala no puede ser desconocida la vulneración que se presenta a la normatividad señalada por el actor y que fue explicada en párrafos anteriores por ésta Corporación, ya que efectivamente sí se encuentra infracción a las normas en las cuales debieron fundarse los actos demandados, desconociendo de ésta forma las figuras de la cesión de créditos y la compensación, las cuales operaron con plena observancia de sus formalidades, debiendo por tanto ser totalmente respetadas por el ente territorial.

Se procederá por tanto a declarar la nulidad de la Resolución No. 00628 del 29 de mayo de 2009, mediante la cual se resolvió desfavorablemente la excepción de pago total por compensación propuesta contra el Mandamiento de Pago; y la Resolución No. 00018 del 6 de enero de 2010, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición propuesto contra el acto anterior y se ordenó llevar adelante la ejecución.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará al Distrito que antes de proferir el mandamiento de pago por concepto de impuesto predial descuente el valor que pertenezca a la entidad demandante por concepto de la cesión de crédito efectuada entre GLOBAL CORPORATION S.A., a la sociedad TALLER SANTODOMINGO LTDA.; y en este sentido se entenderá compensado la suma que resulte de la diferencia entre lo adeudado por impuesto predial a cargo de TALLER SANTODOMINGO LTDA., y lo adeudado por el DISTRITO DE CARTAGENA en el acta de liquidación del contrato de prestación de servicios cedido a TALLER SANTODOMINGO LTDA.

Por último, al no observarse conducta temeraria en la actuación de las partes, no habrá lugar a condena en costas, de conformidad con el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

XII. 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: REVOCAR la sentencia de fecha treinta (30) de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva ésta providencia. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD de la Resolución No. 00628 del 29 de mayo de 2009, mediante la cual se resolvió desfavorablemente la excepción de pago total por compensación propuesta contra el Mandamiento de Pago y de la Resolución No. 00018 del 6 de enero de 2010, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición propuesto contra el acto anterior y se ordenó llevar adelante la ejecución.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ORDENAR al Distrito que antes de proferir el mandamiento de pago por concepto de impuesto predial descuenta el valor que pertenezca a la entidad demandante por concepto de la cesión de crédito efectuada entre GLOBAL CORPORATION S.A., a la sociedad TALLER SANTODOMINGO LTDA.; y en este sentido entiéndase COMPENSADO la suma que resulte de la diferencia entre lo adeudado por impuesto predial a cargo de TALLER SANTODOMINGO LTDA., y lo adeudado por el DISTRITO DE CARTAGENA en el acta de liquidación del contrato de prestación de servicios cedido a TALLER SANTODOMINGO LTDA.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por lo considerado.

CUARTO: Sin Condena en costas.

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.

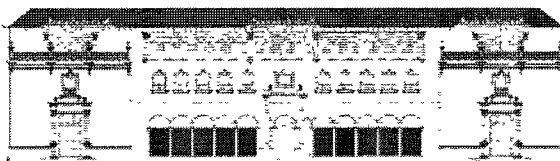
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE EANDINO GALLO

Nota: Las presentes firmas corresponden a la sentencia del 16 de Octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión No 003, en el proceso radicado con número NYR 004-2010-00137-01, en el cual actúa como demandante el señor TALLER SANTODOMINGO EN LIQUIDACIÓN y como entidad demandada la DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1253
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---|---|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : MIRIAM JULIO MARRIAGA |
| DEMANDADO | : CAJANAL E-I-C-E EN LIQUIDACION |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-23-31-010-2006-00974-01 |
| FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE DE 2013 | |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

146 159
1 C



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

Magistrado Ponente : **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 266 - 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., Veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2013)

TEMA: Reliquidación de pensión gracia

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-23-31-010-2006-00974-01

II. PARTES

Demandante: MIRIAM JULIO MARRIAGA

Demandado: CAJANAL E.I.C.E.

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 veintiséis (26) de Junio de 2012, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

“1. Declarar la Nulidad de la Resolución N° 18234 de fecha 24 de ABRIL DE 2006, suscrito por el Asesor de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante el cual se atiende en forma desfavorable la solicitud presentada por mi poderdante MIRIAM JULIO MARRIAGA de Revisión Pensión de Gracia.

2. Declarar que mí poderdante MIRIAM JULIO MARRIAGA, tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social le reconozca, liquide y pague el valor correspondiente a la revisión pensión de Gracia de conformidad y en concordancia con la Ley 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario devengado, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos, según lo establecido en la Ley 4° de 1966, Decreto 1473 de 1966, efectiva a partir de la fecha en que acreditó el status pensional.

138 C.C.A. CONDENAS

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la entidad demandada, Caja Nacional de Previsión Social, a elevar el valor de la Pensión de Gracia, teniendo en cuenta los incrementos porcentuales establecidos por el Gobierno Nacional, y las primas y demás emolumentos que constituyen el salario, según lo establecido por la Ley 4° de 1966 Decreto 1443 de 1966, Ley 33 de 1985 y 71 de 1988, a partir de la nueva

cuantía pensional del 75% de la totalidad de los factores salariales devengados, efectiva a partir de cuándo mi poderdante adquirió el status pensional.

2. Condenar a la entidad demandada a reconocer a favor de MIRIAM JULIO MARRIAGA las diferencias de las mesadas generadas de la pensión de gracia, por la inclusión de todos los factores salariales, según la petición anterior, en la suma líquida sobre el 75% de todos los factores salariales devengados y acreditados, desde la fecha en que adquirió el status pensional hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que por esta acción se llegare a reconocer.

3. Condenar a la demandada para que pague la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas al demandante desde el momento en que debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones.

4. Condenar a la demandada a reconocer sobre las mesadas adeudadas a mi mandante, los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor y al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

5. Condenar a la demandada a reconocer a favor de mi poderdante los intereses moratorios, contados después de la ejecutoria del fallo, si no da cumplimiento al mismo dentro del término previsto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

6. Condenar a la demandada a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

7. Condenar a la demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi poderdante.”

2. HECHOS

“1. La Caja Nacional de Previsión Social a través de la Resolución N° 28384 del 23 de Noviembre de 2000, reconoció y ordenó el pago de una pensión Gracia de Jubilación a favor de mi poderdante MIRIAM JULIO MARRIAGA, pero no se le fue tenido en cuenta el valor total de todas las primas como son navidad, alimentación, grado mensual, rural mensual, sobresueldos, subsidio de transporte, horas extras (si hay lugar a ellas) y demás emolumentos devengados por mi poderdante en el año de consolidación del status pensional, lo que le representaba una suma superior a la que la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció.

2. En virtud a lo anterior, el día 18 de Abril de 2005 se solicitó ante la entidad de Previsión que se revisara el monto de la pensión de gracia reconocida, teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales y anexando a la solicitud, la totalidad de los documentos que se consideran necesarios para efectuar dicho reconocimiento.

3. La Caja Nacional de Previsión Social por medio del acto demandado en esta acción, resolvió en forma negativa la petición anterior, manifestando entre otras cosas “Que efectuada la revisión de la pensión gracia se encuentra ajustada a derecho”.

4. Para efectos de la liquidación de la Pensión Gracia de Jubilación, la Ley 4° de 1966 determina que la cuantía de la pensión equivale al 75% del promedio mensual de salarios percibidos durante el último año en que adquiere el derecho a la pensión de gracia. La norma en comento es mencionada por la Entidad demandada, peros su efectos son motivo de interpretación diferente a

la dada por las altas Cortes. La Caja Nacional de Previsión Social no tuvo en cuenta al momentos de liquidar la pensión de Gracia a favor de mi mandante, la totalidad de los factores salariales devengados en el año en que adquiere el derecho, tal y como lo establece la norma, y pretende que esta sea liquidada con base en los factores salariales sobre los cuales se efectuó descuento de previsión, taxativamente listados en la Ley 33 y 62 de 1985.

5. Los docentes se encuentran amparados por un régimen especial de pensiones que se rigen por la Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933; este régimen no se encuentra afectado por lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en cuanto a la determinación de la cuantía de la pensión por el promedio salarial que sirvió de base para los aportes del último año de servicios, teniendo en cuenta que esa misma establece "... no quedan sujetos a la regla general los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones".

6. La norma es suficientemente clara al respecto, la pensión no puede ser liquidada con fundamento en la Leyes 33 y 62 de 1985, porque es la misma Ley 33 la que deja por fuera de su ámbito las pensiones de régimen especial, como es el caso de la Pensión de Gracia. Además, jurisdiccionalmente el punto ya fue definido por el Consejo de Estado quien en multitud de fallos ha precisado que la liquidación de dicha pensión se efectuará con base en lo dispuesto en la Ley 4° de 1966, en consonancia con lo establecido en el Decreto 1743 del mismo año.

7. De conformidad con lo expuesto en líneas anteriores, lo establecido en la Ley 33 de 1985 y el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 no constituyen las normas aplicables al régimen especial de la Pensión Gracia de Jubilación, siendo

entonces las disposiciones a tener en cuenta la Ley 114 de 1943, 116 de 1928, 37 de 1933 y 4° de 1966, en consecuencia, cuando se trata de liquidar la pensión gracia debe tenerse en cuenta todo lo percibido por el peticionario durante el último año de servicios en que adquirió el derecho a dicha pensión (Ley 65 de 1946 definió el salario o sueldo no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas la sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios), y no aquellos factores sobres los cuales haya efectuado aportes a la Caja Nacional de Previsión Social, entonces, no reconoce la pensión por los aportes a ella sufragados, sino que hace las veces de pagadora de la prestación pues simplemente se le transfirió la función.

8. El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que, cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho podrá restablecerse en cualquier tiempo, por lo cual me encuentro dentro del término establecido para entabla a presente acción.”

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política: preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 58.

Legales: Ley 114 de 1943

Ley 116 de 1928

Ley 37 de 1933

Ley 4 de 1966

Decreto 1743 de 1966

Ley 33 de 1985

Alega el apoderado de la parte demandante que al liquidarse la pensión de su mandante, esta se hace con claro desconocimiento de las normas legales aplicables al caso, como son los artículos 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Nacional.

De esa manera su poderdante tiene derecho a la pensión gracia liquidada como régimen especial, siendo esta un bien genéricamente desprotegido, pues existe un claro mandato del artículo 2 de la C.N. al ser la pensión gracia un derecho derivado de una relación laboral con ello se transgredió el artículo 25 de la CN que ordena para el trabajo una especial protección del Estado.

De los fundamentos de las normas violadas esgrimidos por el apoderado de la parte demandante se resaltan los siguientes:

“(..)” por ser los maestros acreedores de pensión por Ley o régimen especial, no es aplicable la Ley 33 de 1985 y por lo tanto debe aplicárseles la Ley 4° de 1966 antes mencionada, que reglamenta la cuantía de la pensión concedida por la Ley 114 de 1913.

En este caso la pensión gracia de jubilación reconocida a mi mandante se encuentra dentro de la excepción ya que hace parte de un régimen especial de pensiones, como es el Magisterio Oficial.

Los educadores de primaria oficial al igual que los empleados y profesores de las Normales y los que habiendo trabajado en estos niveles alguna fracción de tiempo, completen 20 años de servicio, tiene derecho a un régimen especial de jubilación que les permite percibir paralelamente la pensión ordinaria y la pensión de gracia, de conformidad con la Ley 114 de 1913, siendo ambas pensiones compatibles entre sí. Dicho régimen especial permite que los docentes devenguen sueldo y pensión simultáneamente, es así que la pensión

de gracia fue creada por una Ley especial, al punto de que la paga la Nación sin que le hayan prestado servicios a ella y por lo tanto es una pensión con cargo directo al Tesoro Nacional.

De lo anterior se deduce claramente que la regla general sobre la cuantía y la edad del inciso 1°, artículo 1°, de la Ley 33 de 1985 no es aplicable a la pensión de gracia, por lo que mi mandante se hace acreedor a la aplicación por parte de la entidad demandada de la regla contenida en el artículo 4° de la Ley 4° de 1966 y artículo del decreto reglamentario 1743 de 1966.

Como la pensión gracia no es pagada con cargo a los aportes, los beneficiarios de tal pensión no requieren estar afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social. Tal pensión se paga con cargo directo al Tesoro Nacional pues si los educadores no son a portantes de la Caja Nacional de Previsión Social para la pensión gracia, no se puede decir que la pensión es calculada sobre los factores de remuneración que se aporta. (...)"

B. LA CONTESTACION

La demandada en su escrito de contestación, respecto del primer hecho manifiesta lo siguiente:

Señala que la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal en Liquidación) le reconoció la pensión gracia a la demandante a través de Resolución 28384 de Noviembre del año 2000, así mismo indica que solo se le tuvo en cuenta los factores salariales que devengó en el último año de servicio puesto que los factores de prima de navidad, auxilio de alimentación, subsidio de transporte y demás emolumentos que se mencionan no se tuvieron en cuenta puesto que como se explica son factores prestacionales no salariales, estos últimos son los que se deben tener en cuenta para la pensión gracia.

En síntesis resume la tesis de que los factores prestacionales difieren de los salariales en el evento en que los últimos constituyen remuneración directa o indirecta al trabajo como son sueldos, sobresueldos, prima de alimentación, prima de habitación, subsidio de transporte, reajustes de movilización, prima especial, compensación, es decir, engrosan su patrimonio o lo enriquecen, en cambio los primeros tienen una destinación específica frente a determinados riesgos o gastos.

Propone como excepciones las siguientes:

1) INEPTA DEMANDA: la entidad demandada solicita como medio exceptivo la ineptitud sustancial de la demanda por cuanto la parte demandante no agotó previamente la vía gubernativa puesto que no utilizó los recursos pertinentes en este caso el de apelación del acto administrativo demandado.

2) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO:

Manifiesta que Cajanal no adeuda suma alguna a la demandante puesto que no tiene derecho a lo solicitado en virtud de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. toda vez que la parte demandante aun cuando para efectos del reconocimiento prestacional se le aplico el Decreto 1045 de 1978, en la medida en que estas últimas normas, señalan los factores salariales a ser contemplados, por ello se hizo preciso para efectos de la liquidación de la prestación pensional la remisión a la Ley 100 de 1993 que a su vez trae a colación lo mismo que las Leyes 33 y 62 de 1985, puesto que las anteriores normativas guardaban silencio con relación a los factores salariales en aplicación del principio de hermenéutica jurídica y es por ello que se acude al régimen común de los empleados oficiales.

Así mismo señala que los factores salariales son taxativos según lo señalado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, y de dicha lista no comprenden los que enuncia la demandante como no incluidos al momento del reconocimiento

como factor salarial, puesto que para hacer esto se requiere un pronunciamiento directo del legislador.

Concluye oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda y argumentando que existe violación al principio de legalidad, al principio de sostenibilidad presupuestal y al principio de solidaridad, además que ha operado el fenómeno de la prescripción de las mesadas.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia en primera instancia de fecha veintiséis (26) de Junio de 2012, en donde resolvió concediendo las pretensiones de la demanda aduciendo que una vez realizado el análisis jurídico de las normas que regulan a la demandante, se observó que no se le incluyeron todos los factores salariales devengados y que en esa medida tiene derecho la demandante a que se re-liquide su pensión gracia conforme a todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Dentro de los argumentos esgrimidos por el Juez de instancia se destacan los siguientes:

“(...) como quiera que en este caso, la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL solo tuvo en cuenta para liquidar el derecho a pensión, la asignación básica devengado por la parte actora en el año anterior a la causación de su derecho, sin incluir los demás factores que disfruto, deberá declararse la nulidad de la Resolución No. 18234 del 24 de abril de 2006 por medio del cual, Cajanal resolvió negar la revisión de la pensión de jubilación del actor...”

D. LA APELACION

El apoderado de la parte demandada solicita sea revocada la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por cuanto, afirma en los fundamentos legales planteados en la

contestación de demanda, teniendo en cuenta la oposición a las pretensiones de la misma, en las excepciones propuestas de Inconstitucionalidad: respecto a la trasgresión del principio de la sostenibilidad presupuestal consagrado en el artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, toda vez que la demandante no cotizó los respectivos ajustes a la pensión gracia ante la respectiva entidad de previsión, porque si bien la pensión gracia fue otorgada a los docentes, esta deja a un lado las políticas públicas de manejo macroeconómico del Estado y el sistema de presupuesto de las Cajas de Previsión Social. Excepción de Inepta Demanda sustentada en contestación de demanda.

Señala además que la demanda va dirigida a obtener nueva reliquidación de pensión de jubilación (pensión gracia). Argumentando el actor que, al momento de expedir Cajanal E.I.C.E. en liquidación, la resolución que liquidó, reconoció y pagó su pensión de jubilación de gracia, realizó la liquidación sin tener en cuenta todos los factores salariales; pero mi representada al resolver lo hizo siempre acogiéndose a los parámetros legales y constitucionales que rige para tal situación, de donde se concluye que las primas de navidad o de servicios, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, no podrán imputarse como factores salariales, a la hora de calcular la mesada pensional, tratándose de trabajadores particulares y mucho menos a los servidores públicos, por cuanto estos están regulados por una relación legal y reglamentaria.

Por consiguiente la resolución acusada No. 18234 de 24 de abril de 2006, con la que Cajanal E.I.C.E. en liquidación, negó re liquidar la pensión de jubilación a la señora MIRIAM JULIO MARRIAGA, se dio ajustada a derecho, puesto que, no podían tenerse en cuenta aquellos factores sobre los cuales no se aportó a la entidad.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto de fecha 27 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación. (FL119)
- Por auto posterior de fecha 30 de julio de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. (FL 121). 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 Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Síntesis del caso.

La señora MIRIAM JULIO MARRIAGA le fue reconocida pensión gracia mediante Resolución N° 28384 del 23 de noviembre de 2004, sin embargo esta consideró que no fue liquidada su pensión gracia conforme a lo estipulado en la ley y en esa medida interpone derecho de petición el 18 de abril de 2005, solicitando la reliquidación de su pensión gracia con la inclusión de todos los factores salariales que dice devengó en el año anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada. Sin embargo la entidad demanda mediante Resolución N° 18234 del 24 de abril de 2006, resuelve de manera desfavorable lo solicitado, en concordancia con la negativa recibida la actora haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad de dicho acto y que en consecuencia se re liquide su pensión gracia conforme a todos los factores salariales efectivamente devengados.

Por su parte la entidad demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas en forma desfavorable, en razón a que al momento de liquidar la pensión gracia de la actora esta fue liquidada con fundamento en la normatividad vigente al momento de su expedición, y por tanto su proceder no fue de ninguna manera caprichoso.

El Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, pues considera que la Resolución que reconoce la pensión gracia de la demandante no tuvo en cuenta la totalidad de los factores devengados por la actora y que solo se limitó a liquidarla con la asignación básica devengada por la actora en el año anterior a la causación del derecho a la pensión.

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia pues considera que la misma debe ser revocada, en razón a que su poderdante no puede ser condenada a re liquidar la pensión gracia de la actora por cuanto CAJANAL no percibió aportes por lo que se reclama.

3. Acto administrativo demandado.

- Resolución N° 18234 del 24 de abril de 2006, expedida por la entidad demandada CAJANAL (en liquidación) mediante la cual se le negó a la demandante la revisión y Reliquidación de su pensión gracia.

4. Problema jurídico a resolver.

Se concreta en establecer si la demandante tiene derecho a que su pensión Gracia, que le viene actualmente reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL E.I.C.E en liquidación), le sea re liquidada teniéndole en cuenta además de la asignación básica, los demás factores salariales que devengó en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, y que no se tuvieron en cuenta al momento de liquidar su pensión.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, y en atención a los argumentos del apelante, la Sala en primer lugar establecerá cual es el marco normativo que regula la pensión gracia (reconocimiento y liquidación), para así determinar las normas aplicables en la solución del caso concreto.

A- Marco normativo que regula la pensión gracia

Esta pensión es especial y aparece reglada en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933. La primera creó el derecho y fijó sus parámetros: titulares, tiempo de servicio, edad, requisitos adicionales, cuantía y sujeto obligado a pagarla. La segunda y tercera ley ampliaron los titulares y el tiempo de servicio computable para esta prestación.

Sus disposiciones expresan:

La Ley 114 de 1913 consagró en su artículo 1º esta prestación excepcional en beneficio de los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años y completen la edad de cincuenta (50) años de servicio. Por otra parte, en el art. 3o. determinó:

"Los veinte años de servicio a que se refiere el artículo 1o. podrán contarse computando servicios prestados en diversas épocas, y se tendrán en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente ley."

La Ley 116 de 1928 extendió con las limitaciones necesarias la anterior prestación excepcional a otros docentes de la siguiente manera:

"Art. 6o. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta

complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumaran los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección”.

La Ley 37 de 1933, por su parte, extendió nuevamente la citada prestación a otros docentes y por otros servicios, así:

“Art. 3o.Las PENSIONES DE JUBILACION DE LOS MAESTROS DE ESCUELA, rebajadas por Decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la CUANTIA señalada por las leyes. Hácense extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.”

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15 estableció lo siguiente:

“Art. 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

...

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión

ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

En resumen los requisitos para que se conceda la pensión gracia a docentes son:

1. Haber laborado por más de 20 años,
2. Haber cumplido 50 años de edad,
3. Que observe buena conducta,
4. Haber prestado sus servicios como docente de carácter departamental, distrital o nacionalizado,
5. En caso de ser docente nacionalizado haber estado vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, y
6. Haber prestado sus servicios como maestro de escuelas primarias oficiales, empleado o profesor de escuela normal o de inspector de instrucción pública o profesor de establecimiento de enseñanza secundaria.

De la cuantía de la pensión.

El monto de la pensión gracia fue establecido por el artículo 2º la Ley 114 de 1913, el cual establecía:

Artículo 2º.- La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.

Posteriormente la Ley 6ª de 1945 en su artículo 29 señaló:

ARTICULO 29. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquéllas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicio.

El artículo antes transcrito fue modificado por el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, en el sentido de que *"cuando se trate de servidores del ramo docente las pensiones de jubilación se liquidarán con el promedio de los sueldos durante el último año."*

Por su parte la Ley 4ª de 1966 relevante en materia pensional que modificó la disposición anterior, reza:

“Art. 4º A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.” (Subrayado fuera de texto)

El Decreto 1743 de 1966 que reglamentó la Ley 4ª de 1966 dispone:

“Art. 5º A partir del veintitrés (23) de abril de 1966, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.” (Subrayado fuera de texto)

Posteriormente se expidió la Ley 33 del 29 de enero de 1985, por la cual se dictan unas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las Prestaciones Sociales para el sector público, la cual resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes. En el artículo 1º de dicha ley se determinó:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Parágrafo 1º No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que

la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones... (Subrayado fuera de texto)

Es como consecuencia de la normatividad anterior que en repetidas ocasiones se ha dicho que las Leyes 33 y 62 de 1985 que entraron a regular de manera general lo atinente a las pensiones de jubilación no son aplicables a la Pensión Gracia, debido a que esta última cuenta con un régimen especial y más aún cuando sus beneficiarios no realizan aportes para adquirirla, puesto que se encuentran a cargo del tesoro nacional. Por consiguiente las pensiones reguladas por leyes especiales se liquidan con fundamento, no en los aportes, sino en la remuneración que es todo lo que percibe el empleado o trabajador, directa o indirectamente, por causa de su relación laboral.

Por otra parte la Ley 115 de 1994 en su art. 115 señaló que:

“El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.” Y el inciso tercero del precitado artículo dispuso que “En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”. (Subrayado fuera de texto)

Conforme a la legislación citada anteriormente, para determinar el fundamento normativo de los factores de la pensión de jubilación gracia, que inciden en la cuantía de su mesada pensional, se encuentra que aunque inicialmente el art. 2º de la Ley 114 de 1913 estipuló su valor en la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicio, también es cierto que el párrafo 2º del art. 1º de la Ley 24 de 1947, que entró a modificar el art. 29 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que la pensión de jubilación de los servidores del ramo docente dentro de las cuales se encuentra la pensión gracia se liquidará de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año. Posteriormente, el art. 4º de la Ley 4ª de 1966, reglamentado por el art. 5º del Decreto. 1743 de 1966,

determinó que a partir de abril 23 de 1966 las pensiones de jubilación o de invalidez de los servidores de las entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual devengados durante el último año de servicio, norma que se mantiene vigente.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 03 de noviembre de 2005, expediente 1018 -05, con ponencia del Dr. Jesús Maria Lemus Bustamante, señaló:

“En conclusión, el derecho al disfrute de la pensión gracia se adquiere a partir de la fecha del cumplimiento de los requisitos señalados en las normas especiales, momento a partir del cual entra al haber de la persona y, por ende, el derecho queda consolidado desde ese instante, lo que hace imposible tener en cuenta factores devengados posteriormente, cuando el derecho ya está consolidado. La pensión gracia es especial, constituye una dádiva del Estado y, como ya se indicó, se rige por una normatividad especial, razón por la cual la entidad demandada no puede reliquidarla a la fecha del retiro sino al momento de su causación, con los factores devengados durante el último año de servicios. La presente aclaración obedece a que la tesis planteada en anteriores providencias sobre el tema por el ponente de esta providencia creaba un equívoco respecto de la posibilidad de los docentes de recibir simultáneamente pensión gracia, pensión de jubilación y salario, lo que es posible y por ende no dá razón para fundamentar la negativa de reliquidación de la pensión gracia. Como la demandante tiene derecho a que se le incluyan como factores pensionales los antes descritos, para el año anterior a aquel en el que adquirió el status, y no a que se le reliquide la pensión al momento del retiro, la sentencia apelada habrá de confirmarse”.

En conclusión, la liquidación de la pensión de jubilación (pensión gracia) se debe realizar sobre el 75% del promedio mensual de todos los conceptos legales devengados en el último año anterior a la causación del derecho.

5. Hechos probados.

5.1 Quedo demostrado que a la actora le fue reconocida pensión gracia mediante Resolución N° 28384 del 23 de noviembre de 2000, hecho que fue reconocido como cierto por la misma entidad en el acápite de "Pronunciamientos sobre los hechos de la demanda", en la contestación de la demanda, visible a folio 32 del expediente.

5.2 También quedo demostrado que los factores prestacionales como prima de navidad, auxilio de alimentación, subsidio de transporte y demás emolumentos que menciona la actora no se tuvieron en cuenta, hecho que así lo reconoce la entidad demanda en su contestación de demanda, pues considera la entidad demandada que la razón de lo anterior es por lo que estos son factores prestacionales y no salariales que se deban tener en cuenta para determinar la pensión gracia. (fl.32).

5.3 La actora eleva derecho de petición el 18 de abril de 2005, solicitando se le reliquide su pensión gracia, conforme a los factores salariales devengados por esta y no solo por la asignación básica como resulta de la resolución de reconocimiento, como así lo reconoce la misma entidad demanda en las consideraciones de la resolución No. 18234, por medio del cual se negó la revisión de una pensión gracia por nuevos factores salariales. (FL 8)

5.4 La entidad resuelve la petición elevada por la demandante mediante la Resolución N° 18234 del 24 de abril de 2006, negando la solicitud de Reliquidación por inclusión de todos los factores salariales. (FL 8-11)

6. Caso concreto.

En el asunto que nos ocupa a la demandante le fue reconocida pensión gracia, mediante resolución No. 28384 de fecha 23 de noviembre del año 2000, tal y como así lo reconoce la entidad demandada en su contestación de la demanda, visible a folio 32 del expediente.

Así mismo se corroboró, mediante resolución No. 18234 visible a folio 8 del expediente, emitida por la Caja Nacional de Previsión Social, que la docente adquirió el status pensional el día 17 de febrero del año 2000, fecha en la que la actora cumplió los 50 años de edad y que el reconocimiento de la pensión gracia señalada anteriormente, se hizo mediante resolución No. 28384 del 23 de noviembre del 2000 en cuantía de \$649.592.25 M/CTE, efectiva a partir del 17 de febrero del año 2000, es decir la demandante ya era acreedora de su derecho al reconocimiento de pensión gracia, razón por la cual le fue reconocida mediante la resolución señalada anteriormente.

De los documentos allegados al expediente, se tiene que, la demandante solicitó a la entidad demandada la revisión de la pensión gracia inicialmente reconocida, con la inclusión de todos los factores de salarios devengados durante el último año, antes de cumplir el status, petición que fue resuelta mediante la Resolución N° 18234 del 24 de abril de 2006 (FL 8-11) negando la solicitud de revisión de la pensión gracia por inclusión de todos los factores salariales.

Conforme a lo anterior, se tiene que la actora cumplió 50 años el 17 de febrero de 2000 fecha en la cual la demandante adquirió su status pensional, tal y como así lo reconoce la entidad demandada mediante resolución No. 18234, visible a folio 8 del expediente, señalamiento que hace presumir para esta Sala que la actora contaba con el requisito mínimo de 20 años de servicios, razón por la cual ésta adquirió el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por tanto, los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de su pensión son los recibidos

en el año inmediatamente anterior a que adquirió el estatus de pensionado, en decir el comprendido entre 17 de febrero de 1999 al 17 de febrero de 2000.

Por otra parte, la demandante afirma que en la Resolución No. 28384 del 23 de noviembre del año 2000, al momento del reconocimiento de la pensión gracia no le fue tenido en cuenta el valor total de las primas como son navidad, alimentación, grado mensual, rural mensual, sobresueldos, subsidio de transporte, horas extras (si hay lugar a ellas) y demás emolumentos devengados en el año de consolidación de su status pensional, afirmación que no desvirtuó la entidad demandada, por el contrario en su contestación de demanda, reconoce como hecho cierto que los factores tales como prima de navidad, auxilio de alimentación, subsidio de transporte y demás emolumentos que menciona la demandante **NO SE TUVIERON EN CUENTA**, en razón de que para la entidad aquí demandada, estos emolumentos que señala la actora devengar antes de obtener su status pensional, son factores prestacionales y no salariales, razón por la cual no se tuvieron en cuenta para determinar la pensión gracia de la demandante.

Así mismo, la misma entidad demandada, nuevamente manifiesta en sus alegatos de conclusión (fls. 142-143), que reconoció pensión gracia , mediante resolución citada en la demanda y en su contestación, así mismo señala que en esta pensión se tomó únicamente los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de la adquisición del estatus pensional, sin incluir las primas de navidad y de servicio, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, argumentando que estos factores, no se encontraban enlistados como factores salariales en las normas vigentes aplicables.

Por lo anterior queda claro para esta Sala, que la entidad demandada al momento del reconocimiento de la pensión gracia de la demandante, no tuvo en cuenta esos factores salariales, por las razones expuestas anteriormente por la misma entidad

Visto desde otra perspectiva, la afirmación de la demandante en el sentido de que la Caja Nacional de Previsión Social al reconocerle su pensión gracia mediante la Resolución N° 28384 del 23 de noviembre 2000, no le tuvo en cuenta el valor total de todas las primas como son navidad, alimentación, grado mensual, rural mensual, sobresueldos, subsidio de transporte, horas extras (si hay lugar a ellas) y demás emolumentos devengados en el año inmediatamente anterior a que adquirió el estatus de pensionado, la Sala considera que constituye una negación indefinida, por lo cual de conformidad con lo previsto por el 177 del C.P.C., se invierte la carga probatoria, es decir, que le correspondía es a la entidad aquí demandada, demostrar que si se le tuvieron en cuenta dichos factores salariales a la actora al momento de liquidarle su pensión gracia, pero hemos visto en por el contrario, la demandada reconoce que no se le tuvieron en cuenta porque consideraba que no había lugar a ello.

Sobre este tema ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“Las afirmaciones o negaciones indefinidas son aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta: que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno. En estos casos, de acuerdo a las reglas generales sobre la carga de la prueba, el fardo probatorio se invierte, correspondiéndole a la parte demandada probar el supuesto de hecho contrario”.¹

Así mismo otra Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, señalo:

“Está de acuerdo la corporación con él a-quo respecto a que la demanda se fundamenta en negaciones indefinidas, se trata de hechos que han podido ocurrir en numerosos lugares y en un largo espacio de tiempo, que dificulta gravemente el suministro de la prueba sobre los mismos, lo que trae como consecuencia que se invierta la carga de la prueba sobre esos hechos, pues correrá a cargo del

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente ALVARO LECOMPTE LUNA Santafé de Bogotá, D C siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992) Radicación número 4442 Actor JOSE GUILLERMO PULIDO MEDINA Demandado TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

demandado demostrar que sí reúne los requisitos, si es que quiere desvirtuar lo dicho en el libelo, para quien resulta más fácil aportar la prueba al respecto, por tratarse de hechos personales.”²

Por consiguiente, esta Sala teniendo en cuenta que la parte demandada en su contestación, con relación al hecho primero, solamente se limitó a manifestar que los factores que señala la demandante no se tuvieron en cuenta, toda vez que, consideró que estos no eran factores salariales sino prestacionales, razón por la cual no se podían tener en cuenta al momento de determinar la pensión gracia de la actora, pero nunca manifestó que la actora nunca hubiese devengado estos factores salariales el año anterior a obtener su status pensional, hace entonces que esta Sala tenga por cierto este hecho.

Así las cosas, los argumentos esgrimidos por la entidad demandada en el recurso de alzada, no encuentran asidero jurídico, habida cuenta que la pensión gracia no puede liquidarse con base en el valor de los aportes que el afiliado haya realizado durante el último año de servicios ante dicha entidad, como lo prescribe el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por cuanto esa prestación especial está a cargo exclusivo del tesoro nacional, sujeta a un régimen especial de pensiones, y por ser de carácter excepcional, no se requiere afiliación a la Caja Nacional de Previsión, ni hacer aportes para obtener su reconocimiento.

De otra parte, se tiene que al tenor del inciso 2º del artículo 1º de la misma Ley 33 de 1985, se excluyó de esta reglamentación general, por orden expresa del legislador, a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, es por ello, que al ser la pensión gracia una prestación especial no se rige por esta norma, la cual resulta aplicable a prestaciones sociales ordinarias del sector público del orden nacional.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de fecha cinco (5) de noviembre de 1992, Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía

Por las razones señaladas en precedencia, la entidad demandada debió aplicar el porcentaje del 75% al promedio mensual de todos los **conceptos legales devengados** por la actora, durante el año anterior a la causación del derecho y no únicamente sobre el salario básico y en ese sentido debió realizar la solicitada revisión y a su vez re liquidar la pensión gracia de la señora MIRIAM JULIO MARRIAGA.

Pues es pertinente señalar, que la demandante con esta demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho, dentro de sus pretensiones, lo que busca es que se declare que la actora tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social reconozca, liquide y pague el valor correspondiente a la REVISION DE PENSION GRACIA, de conformidad y en concordancia con la ley 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario devengado, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos, según lo establecido en la ley 4ª de 1966, Decreto 1743 de 1966, efectiva a partir de la fecha en que ésta acreditó su status pensional, por lo que en el presente caso, si bien no hay certeza de la totalidad de factores salariales que devengaba la actora antes de obtener su status pensional , pero a diferencia si hay certeza que la entidad aquí demandada no tuvo en cuenta ningún factor salarial, diferente a la asignación básica, al momento de reconocer la pensión gracia, razón por la cual, esta Sala, visto que, el A quo accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad de la Resolución N° 18234 del 24 de abril de 2006, que negó la Revisión de la pensión gracia de la señora MIRIAM JULIO MARRIAGA , se tiene que, en el sub lite es procedente confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto según lo demostrado y lo analizado en párrafos precedentes, le asiste derecho a la actora al pretender que le sean incluidos todos los conceptos reclamados para efectos de la reliquidación de su pensión, no obstante se modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido en que se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social a efectuar una REVISION DE LA PENSION GRACIA, para que reconozca, liquida y pague el valor correspondiente a la

revisión de dicha pensión, teniendo en cuenta la inclusión de los factores salariales que devengó la actora, al momento de obtener su status pensional.

De la 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 costas³.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha 26 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, con excepción del numeral Segundo de la parte resolutive, el cual se modificará para en su lugar disponer:

“SEGUNDO: *En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social a efectuar una REVISION DE LA PENSION GRACIA, para que reconozca, liquida y pague el valor correspondiente a la REVISION DE LA PENSION GRACIA, en cuantía equivalente al 75% del*

³ El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente 10 775 Reiterada en la Sentencia de 12 de octubre de 2000. expediente 13 097 dispuso sobre la condena en costas que *“En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial”.*

promedio del salario devengado, incluyendo la totalidad de los factores salariales, y demás emolumentos percibidos por la demandante hasta el año anterior de adquirir su status pensional, y que no fueron consideradas por la entidad demandada al momento de liquidar el monto de la pensión gracia de la actora.”

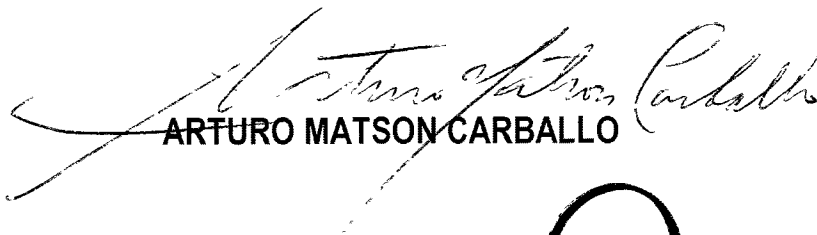
TERCERO: Sin condena en costas.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

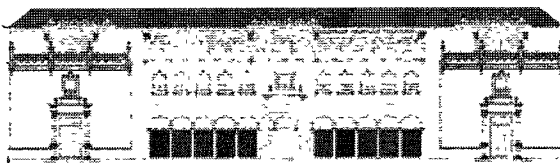
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha precitada

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1254
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---|---|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION POPULAR |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : ALEXANDER VILLANUEVA BENITOREVOLLO |
| DEMANDADO | : MUNICIPIO DE MAHATES BOLIVAR |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-33-31-009-2009-00308-01 |
| FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE DE 2013 | |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE 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 ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 2013 00139

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

TEMA: Derecho colectivo a la seguridad y salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a la prestación del servicio de forma eficiente y oportuna.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN POPULAR
Radicación: No.13-001-33-31-009-2009-00308-01

II. PARTES

Accionantes: ALEXANDER VILLANUEVA BENITOREVOLLO
Accionados: MUNICIPIO DE MAHATES

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce 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, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se otorgó protección a los derechos colectivos invocados como lesionados por el actor.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

El señor ALEXANDER VILLANUEVA BENITOREVOLLO, actuando como abogado y ciudadano, concurre ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de acción popular contra el MUNICIPIO DE MAHATES, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Que el Alcalde y demás entidades implicadas en la promoción, distribución y otros servicios de acueducto en el MUNICIPIO DE MAHATES en el Departamento de Bolívar, apliquen la legislación vigente, realicen la adecuación de redes e instalaciones del acueducto, y por ende garanticen el derecho a la vida, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6 del Capítulo II del Decreto 475 de 1998, en lo que tiene que ver con las normas organolépticas, fisicoquímicas y microbiológicas de la calidad del agua potable en cualquier punto de la red de distribución de sus sistemas de acueducto municipal.

SEGUNDA: Que se haga entrega de la dotación de elementos y medios necesarios para cumplir con el programa establecido por la División de Promoción y Prevención de la Secretaría de Salud Seccional Bolívar, teniendo en cuenta que estos recursos quedan concertados y asignados en el PAB Municipal y que además se designen técnicos especializados para realizar estos estudios.

TERCERA: Que se inicie y mantenga en continuo funcionamiento la etapa de desinfección sanitaria, ya que es la más (sic) eficiente para estos.

CUARTA: Que se haga efectiva la separación de los procesos de clasificación y clorificación.

QUINTA: Que se realicen las correspondientes labores de mantenimiento, lavado y desinfección de los tanques de almacenamiento y en general de toda la red de distribución de agua potable, con la periodicidad necesaria para garantizar el correcto estado de potabilidad del agua.

SEXTA: Que se prevenga al municipio de SAN FERNANDO por intermedio de su alcalde para que en el futuro se abstenga de incurrir en las omisiones objeto de la presente acción, bajo los apremios DEL ARTICULO 41 DE LA LEY 422/98.

SEPTIMA: Se decreta, en su máxima cuantía, el incentivo señalado en el artículo 39 de la ley 472 de 1998.”

2. HECHOS RELEVANTES

Manifiesta el actor que con base a los análisis de laboratorio realizado por la Secretaría Seccional de Salud del Departamento de Bolívar a 1.473 muestras de agua, se determinó que el municipio accionado no suministra agua apta para el consumo humano, con la cual se pone en peligro la seguridad y salubridad apta para el consumo humano, con lo cual se pone en peligro la seguridad y salubridad pública de los usuarios del servicio, debido a la posible presentación de enfermedades como IRA y el EDA que comúnmente causan muerte prematura e infecciones intestinales.

En consecuencia, se considera que el municipio como persona prestadora del servicio público no cumple con la obligación de suministrar agua potable de conformidad al Decreto 475 de 1998, por cuanto el parámetro microbiológico debe ser cero UFC (Unidad Formadora de Colonias) por cada 100 ml de muestra, tanto para coliformes totales y fecales, en especial E. Coli, por lo que al encontrar este tipo de microorganismos en el agua que se ofrece y que se consume por parte de la población -80/100 coliformes totales y positivo para coliformes fecales, según las muestras hídricas analizadas-, causando un grave daño a la comunidad de Mahates.

Se señala además la obligación a cargo del Alcalde de garantizar que la adecuada prestación del servicio público domiciliario de acueducto, no se está cumpliendo al permitir la utilización de agua no apta para el consumo humano, infringiéndose además el artículo 49 de la Constitución Nacional.

B. LA DEFENSA

La entidad accionada no contestó la demanda de la referencia, sino que mediante apoderado judicial, estando en la audiencia especial de pacto de cumplimiento manifestó lo siguiente:

“El Municipio de Mahates el 28 de diciembre de 2008, suscribió un acta con el Ministerio de Ambiente, en la cual el Municipio de Mahates hace entrega a la Empresa Aguas Canal del Dique de los bienes de la Empresa de Servicios Públicos que le corresponden y es quien está administrando el Acueducto a través del Operador Especializado Giscal Dique S.A.”

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia otorgó protección a los derechos colectivos de la seguridad y salubridad pública, bajo las siguientes consideraciones:

“(...) De acuerdo a las pruebas arrimadas al proceso se halló que el agua suministrada a los habitantes del municipio de Mahates durante los años 2009, 2010 y 2011, no cumplió con los requerimientos técnicos científicos para el consumo humano, toda vez que el nivel del riesgo de la calidad del agua IRCA arrojado del análisis fisicoquímico y microbiológico efectuado a las muestras de agua recolectada en esos períodos es considerado ALTO – no apta para el consumo humano –, concluyéndose que el ente territorial accionado no ha dado cumplimiento a los parámetros de aceptabilidad exigido por la resolución N° 2115 de 2007, en materia de agua potable,

esta escuda su responsabilidad en una empresa denominada AGUA CANAL DEL DIQUE S.A. E.S.P., a la cual citó en audiencia especial de pacto de cumplimiento de fecha 9 de junio de 2010, y que a petición del Ministerio Público se ordenó su vinculación mediante providencia de fecha 21 de junio de 2010, a través de su representante legal, librándose el correspondiente citatorio, el cual se envió a través de la empresa de correo 472, habiéndose devuelto la comunicación con la observación de desconocido.

La parte accionada finca su defensa en que no se le debe condenar en el presente asunto, por cuanto si bien es cierto se encuentra obligada a prestar los servicios públicos domiciliarios, esta cumplió, a partir del momento en que el municipio de Mahates a través de proceso licitatorio adjudicaron a la empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., la operación de los servicios de agua, alcantarillado, aseo y lo relativo a financiación, operación, rehabilitación, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura, sin que en las distintas oportunidades procesales se arrimara al proceso, prueba de la existencia y representación legal de la empresa AGUAS CANAL DEL DIQUE S.A. E.S.P., y mucho menos de la empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., por lo que el informe de laboratorio Aguas de Cartagena sobre muestras normadas por la empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., (Folios 56, 57, 58), aportados por la entidad endilgada, no constituyen prueba que el municipio de Mahates, se encuentra libre de toda responsabilidad respecto del deber que le asiste de suministrar a sus habitantes agua potable.

En el más reciente informe de muestras tomadas en los puntos de concertación de los meses de enero, febrero y abril 2012, del municipio de Mahates, realizado por la Secretaría de salud Departamental de Bolívar, el promedio del IRCA arroja como resultado un nivel de alto riesgo, realizando vistas sanitarias al acueducto municipal y concertación de los puntos de muestreos para la toma de agua para vigilancia y control.

De lo anterior se concluye, que el agua suministrada a los habitantes del municipio de Mahates no es apta para el consumo humano, en la medida que no cumple con los estándares contemplados por el Decreto 1575/07 y la Resolución N° 2115/07.

Resulta claro entonces, que existe un grave riesgo para la salud y la calidad de vida de los habitantes del municipio de Mahates, como consecuencia de la distribución de agua no apropiada para el consumo humano, generando la posible proliferación de enfermedades.

Se evidencia así la vulneración de los derechos colectivos a la salubridad pública, al acceso de una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna de los habitantes del municipio de Mahates por la omisión del ente territorial demandado en suministrar agua potable a la mencionada población.

En consideración, se ordena al Alcalde del municipio demandado efectuar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de este proveído, realice los estudios y ejecute las obras necesarias para garantizar a sus habitantes el suministro de agua apta para el consumo humano de conformidad a los estándares de calidad diseñados por el Decreto 1575 de 2007 y la Resolución N° 2115 de 2007.

En relación con el incentivo, debe decir el Despacho que si bien es cierto, siempre se ha sostenido el criterio contrario, reconociendo incentivos en aquellas acciones interpuestas antes de ser derogado el artículo 39 de la ley 472 de 1998; debe atenderse al precedente judicial de Tribunal Administrativo de Bolívar, según el cual se deben negar en todos los casos los incentivos, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010 que derogó los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998. ”

D. LA APELACION

El apoderado del demandado MUNICIPIO DE MAHATES - BOLIVAR interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que fuera revocada en todas sus partes en todo lo que tiene que ver con la responsabilidad que se endilga a la demandada, (Folios 115 a 118), para lo cual adujo que:

“(..).La sentencia de primera instancia aparta la objetividad para entrar a establecer responsabilidades del municipio, sin tener en cuenta los argumentos expuesto dentro del proceso, sino que los entra a cuestionar dando calificativo de excusas o escudo para evadir la responsabilidad y no se da a la tarea de observar que dentro de los distintos escritos que obran en el proceso, en especial en los alegatos de conclusión se hace alusión a la forma de creación de la empresa citada y las competencias y recursos a su cargo, precisando las respectivas escrituras públicas y los acuerdo municipales aprobados para el desarrollo del proyecto.

Así las cosas tenemos que la falta de vinculación al proceso a las empresas AGUAS CANAL DEL DIQUE y GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., no permitió con certeza determinar quién es el responsable directo de las presuntas violaciones y quien debe asumir las inversiones, puesto que el municipio de Mahates que hoy de manera inconcebible resultó condenado no puede invertir recursos en estudios y ejecución de obras para el suministro de agua por cuanto la empresa de aguas que se tenía fue liquidada y en virtud del convenio suscrito del cual hizo parte el ministerio se transfirieron (sic) tales compromisos a las empresas en mención, situación que fue desconocida a pesar de haberse presentado un estudio en aguas de Cartagena por parte de GISCOL DIQUE.

Resulta injusto establecer una responsabilidad directa cuando por parte del mismo despacho se tiene duda de si esta recae de manera absoluta sobre el municipio de Mahates, tal como se pudo apreciar en uno de los apartes de la providencia donde se señala “por lo que el informe de laboratorio de aguas de Cartagena sobre muestras tomadas por la empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P. (Folios 56, 67, 68), aportados

*por la entidad indilgada (sic), no constituye prueba que el municipio de Mahates, **se encuentra libre de toda responsabilidad** respecto del deber que le asiste de suministrar a sus habitantes agua potable.*

Así las cosas tenemos que la falta de vinculación al proceso a las empresas AGUAS CANAL DEL DIQUE y GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., tienen deberes sobre la prestación de los servicios de agua, alcantarillado y aseo y lo relativo a financiación, operación, rehabilitación, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura están asignadas a AGUAS CANAL DEL DIQUE y GISCOL DIQUE, por lo que en este momento la sentencia de primera instancia ha generado un marco de incertidumbre toda vez que para hacer cesar la amenaza y el peligro ocasionado se deben adoptar las medidas necesarias por quien ejerce la competencia sobre los derechos colectivos.”

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio público no emitió concepto en el trámite de segunda instancia.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con los artículos 15 y 16 de la ley 472 de 1998, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena

Los motivos de inconformidad del recurrente, se contraen a señalar que el municipio demandado haya incurrido omisión legal que pueda afectar en gran medida los derechos colectivos de los ciudadanos, así como tampoco se acredita dentro del plenario mediante prueba contundente, pertinente y conducente, los hechos narrados en el escrito de demanda por el actor popular.

2. DE LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

- Informe de vigilancia de la calidad del agua para consumo humano elaborado por el Laboratorio Departamental de Salud Pública de Bolívar en el mes de septiembre de 2009. (F. 17 y 18)
- Informe de análisis de la calidad del agua para consumo humano elaborado por el Laboratorio Departamental de Salud Pública de Bolívar en el mes de septiembre de 2009 (F. 19 a 21)
- Informe rendido por la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar en intervención (F. 87 a 133), el cual se encuentra soportado por las comunicaciones enviadas al ente demandado y las muestras del agua para consumo humano analizado.
- Informe de vigilancia de la calidad del agua para consumo humano del Departamento de Bolívar, correspondiente al período comprendido entre el 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2009. (F. 47 y 52)
- Informe del Ensayo realizado por el Laboratorio de Aguas de Cartagena (F. 56 a 58), contratado por la empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo los argumentos expuestos por el juez a quo y por el recurrente, la Sala encuentra que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si tal como lo decidió el a quo, del material probatorio obrante en el expediente, existe vulneración y/o amenaza de los derechos colectivos enunciados por el actor ALEXANDER VILLANUEVA BENITOREVOLLO; proveniente dicha vulneración, del MUNICIPIO DE MAHATES – BOLIVAR?

4. TESIS DE LA SALA DE DECISIÓN

Con relación al problema jurídico planteado, la tesis de ésta Sala de decisión es que el MUNICIPIO DE MAHATES - BOLIVAR, tal como lo decidió el juez a quo, debe responder por la vulneración y/o amenaza de los derechos colectivos a la Seguridad y Salubridad Públicas, al Acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, toda vez que, en el plenario existe el material probatorio suficiente para tener por demostrada dicha vulneración.

La anterior tesis se desarrolla bajo los siguientes argumentos:

4.1 De la acción popular en general

El artículo 88 de la Constitución Política consagra las denominadas acciones populares como el instrumento de defensa judicial para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y demás de similar naturaleza que se definan en la ley.

La reglamentación de estas acciones populares fue deferida al legislador por los Constituyentes de 1991, así como la definición de los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

En cumplimiento a este mandato constitucional, se expidió la Ley No. 472 del 5 de agosto de 1998, para desarrollar el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. En el artículo 2 de la citada ley, se definieron las acciones populares, de la siguiente manera:

“Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

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

Del análisis de la ley 472 de 1998, se desprende que los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares son los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

4.2. De los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

La ley 472 de 1998 en su artículo 4º señala:

Son derechos e intereses colectivos entre otros los relacionados con:

(....)

- g) La seguridad y salubridad públicas;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

En sentencia de fecha 20 de noviembre de 2003 el Consejo de Estado señaló, que la salubridad pública es un servicio a cargo del Estado cuya finalidad es disminuir la morbilidad y la mortalidad, es decir, la proporción de personas que enferman o

mueren en un sitio y tiempo determinados y que la seguridad pública se encuentra íntimamente ligada al orden público y al poder de policía.

Los artículos 365 a 370 de la Constitución Nacional señalan que, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a los habitantes del territorio nacional, de lo cual se desprende que deben garantizar la infraestructura, calidad y régimen tarifario del servicio público que se preste.

Visto lo anterior se tiene que, los derechos invocados por el actor, revisten el carácter de colectivos, tanto por su enunciación como tal en el Artículo 4º de la Ley 472 de 1998, en tanto derecho susceptible de protegerse por vía de acción popular, como por la característica esencial de que al vulnerarse se encuentra inevitablemente afectado un número plural de personas o una comunidad, de lo cual se desprende que, cualquier persona perteneciente a un grupo o una comunidad puede acudir ante los jueces para exigir su defensa.

Sobre el derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea oportuna y eficiente, el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

"En relación con la supuesta vulneración del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, en reciente pronunciamiento, la Sección Primera del Consejo de Estado precisó que el derecho colectivo en mención "está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o beneficiarios de aquellas actividades que los desarrollan" y que "[L]a vulneración de este derecho colectivo se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna"; en tal sentido, definió que el servicio es eficiente cuando se utilizan de la mejor manera los medios para el cumplimiento de los fines y oportuno cuando se da respuesta al usuario dentro de un término razonable, de suerte que el servicio debe funcionar "de manera regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades, sobre los intereses de quienes los prestan. En el caso concreto está demostrado, a través del dictamen, que la forma como se viene prestando al servicio de acueducto a la comunidad del barrio Mirador de Arenales en el Municipio de Girón no es eficiente ni oportuna, pero no se acreditó que la vulneración advertida sea imputable a la empresa de acueducto demandada y, como se dijo con anterioridad, la carga de la prueba en estos procesos corresponde al actor popular. Si bien es cierto que dentro

del recurso de apelación el coadyuvante afirma que las facturas del servicio de acueducto llegan a los residentes del barrio Mirador de Arenales con los cargos fijos mensuales y los reajustes legales en las mismas condiciones que lo reciben los demás usuarios del área metropolitana, sin importar que la empresa demandada no está suministrando los metros cúbicos necesarios para las familias, y que la empresa de acueducto debe dar mantenimiento a las redes locales y asumir los costos correspondientes, nada se demostró sobre el particular: no se aportaron facturas, no se comparó con las de los otros sectores del área metropolitana, no se acreditó la titularidad jurídica de las redes, en fin, no se brindaron elementos probatorios como sustento fáctico y jurídico del dicho del apelante. En atención a lo anterior, tampoco se puede concluir que en el caso concreto haya habido vulneración del derecho colectivo invocado.”¹

El Consejo de Estado también ha sido claro en establecer que para efectos de precisar si existe vulneración o amenaza de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, habrá de estudiarse el contenido de las normas constitucionales y legales que comprenden disposiciones sobre el particular y habrá de hacerse la concreción respectiva de acuerdo con el caso de que se trate:

“.. el fundamento constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios, en lo que atañe a los servicios públicos, se encuentra en el artículo 369 de la Constitución Política que prevé: "La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio " Dicha norma, defiere a la ley la regulación de los deberes y derechos de los usuarios y con base en ella, el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confieren los artículos 334 y 189 ordinal 11 de la Constitución, expidió el Decreto Reglamentario 1842 del 22 de julio 22 de 1991, Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, el cual consagra los deberes y derechos de dichos usuarios y los procedimientos para hacer efectivos estos últimos... Siendo ello así, cuando a través de la acción popular se invoquen como vulnerados o amenazados los derechos de los consumidores y usuarios, el juez está obligado a estudiar si, de conformidad con las disposiciones legales aplicables al caso, dichos derechos están siendo desconocidos ”²

Por otra parte la honorable Corte Constitucional haciendo un estudio sobre el alcance del Derecho colectivo del acceso a los servicios público y a una eficiente y oportuna

¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURT Bogotá D C , Veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011) Radicado numero 68001-23-15-000-2000-02865-01 Actor: CARLOS PEDRAZA RUIZ Y OTROS - Demandado. COMPAÑÍA DEL ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. - ACCION POPULAR

²CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURT Bogotá D C , Veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011) Radicado número 68001-23-15-000-2000-02865-01 Actor: CARLOS PEDRAZA RUIZ Y OTROS - Demandado COMPAÑÍA DEL ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. - ACCION POPULAR

prestaciones de los servicios públicos indicado que el Estado es el garante de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero no es directamente quien proporciona el bien o servicio respectivo, salvo cuando las características técnicas y económicas del servicio lo permitan y aconsejen y estén de por medio derechos fundamentales, en los siguientes términos:

“En la Constitución de 1991 los servicios públicos se caracterizan por: (i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos.

(...)

En cabeza del Estado radica la obligación de garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, pero tal imperativo constitucional no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que tenga que prestarlos directamente. La Constitución no establece tal compromiso, pues prevé la posibilidad de que los mismos sean prestados no sólo por el Estado sino también por comunidades organizadas o por particulares. De manera tal que todos tienen igual vocación.

El Estado es el garante de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero no es directamente quien proporciona el bien o servicio respectivo, salvo cuando las características técnicas y económicas del servicio lo permitan y aconsejen y estén de por medio derechos fundamentales. El ente estatal debe garantizar que esa prestación sea eficiente, es decir, que se asegure que las empresas que proporcionen el servicio lo hagan de manera eficiente, completa y atendiendo las necesidades básicas de la población. Para ello, también debe garantizar que dichas empresas recuperen sus costos y puedan invertir en el mismo sector con el fin de lograr una mayor competitividad, lo que se traduce en una mejor prestación del servicio.”³

5. RESOLUCIÓN EN CONCRETO DEL CASO.

³ Sentencia Corte Constitucional C-041/03

Pretende el actor con la presente acción que se protejan los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y los derechos de los consumidores y usuarios del Municipio de Mahates – Bolívar.

Considera el demandante que, el Municipio de Mahates vulnera los derechos colectivos señalados, al desatender sus obligaciones y responsabilidades constitucionales y legales de resolver las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable, ocasionando con lo anterior, perjuicios en el aspecto sanitario de la población.

El A quo encontró demostrado que, la calidad del agua que suministra el Acueducto del Municipio de Mahate no se ajusta a los parámetros legales para la prestación de tal servicio y que el agua no es apta para consumo humano, según lo certifica la Secretaría Seccional de Salud Departamental de Bolívar.

El municipio de Mahate no discute que los derechos colectivos alegados efectivamente estén siendo vulnerados y/o amenazados, sino que apela la sentencia de primera instancia es porque argumenta que suscribió contrato con la Empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., quien a partir del mismo es la que asume la responsabilidad de la prestación de los servicios de agua, alcantarillado, y aseo, y lo relativo a financiación, operación, rehabilitación, construcción, expansión, reposición y mantenimiento de la infraestructura que dichas funciones demandaran.

Ahora bien, el análisis de las pruebas que antes fueron relacionadas, llevan a la Sala a concluir que:

En el sub lite está demostrado que, la calidad del agua que se suministra en el Municipio de Mahate, no reúne el requisito de apta para el consumo humano y que la prestación del servicio de acueducto es deficiente, pues se tiene que las muestras realizadas por la Secretaría Seccional de Salud de Bolívar a dicho municipio, fueron calificadas como “**no apta**” microbiológicamente.

En este punto es importante señalar que, el decreto 475 de 2998 (derogado por el decreto 1575 de 2007) definió por agua potable aquella que por cumplir las características físicas, químicas y microbiológicas, es apta para consumo humano y se utiliza en bebida directa, en la preparación de alimentos o en la higiene personal.

En relación con la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, el artículo 367, inciso 2º, de la Constitución dispone que “los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación”.

En desarrollo de esa disposición los artículos 5º a 8º de la Ley 142 de 1994 señalan la distribución de competencias entre las entidades territoriales. En lo pertinente, el artículo 5º dispone que los municipios deberán “asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto (...) por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, directamente por la administración central del respectivo municipio”.

Además de lo anterior, el artículo 5º de la Ley 142 de 1994⁴ señala el derecho de los usuarios a gozar del servicio público básico de acueducto y, correlativamente, el deber de los municipios de asegurar que se presten de manera eficiente y oportuna. En su tenor literal, esa norma señala lo siguiente:

“Competencia de los Municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente DARIO QUIÑONES PINILLA Veintiuno (21) de Noviembre de dos mil dos (2002) Radicación número 50001-23-31-000-2002-0236-01(AP-737) Actor HENRY DIAZ CUBIDES Demandado ALCALDIA DE VILLAVICENCIO Y OTRO

carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.

(...)

5.6. Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia.”

En consecuencia, el cumplimiento del deber constitucional y legal de prestar de manera eficiente el servicio de acueducto se efectúa directamente por los municipios o por intermedio de las empresas de servicios públicos o de operadores de redes locales, quienes se encuentran vigilados y controlados por el Estado y se rigen por los planes, condiciones técnicas y estándares de calidad que se regulan a nivel nacional.

Luego, el Municipio de Mahates si es el responsable por la prestación eficiente del servicio de acueducto, independientemente de que hubiese contratado con una empresa privada GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., la prestación de los servicios de agua, alcantarillado, y aseo en dicha entidad territorial.

Así las cosas, habiéndose demostrado la vulneración a los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a la prestación del servicio de forma eficiente y oportuna, por parte del ente territorial demandado MUNICIPIO DE MAHATES – BOLÍVAR, no le queda otra opción a esta Sala especial de descongestión 001 que la de confirmar el fallo de primera instancia que otorgó la protección de los derechos colectivos violados ya enunciados.

Sin embargo, en cuanto la orden dada por el juez *a quo*, se logró inferir por esta Sala, que se hace necesaria la potabilización del agua que le es suministrada a la población del municipio de Mahates – Bolívar, en este orden de ideas es prudente que el Municipio demandado realice o ejecute obras tendientes a la obtención del agua potable por parte de la ciudadanía residente en el municipio de Mahates.

Como criterio unificador de la Sala, teniendo en cuenta lo ordenado por el Juez a quo en el Numeral Segundo de la parte resolutive de la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2012, que resolvió ordenar al Municipio de Mahates – Bolívar, realizar dentro del término de dos (2) meses los estudios y ejecute las obras necesarias para garantizar a sus habitantes el suministro de agua apta para el consumo humano de conformidad a los estándares de calidad diseñados por el Decreto 1575 de 2007 y la Resolución N° 2115 de 2007, considera la Sala pertinente y en aras de que la Administración Pública pueda realizar la ordenación del gasto y realice las actuaciones necesarias para ejecutar las obras, modificar el fallo de primera instancia para en su lugar conceder un término improrrogable de dos (2) meses para que realice los estudios, diseños y proyectos definitivos de los trabajos necesarios para la potabilización del agua suministrada por la empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., a la comunidad residente en el municipio de Mahates – Bolívar y que, una vez efectuados esos estudios y diseños, luego de adelantar el proceso de contratación se ejecute dicho negocio jurídico dentro de los plazos razonables determinados en los estudios previos respectivos.

9. COSTAS

No habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, por no aparecer causadas, ello al tenor de lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 392 del C.P.C., según el cual “[s]ólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, norma aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998⁵.

10. LA DECISIÓN

⁵ Al respecto, es menester precisar que la condena en costas a la parte demandada en acción popular, no está sujeta a la prueba de temeridad o mala fe, pues la acreditación de tales elementos subjetivos sólo es exigible para determinar la procedencia de la imposición de tal condena a la parte demandante, cuando resulta vencida en el juicio.

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

FALLA

PRIMERO: Modificar el Numeral Segundo de la parte resolutive de la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena. El cual quedara así:

“TERCERO: Concédase un término improrrogable de dos (2) meses para que realice los estudios, diseños y proyectos definitivos de los trabajos necesarios para la potabilización del agua suministrada por la empresa GISCOL DIQUE S.A. E.S.P., a la comunidad residente en el municipio de Mahates – Bolívar de conformidad a los estándares de calidad diseñados por el Decreto 1575 de 2007 y la Resolución N° 2115 de 2007 y que, una vez efectuados esos estudios y diseños, luego de adelantar el proceso de contratación se ejecute dicho negocio jurídico dentro de los plazos razonables determinados en los estudios previos respectivos.”

SEGUNDO: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: 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.

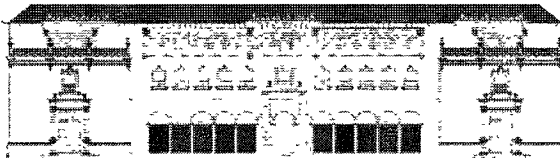
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZCASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

DD001



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1255
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---------------------------------|---|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION CONTRACTUAL |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : ANTONIO TURBAY SAMUR Y OTRO |
| DEMANDADO | : NACION-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y LA UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES UNAT EN LIQUIDACION |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-33-31-002-2010-00023-01 |
| 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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

P: 165 a 187
f: (u.c)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 281 / 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Nulidad de contrato de arrendamiento (Islas del Rosario)

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Radicación: No.13- 001-33-31-002-2010-00023-01

II. PARTES

Demandante: ANTONIO TURBAY SAMUR Y AMPARO GALLEGO VALLEJO.

Demandado: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT- EN LIQUIDACIÓN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de Descongestión 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 decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintiocho (28) de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado

Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A.- HECHOS

*“1. Mediante resolución No. 4698 de septiembre 27 de 1984, el INCORA declaró que no han salido del patrimonio Nacional y por tanto son **baldíos reservados**, en virtud de lo previsto en los Códigos Fiscales de 1873 y 1912, las islas conocidas con el nombre de Islas del Rosario. La anterior providencia fue recurrida por los interesados, cuya impugnación se resolvió con la Resolución número 4393 de septiembre 15 de 1986 expedida por el INCORA, la cual confirmó en todas sus partes la decisión anterior. (Resalto del texto original).*

2. Mediante resolución No. 2164 de noviembre 1 de 2006, la Subgerencia de Ordenamiento Social en la propiedad de INCODER culminó el procedimiento de recuperación de baldíos indebidamente ocupados sobre el predio denominado “Casablanca”, ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, ocupado por el señor ANTONIO TURBAY SAMUR.

3. En virtud de lo anterior, y conforme a lo señalado por los acuerdos 41 y 84 de 2006, proferidos por el Consejo Directivo de INCODER, el día 27 de febrero de 2007 mis poderdantes presentaron solicitud de contrato de arrendamiento sobre el mencionado predio ante las oficinas de INCODER y el Ministerio de Agricultura.

4. A pesar de la solicitud anterior, el INCODER no elaboró ni tramitó el contrato de arrendamiento solicitado.

5. Con la expedición de la Ley 1152 de 2007, se estableció el nuevo Estatuto de Desarrollo Rural, con el cual el INCODER perdió la competencia para conocer y tramitar estos asuntos.

6. En virtud de lo anterior, la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES – UNAT- asumió la competencia para decidir los procesos de recuperación de baldíos sin concluir e ilegalmente asumió la facultad de elaborar y suscribir los contratos de arrendamiento, entre ellos, el solicitado por los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO VALLEJO GALLEGO.

7. El día 8 de abril de 2008 se suscribió contrato de arrendamiento No. 5 de 2008, sobre el predio “Casablanca” ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de Barú, Distrito de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar, a nombre de ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO VALLEJO GALLEGO, en el cual se fijó un canon mensual de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$7.467.720) más IVA. De no suscribirse el mencionado contrato, mis poderdantes perderían la ocupación del predio.

8. De acuerdo con lo anterior, mis poderdantes procedieron a realizar el pago de publicación del contrato, así como de los cánones de arrendamiento, de los cuales alcanzaron a hacer pagos por TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (sic) (\$38.890.880).

9. Mediante la resolución No. 963 del 11 de agosto de 2008, confirmada por la resolución No. 1272 del 26 de septiembre de 2008, la Dirección Ejecutiva de la UNAT declaró la terminación unilateral del contrato de arrendamiento, alegando mora en el pago del canon, la no constitución de póliza de cumplimiento a favor de la arrendadora y por haber presentado acción de tutela en contra de la

UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES –UNAT- y el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER, en busca del reconocimiento y pago de las mejoras plantadas en el inmueble.

10. Mediante sentencia C-175 del 18 de marzo de 2009, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones.” A través de esta ley se había creado la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT-.

11. En virtud de lo anterior, se expidió el Decreto 1899 del 22 de mayo de 2009, mediante el cual se ordenó la liquidación de la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT-.

12. El día 29 de octubre de 2009, por solicitud de mis poderdantes, se celebró audiencia de conciliación entre las partes ante la Procuraduría 22 Judicial II para asuntos administrativos de Cartagena, con el fin de resolver de manera amigable las controversias surgidas a raíz de los hechos, la cual resultó fallida.”

B.- PRETENSIONES

“1. Que se declare la nulidad del contrato de arrendamiento No. 05 suscrito el día 8 de abril de 2008 suscrito entre la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT- y los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO VALLEJO GALLEGO.

2. Que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 963 del 11 de agosto de 2008, confirmada por la resolución No. 1272 del 26 de septiembre de 2008, proferidas por la Dirección Ejecutiva de la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT-.

3. En consecuencia, que se ordene la restitución de los valores pagados por concepto de cánones de arrendamiento durante la vigencia del contrato, junto con su respectiva actualización monetaria, hasta el momento en que se verifique efectivamente el pago, valores cancelados en la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (sic) (\$38.890.880).

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte demandante señala como fundamento de sus peticiones la falta de competencia, el cobro del canon de arrendamiento sobre base equivocada y la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia.

Sobre la falta de competencia alega que: *“sobre los predios que conforman el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, se determinó que los mismos son baldíos reservado de la Nación y como tal, son reserva territorial del Estado, por lo tanto tienen la característica de ser imprescriptibles, inembargables e inajenables, adicionalmente, las mencionadas islas se encuentran dentro del área del Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo”.*

Sostiene que de acuerdo a la anterior, *“quien debía ejercer la administración de estos predios era el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por asignación expresa de esta función consagrada en el artículo 38 de la Ley 1152 de 2007”.*

Respecto al cobro del canon de arrendamiento sobre base equivocada, manifiesta que cuando se solicitó la suscripción del contrato, el mismo debía tener como base para la determinación del canon de arrendamiento, el avalúo catastral del terreno, que se obtiene en arrendamiento, y no el avalúo catastral de las mejoras, como efectivamente aconteció.

Y añade: *“esta situación genera un profundo y notorio desequilibrio contractual, en perjuicio de mis poderdantes, quienes, al tener que cancelar un canon tan elevado, se encontraron en incapacidad de seguir cancelándolo, situación que inevitablemente los llevó a un estado de incumplimiento, aunado a los elevados costos que implicaba la expedición de una póliza de cumplimiento, hechos que motivaron la terminación del contrato de arrendamiento”*.

Finalmente, con relación a la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, sostiene que *“la resolución No. 963 del 11 de Agosto de 2008, proferida por la UNAT, cita como una de las causales para el incumplimiento contractual que “Actualmente cursa en el H. Consejo de Estado en Segunda Instancia, acción de tutela instaurada por el señor FELIX ANTONIO TURBAY SAMUR, en contra del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Territorial, el Incoder y la Unidad Nacional de Tierras UNAT, con la que pretende, entre otras, que se le reconozcan mejoras sobre el predio denominado “CASABLANCA”*.

Concluye por tanto, *“no puede ser de recibo afirmar que el hecho de hacer uso de las acciones legales consagradas en la ley, sirva como argumento para soportar un eventual incumplimiento del contrato, en detrimento de los derechos de acceso a la justicia, defensa y debido proceso”*.

V.- LA DEFENSA

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA¹

La entidad demandada Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su oportunidad procesal, presentó escrito de contestación solicitando se negaran las súplicas de la demanda.

¹ Folios 55 al 62 del expediente. El juez de primera instancia tuvo por no contestada la demanda, toda vez que la misma es allegada al Despacho Judicial sin poder debidamente otorgado a quien la suscribe.

A fin de fundamentar su memorial de contestación, la apoderada de la entidad demandada argumenta que *“según lo establecido en la Ley 160 de 1994 y 135 de 1961 compete al INCORA realizar el procedimiento para la administración de los baldíos reservados, tan es así que el Tribunal Contencioso Administrativo mediante la sentencia en comento, la cual fue confirmada por el Consejo de Estado condenó al INCORA a la realización de las labores administrativas pertinentes al efecto”*. Por lo anterior, sostiene que sí existe competencia de la institución para adelantar los trámites de clarificación de la propiedad.

Con relación al incumplimiento contractual, la apoderada de la parte demandada, explica que fueron tres las razones para dar por terminado el contrato de arrendamiento, y que corresponden a las siguientes: i) No se acreditó el pago de los cánones de arrendamiento; sólo hasta el 21 de agosto de 2008, los arrendatarios cancelaron la suma correspondiente a 4 meses, pero para dicha fecha (21-08-2008) ya se había proferido el acto administrativo por el medio del cual se terminó el contrato, al encontrarse incurso en la cláusula cuarta y décimo primera. ii) Por no acreditar la póliza única de cumplimiento, a favor de la UNAT, Patrimonio Natural Fondo para la Biodiversidad y Áreas Protegidas, con el fin de garantizar todas las obligaciones a su cargo, y no haber publicado el contrato conforme lo establece la ley. Y iii) Por haber iniciado acción de tutela.

Finalmente, concluye *“no existe la violación de procedimientos o al ejercicio de facultades otorgadas por la ley, cuando aquellas se ejercen, como se ha explicado, para una determinada función que se concreta en los actos administrativos, los cuales sólo recogen unos hechos y fundamentos dentro de los cuales los actores no cumplieron las obligaciones contractuales contraídas”*.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

- La demanda fue presentada el 04 de febrero de 2010.
- Por auto de fecha 08 de febrero de 2010, se admitió la demanda en el Juzgado

Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena Indias.

- Mediante auto del 16 de febrero de 2011, se dio apertura al período probatorio y se prescindió del mismo.
- En auto del 11 de julio de 2011 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y vencido este término al Agente del Ministerio Público a fin que emitiera concepto.

VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda para lo cual tuvo en cuenta los siguientes argumentos frente a los cargos propuestos en el escrito de demanda:

Frente a la falta de competencia de la entidad demandada al momento de la celebración del contrato de arrendamiento, sostiene que a partir de la Sentencia del Consejo de Estado, radicada bajo número 25000-23-26-000-2001-0619-01, *“la competencia para la clarificación, deslinde y recuperación de los baldíos indebidamente ocupados del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo le correspondía al INCORA en cumplimiento de lo establecido en los numerales 14, 15, 16 y 17 del artículo 12, los numerales 1, 2 y 3 del artículo 48 de la Ley 160 de 1994 e, igualmente los artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51 del Decreto 2664 de 1994”*.

Aunado a lo anterior, el *a quo* afirma que una vez suprimido el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, sus funciones, *“entre ellas la competencia para la clarificación, deslinde y recuperación de los baldíos indebidamente ocupados del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo del Viento, fueron asumidas por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, según lo establecido en el Decreto 1300 de 2003”*.

² Folios 132 a 146 del expediente

Continuando con la línea explicativa, el juez de primera instancia sostiene que a fin de lograr el cumplimiento de las funciones por parte del INCODER, se expide el Acuerdo 041 de 2006, el cual en su parte considerativa señala que *“la expedición del acuerdo responde al acatamiento del fallo de cumplimiento de la acción de cumplimiento instaurada contra el INCORA por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 2 de mayo de 2001, y confirmado por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en providencias de julio 6 y septiembre 7 de 2001. De lo anterior, surgió la facultad del Gerente General del INCODER para entregar en arriendo los terrenos de la Nación, ubicados en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo establecida en el artículo 2 del Acuerdo 041 de 2006. (...)”*

Sostiene de igual forma, que la Ley 1152 de 2007, en el numeral 5 del artículo 28, *“señaló que la Unidad Nacional de Tierras Rurales – UNAT tendría por función adelantar los trámites administrativos o judiciales de las acciones y toma de las medidas que correspondan en los casos de indebida ocupación de tierras baldías”.*

Finalmente, con relación a esta primera causal, aduce que *“de conformidad con la ley 1152 de 2007 y el decreto 4907 de 2007, se expidió la resolución 44 de 2008, la cual en su artículo 1, señala que los bienes baldíos de reserva de la Nación ubicados en las diferentes islas que conforman el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo serán administrados por la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT. Con lo anterior, se permite concluir que los actos aquí demandados fueron suscritos con sujeción y en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el momento de su expedición”.*

Respecto del cobro del canon de arrendamiento sobre base equivocado, el *a quo*, consideró que se ajustó a la disposición que regula dicho valor, es decir, corresponde

al uno (1%) por ciento del valor del avalúo catastral del inmueble, según consta en el certificado No. 003351 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi –ICAC-.

Con relación a la vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia, el juez de primera instancia, recuerda que el texto señalado en el contrato de arrendamiento No. 05 de fecha 08 de abril de 2008, en la cláusula quinta, corresponde a lo estipulado en el artículo 9 de la Resolución 041 de 2006; fue declarado nulo mediante Sentencia del Consejo de Estado del 09 de junio de 2010, y por tanto resultó inelegible para las partes que lo suscribieron, de acuerdo al efecto retroactivo de los fallos de nulidad de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Concluye por tanto, que de las tres causales propuestas por los actores, a fin de declarar la nulidad de los actos acusados, sólo en una resultó que les asistía la razón de forma parcial, pero de las restantes no fueron desvirtuadas. Así mismo, respecto a la declaratoria de nulidad del contrato, sostiene que los argumentos para atacar la ilegalidad fueron descartados, *y la declaratoria de inoperante del parágrafo 2 de la cláusula 5, no conlleva la nulidad de todo el contrato.*

VIII. RECURSO DE APELACION³

Nuevamente, estructurando su escrito de apelación a partir de las tres causales que considera son las generadoras de la nulidad de los actos acusados, el apoderado de la parte actora, afirma que: *“la apreciación del fallo resulta ligera y no hace el más mínimo análisis acerca de la competencia de la Unidad Nacional de Tierras Rurales – UNAT- para celebrar este tipo de contratos o ejercer acto alguno de administración sobre los predios ubicados en el archipiélago descrito. Tampoco estudia las normas puestas en consideración por el suscrito, de acuerdo con las cuales la demanda carece de la facultad de administrar tales bienes”.*

³ Folios 150 a 154 del expediente.

De igual forma sostiene, que: *“manifiesta la providencia que el acto administrativo proferido por la entidad demandada- Resolución 44 de 2008 de la UNAT-, es el que la legitima para ejercer los actos de administración sobre las islas. Tal afirmación resulta tremendamente desafortunada, si se tiene en cuenta lo inaceptable de considerar que una entidad pública adquiere competencia para regular un tema en particular con la simple expedición de un acto administrativo que así la faculte”*.

En cuanto al cobro del canon de arrendamiento sobre base equivocado, sostiene que *“si bien se comparte el criterio acerca de la norma que establece la forma de determinar el canon, con la simple apreciación del certificado catastral tomado como base para determinar la mensualidad a pagar, se denota que en la parte correspondiente al avalúo del terreno que el valor es CERO (\$0) y que en la parte correspondiente al avalúo de las construcciones aparece el valor de SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTIDOS MIL PESOS (\$746.722.000). Es por ello que se afirma que la determinación del canon se hizo basada en el avalúo de las construcciones, de propiedad de mis mandantes, más no en el valor del terreno, de propiedad de la Nación”*.

Con relación a la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, manifiesta que *“la vulneración del derecho a acceder a la administración de justicia se ha hecho presente desde antes de la suscripción del contrato, tal como se indicó en el libelo de demanda y se explica en profundidad a continuación:*

Una vez culminado el procedimiento de recuperación de baldíos indebidamente ocupados y que la Unidad Nacional de Tierras Rurales asumiera la función de culminar y materializar dichos procesos, preció a materializar las decisiones de restitución de bienes inmuebles. En este orden de ideas, procedió a exigirles a mis poderdantes la suscripción del contrato de arrendamiento, so pena de perder la tenencia del inmueble objeto de la Litis. En este punto mis poderdantes no podían presentar acción judicial alguna, pues como es bien

sabido, desde el mes de febrero de 2007 éstos habían entregado un desistimiento autenticado de acciones judiciales en contra del INCODER, o quien hiciera sus veces, lo que haría inocua toda pretensión por vía judicial.”

Concluye su memorial, aduciendo que *“por las explicaciones anteriores es que se puede concluir que se presentó una afectación grave al derecho de acceso a la administración de justicia de mis poderdantes, antes, durante y después de la celebración del contrato de arrendamiento y es procedente tener esta argumentación como una causal válida para declarar la nulidad del contrato de arrendamiento No. 5 de 2008, así como todas las actuaciones posteriores derivadas de tal acto, incluyendo las resoluciones que lo dieron por terminado, junto con los pagos efectuados”.*

IX. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto del 09 de mayo de 2012, se admitió el recurso de apelación.
- Mediante auto del 23 de agosto de 2012, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

X.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El agente del Ministerio público delegado ante esta Corporación, desistió de emitir concepto.

XI. CONSIDERACIONES

1.- COMPETENCIA.

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

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte 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.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER.

De conformidad con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y en atención a los argumentos expuestos por él A quo en la sentencia de primera instancia, el problema jurídico principal en esta instancia se circunscribe en establecer i) Si la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT, tenía o no competencia para haber celebrado el día 8 de abril de 2008, con los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO VALLEJO GALLEGO, el contrato de arrendamiento No. 05 sobre un predio denominado "Casablanca", ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario.

En caso de que la respuesta al problema jurídico anterior sea afirmativa, la Sala deberá además absolver el siguiente problema jurídico: ii) ¿Estuvo equivocado el cálculo del canon de arrendamiento que se le fijó a los demandantes por la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT?

Finalmente con las respuestas a los anteriores interrogantes la Sala determinará iii) si hay lugar o no a declarar la nulidad del contrato de arrendamiento No.05 de abril 8 de 2008, celebrado entre la UNAT- y los señores ANTONIO TURBAY SAMUR Y AMPARO GALLEGO VALLEJO, así como de las resoluciones Nos. 963 del 11 de agosto de 2008, confirmada por la resolución No. 1272 del 26 de septiembre de 2008, proferidas por la Dirección Ejecutiva de la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT y si debe o no ordenarse la restitución de los cánones de arrendamiento cancelados por los señores demandantes a favor de la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT.-

2.1. La UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT, tenía o no competencia para haber celebrado el día 8 de abril de 2008, con los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO VALLEJO GALLEGU, el contrato de arrendamiento No. 05 sobre un predio denominado “Casablanca”, ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario?

En aras de lograr establecer la respuesta al anterior cuestionamiento, la Sala procederá a realizar un estudio normativo y jurisprudencial sobre i) la calidad de bienes baldíos inadjudicables del Archipiélago Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo; ii) la competencia de su administración al momento de la celebración del contrato objeto de estudio.-

i) Calidad de bienes baldíos inadjudicables del Archipiélago Nuestra Señora del Rosario.

En sentencia delveintiséis (26) de abril de dos mil siete (2007), con radicación número: 13001-23-31-000-2007-00004-01(AC), la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado, al resolver la impugnación de una acción de tutela sobre un ocupante de una isla perteneciente al Archipiélago Nuestra Señora del Rosario, sobre los bienes baldíos y la calidad del Archipiélago Nuestra Señora del Rosario, consideró:

“El Código Fiscal de 1873 y de 1912 dispone en su artículo 45 [literal b] que se reputan baldíos, y por consiguiente, de propiedad nacional “las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado” que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o apropiadas por particulares en virtud de un título traslativo de dominio (justo título).

Por razones de soberanía nacional, prevalencia del interés general, protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, entre otras, los baldíos como bienes públicos de la Nación tienen especial protección en la

Constitución y la Ley, y es de su naturaleza ser inalienables, imprescriptibles e inembargables.

La Ley 135 de 1961 creó el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria- INCORA como un establecimiento público descentralizado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Agricultura.

*De conformidad con el artículo 3° [literal d] de la citada Ley 135 de 1961, el INCORA inició proceso administrativo tendiente a clarificar la propiedad de las Islas del Rosario en el cual ningún particular demostró dominio sobre dichas tierras, razón por la que se profirió la Resolución No. 4698 de 27 de septiembre de 1984, mediante la cual se declaró que las islas, islotes, cayos y morros del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario **no han salido del patrimonio nacional** y por tanto son baldíos que constituyen reserva territorial del Estado en virtud de lo previsto en el Código Fiscal (Ley 110 de 1912).*

*La anterior providencia fue objeto de recurso de reposición por parte de los ocupantes y confirmada por la Resolución No. 4393 de 15 de septiembre de 1986 expedida por el Gerente General del INCORA que dispuso, además, solicitar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena de Indias su inscripción en los correspondientes folios de matrícula inmobiliaria y dejar constancia en los certificados de la condición jurídica de **BALDIOS RESERVADOS** de los terrenos que conforman el Archipiélago de las Islas del Rosario. (Resalto fuera del texto)*

Posteriormente, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios instauró ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acción de cumplimiento contra el INCORA. En sentencia de 2 de mayo de 2001, el Tribunal ordenó iniciar en el término de seis (6) meses los procedimientos tendientes al cabal cumplimiento de sus funciones relacionadas con el

establecimiento de la indebida ocupación o apropiación de tierras baldías, clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, la delimitación de las tierras que son propiedad de la Nación y la vigilancia, conservación y restablecimiento de los recursos naturales, atribuidas a la entidad en el artículo 12 [numerales 14, 15, 16, y 17] de la Ley 160 de 1994.

Dicha decisión fue confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia de 6 de julio de 2001.

(...)"

ii). Competencia para la administración de los bienes baldíos reservados que se encuentran en el Archipiélago Nuestra Señora del Rosario.

De igual forma, en la misma sentencia antes mencionada, al continuar con el estudio de los antecedentes del caso *sub lite*, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado dispuso:

"Actualmente, en atención a lo dispuesto por la Ley 160 de 1994 y su Decreto Reglamentario 2664 de 1994, corresponde al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER administrar las tierras baldías de la Nación y, en virtud de ello puede, adjudicarlas, celebrar contratos, constituir reservas; ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías, o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas, y adelantar las diligencias y expedir las resoluciones sobre, extinción del derecho de dominio privado, entre otras.

La Gerencia Regional de Bolívar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, mediante providencia de 9 de septiembre de 2002 ordenó una visita previa a los terrenos situados en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario con el fin de establecer la ubicación, linderos, localización e

identificación de ocupantes y demás datos necesarios para complementar la información relacionada con la explotación económica de la Isla.

Con fundamento en lo anterior, mediante Resolución No. 857 de 24 de octubre de 2002 el INCORA ordenó iniciar las diligencias administrativas tendientes a recuperar los terrenos baldíos ocupados en el predio La Cocotera de conformidad con el área y linderos determinados en la visita técnica practicada el día 12 de septiembre del mismo año.

*Mediante Decreto 1292 de 2003 se ordenó la supresión y liquidación del INCORA por lo cual con fundamento en el artículo 24 del Decreto 1300 de 2003, correspondió al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – **INCODER** asumir el conocimiento de dichas actuaciones.*

La Oficina de Enlace Territorial No. 2 del INCODER, mediante auto de 15 de diciembre de 2003 avocó el conocimiento de las actuaciones que venía adelantando la Regional Bolívar del INCORA.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural elevó una consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado solicitando la interpretación sobre el alcance del fallo de la acción de cumplimiento de 2 de mayo de 2001 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en materia de clarificación de la propiedad.

El 19 de octubre de 2005, el Consejo de Estado señaló que el INCODER debe iniciar los procedimientos administrativos a que haya lugar, contenidos en la Ley 160 de 1994 y en el Decreto 2664 de 1994 con el fin de recuperar los bienes baldíos indebidamente ocupados, delimitar las tierras de propiedad de la Nación y clarificar la propiedad de aquellos terrenos que no se encuentran cobijados en las Resoluciones No. 4698 de 1984 y 4393 de 1986 expedidas por el INCORA, so pena de incurrir en desacato. (Resalto fuera del texto)

En Resolución No. 227 de 21 de abril de 2005 el Jefe de la Oficina de Enlace Territorial No. 2 del INCODER declaró que el señor GUSTAVO CASTRILLON GONZALEZ ejerce indebida ocupación sobre un terreno baldío que **constituye reserva territorial** del Estado llamado La Cocotera y en consecuencia ordenó restituir el lote de terreno en un término de tres (3) meses y la inscripción de la Resolución en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena en el folio de matrícula inmobiliaria No. 195273. Igualmente declaró como poseedor de mala fe al ahora actor de conformidad con lo previsto en los artículos 74 [parágrafo 1°] de la Ley 160 de 1994 y 50 [inciso 2°] del Decreto 2662 de 1994.

El 28 de octubre de 2005 mediante Resolución No. 718 el INCODER resolvió el recurso de reposición interpuesto por el ahora actor contra la Resolución No. 227 de 2005 en el sentido de confirmar en todas sus partes la decisión (folios 157 a 168).

El Consejo Directivo del INCODER, con fundamento en los artículos 12 [numeral 13] y 75 de la Ley 160 de 1994, reguló la ocupación y aprovechamiento temporal de las **tierras baldías reservadas** ubicadas en el Archipiélago de las Islas del Rosario y San Bernardo mediante el Acuerdo No. 041 de 24 de enero de 2006 y otorgó al Gerente General la facultad de celebrar contratos de arrendamiento sobre los islotes del Archipiélago de Islas del Rosario (folios 118 a 122).

El 1° de febrero de 2006 inició acción de revisión ante la Sección Tercera del Consejo de Estado contra la Resolución No. 718 de 28 de octubre de 2005, de la cual desistió el 13 de diciembre de 2006.

El 31 de agosto de 2006 se llevó a cabo la diligencia de restitución del predio Isla La Cocotera en la que participaron el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER y el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, entre otros (folios 112 a 116).

El 1° de septiembre de 2006 el INCODER celebró contrato interadministrativo de comodato No. 095 de 2006 con la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales para procurar el uso del predio desalojado La Cocotera con fines de interés público y para la guarda y preservación del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario (folios 129 a 131).

(...)

A partir de la sentencia que se ha puesto de presente, al adentrarse la misma en el estudio de los derechos presuntamente vulnerados al actor, hemos podido observar el desarrollo normativo que en cuanto a la competencia del INCORA, hoy INCODER, en la administración de las islas que conforman el Archipiélago de Islas del Rosario.

En el caso objeto de estudio, a fin de lograr determinar cuál era la entidad competente para suscribir el contrato cuestionado, se tomarán como pautas i) la época en el cual el mismo se llevó a cabo, que según consta en el expediente corresponde al 08 de Abril de 2008, y ii) la disposición normativa que otorgaba la competencia para la administración de los bienes en cuestión.

Según manifiesta el actor, la Ley 1152 de 2007, declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-175-09, en su artículo 38, disponía:

ARTÍCULO 38. Adiciónese a las funciones que le han sido impuestas por las normas vigentes al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial:

1. La administración de los bienes baldíos inadjudicables o de los que se hallen en zonas de reservas forestales o ambientales, o en zonas de amortiguamiento de Parques Nacionales Naturales o en los terrenos de estos.

2. Adquirir directamente tierras para reubicación de población propietaria de predios ubicados en zonas de reservas forestales o ambientales, o en zonas de amortiguamiento de Parques Nacionales Naturales o en los terrenos de estos.

Queriendo decir lo anterior, que debió ser el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el encargado de la celebración del contrato de arriendo sobre el terreno baldío "CASABLANCA" ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de Barú, Distrito de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar.

Incluso al adentrarnos en el estudio exhaustivo de la disposición antes transcrita, la Sala evidencia que, atiendo el objeto de la extinta Ley 1152 de 2007, el cual recaía en la consagración de un Estatuto de Desarrollo Rural; en la reforma al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, y se dictaban otras disposiciones, era totalmente comprensible que la competencia para la administración de ciertos bienes inmuebles del territorio nacional fueran redistribuidas a otras instituciones, como lo fue al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; queriendo significar con tal entrega que los restantes ministerios y entidades estatales de la rama ejecutiva, tomaban participación en la consecución de los fines de dicho Estatuto Rural.

Como prueba de lo anterior se pone de presente la ubicación del artículo 38, alegado por la parte demandante en el transcurso de la primera y segunda instancia, y el artículo 28, aducido por el juez de primera instancia como uno de sus fundamentos para denegar las pretensiones de la demanda, queriendo ratificar el *a quo* que la competencia para la suscripción del contrato de arrendamiento se encontraba a cargo de la UNAT.

LEY 1152 DE 2007

| | |
|--|--|
| TITULO I. DISPOSICIONES GENERALES. | TITULO II. DE LA INSTITUCIONALIDAD DEL SECTOR RURAL. |
| CAPITULO I. DEL ESTATUTO, PRINCIPIOS Y | CAPITULO I. SOBRE EL INSTITUTO COLOMBIANO DE |

| OBJETIVOS. | DESARROLLO RURAL - INCODER. |
|---|--|
| <p style="text-align: center;">CAPITULO II. DEL SISTEMA NACIONAL DE DESARROLLO RURAL.</p> | <p style="text-align: center;">CAPITULO II. SOBRE LA UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES. (UNAT)</p> <p>Artículo 28. Serán funciones de la Unidad Nacional de Tierras Rurales, las siguientes:</p> <p>5. Adelantar los trámites administrativos o judiciales relacionados con el ejercicio de las acciones y toma de las medidas que correspondan en los casos de indebida ocupación de las tierras baldías.</p> <p>(...)</p> |
| | <p style="text-align: center;">CAPITULO III. DE OTRAS INSTITUCIONES CON FUNCIONES RELACIONADAS CON TIERRAS DE LA NACIÓN</p> <p>Artículo 38. Adiciónese a las funciones que le han sido impuestas por las normas vigentes al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial:</p> <p>1. La administración de los bienes baldíos inadjudicables de los que se hallen en zonas de reservas forestales o ambientales, o en zonas de amortiguamiento de Parques Nacionales Naturales o en los terrenos de estos.</p> <p>(...)</p> |

Es dable concluir a partir del anterior análisis, que la disposición consagrada en el artículo 38 de la Ley 1152 de 2007, traslada la competencia al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, como en el caso *sub judice* para la celebración de contratos de arrendamiento, sobre las islas ubicadas en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario. La celebración de esa clase de contratos es una muestra fehaciente de las funciones de administración que tenía dicho ente gubernamental.

De otro lado, en aras de lograr una mayor precisión en cuanto al carácter de bien baldío reservado que tiene que el Archipiélago Nuestra Señora del Rosario, la Sala encuentra pertinente recordar lo expuesto por el H. Consejo de Estado- en su Sala de

Consulta y Servicio Civil- ante una consulta⁴ por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural de aquel momento.

3.2 El INCODER no puede adjudicar a las comunidades negras bienes baldíos de reserva de la Nación.

Las preguntas centrales de la consulta giran en torno al tema de los bienes baldíos de reserva de la Nación y si en el caso de las islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, situado a 35 kilómetros aproximadamente de Cartagena, se puede adjudicar la propiedad colectiva a comunidades negras, de los predios que ocupan, consistentes en los caseríos Orika e Irakal de la Isla Grande, la cual forma parte del archipiélago.

En relación con este tema, es preciso anotar que el INCORA, mediante la Resolución 11710 del 17 de junio de 1968, de la Gerencia General, ordenó iniciar el procedimiento de clarificación de la propiedad de dichas islas, el cual se adelantó hasta el año de 1984, cuando concluyó con la expedición por parte del Gerente General de la entidad, de la Resolución 4698 del 27 de septiembre de ese año, en la cual se resolvió básicamente lo siguiente:

“Artículo primero.- Declarar que no han salido del patrimonio Nacional y por tanto son baldíos reservados en virtud del Código Fiscal de 1873 y 1912 las Islas conocidas con el nombre de ISLAS DEL ROSARIO, entre las cuales se encuentran LA ISLETA, LA ISLETICA, ISLA GRANDE, MACAVÍ, ROBERTO, ISLA DEL ROSARIO, PAVITO, LOS PALACIOS, PIRATA, LOS CAGUAMOS, BONAIRE, NO TE VENDO o ISLOTE DE LA FIESTA, ISLA DEL TESORO, ARENAS y OTRAS, las cuales comprenden un área aproximada de 384 Has. 3.580 M2, ubicadas al suroeste de Cartagena, a unos 35 kilómetros aproximadamente y a 5 kilómetros al noroeste del Corregimiento de Barú, entre

⁴ Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007).- Rad. No. 11001-03-06-000-2007-00019-00 Número interno 1.814 Referencia: ISLAS DEL ROSARIO. BALDÍOS DE RESERVA DE LA NACIÓN. Carácter de baldíos inadjudicables. Solicitud al INCODER de titulación colectiva, por parte de una comunidad negra.

las coordenadas Y-811590 y 820.000 X-1.614.260 latitud norte que pertenecen en lo administrativo al Corregimiento de Barú, Municipio de Cartagena, Departamento de Bolívar” (Resalta la Sala).

En el cuarto punto de las consideraciones de esta resolución, se expresa lo siguiente:

“4º.- Si analizamos las excepciones que traen los artículos 878 y 107 de los Códigos Fiscales de 1873 y 1912, respectivamente, frente a los hechos establecidos en la Inspección Ocular y en el Dictamen Pericial, se llega a la conclusión en cuanto se refiere a las ISLAS DEL ROSARIO, de que no están ocupadas por poblaciones organizadas, como sería el caso por ejemplo de San Andrés y Providencia que sí lo es, sino que se trata de un conjunto de islas que han sido ocupadas por particulares y también por algunas dependencias del Estado, debido a su gran belleza natural y cercanía a las costas nacionales, que las hace ideales para sitios turísticos de primer orden, pero que nunca han tenido un régimen especial dentro de la vida político-administrativa del país” (Destaca la Sala).

La citada Resolución fue recurrida, siendo confirmada mediante la Resolución 4393 del 15 de septiembre de 1986, la cual ordenó su inscripción en la Oficina de Registro de Cartagena y dispuso que en los certificados que expediera el Registrador, se dejara constancia “de la condición jurídica de BALDÍOS RESERVADOS que tienen los terrenos que conforman el Archipiélago de las Islas del Rosario”.

En consecuencia, la calificación de baldíos reservados que tienen los predios de las Islas del Rosario, entre las cuales está la Isla Grande, se encuentra en firme y permanece vigente en la actualidad.

*Esta característica de **baldíos reservados**, implica la consecuencia jurídica, que **no son adjudicables**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107 literal a) del Código Fiscal, la ley 110 de 1912, que establece que constituyen la*

Reserva Territorial del Estado y no son enajenables, entre otros bienes, “las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45”.

El artículo 45 del mismo Código en su literal b), dispuso que se reputan baldíos y por consiguiente, son de propiedad nacional, entre otros bienes, “las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio”.

*De lo anterior se infiere que al tener la **calidad de bienes baldíos reservados, o baldíos de reserva de la Nación, los predios de las Islas del Rosario, entre las que se cuenta la Isla Grande, no son adjudicables** y por consiguiente, no es factible para el INCODER la adjudicación de la propiedad colectiva de algunos de ellos, a una comunidad negra, que la solicite con base en la ley 70 de **1993**”.*

Una vez se ha precisado la calidad de cual gozan las islas ubicadas en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, y la correspondiente competencia para su administración, radicada en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, no queda duda alguna que la respuesta al primer problema jurídico que nos formulamos es que para la fecha de celebración del contrato de arrendamiento No. 05 del 08 de Abril de 2008, debió ser dicho Ministerio quien realizara el negocio jurídico y no la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT, razón por la cual la Sala procederá a estudiar si ésta situación evidenciada es originaria de nulidad en el contrato de arrendamiento celebrado por las partes como lo pretende la parte actora.

Pero antes procedamos a resolver el segundo problema jurídico que se planteó que fue el siguiente:

2.2. ¿Estuvo equivocado el cálculo del canon de arrendamiento que se le fijó a los demandantes por la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT?

Según asegura la parte actora, el cálculo del valor de los cánones de arrendamiento del predio denominado “Casablanca”, ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de barú, Distrito de Cartagena de indias, y que les fue fijado por la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT, dentro del contrato de arrendamiento No. 05 celebrado el día 8 de abril de 2008, estuvo equivocado, puesto que consideran que la base para establecerlo se hizo con referencia al avalúo catastral de las mejoras, cuando a su juicio debió realizarse sobre el avalúo catastral del terreno que se quiere en arrendamiento.

Por su parte la entidad demandada manifiesta en su contestación que el cálculo del valor del canon de arrendamiento estuvo correcto porque se hizo de acuerdo con el artículo 4º del acuerdo No.041 de 2006 que dispone que el precio o canon mensual de arrendamiento de las áreas insulares será equivalente al uno por ciento (1%) del valor del avalúo catastral del inmueble que para el efecto y a petición del INCODER, realizará el Instituto geográfico Agustín Codazzi – IGAC, y que para el caso bajo examen, mediante certificado No. 003351 expedido el 16 de agosto de 2006, el IGAC avalúo el predio número 000300010009002 por valor de 746.772.000, planteamiento que fue acogido por el juez a quo.-

Revisada la situación, la Sala considera que no tiene razón el recurrente en este cargo de violación, pues la norma aplicable resulta ser sumamente clara, en el sentido de que el valor del canon de arrendamiento se calcula con base en el 1% del avalúo catastral del inmueble a arrendar, certificado por el Instituto geográfico Agustín Codazzi – IGAC.

En efecto, revisado el expediente se observa que contrato de arrendamiento No. 05 de 8 de abril de 2008, establece en la cláusula primera, con relación al objeto del contrato, que este consistía en que “*el Arrendador en calidad de administrador de las*

tierras baldías de la nación, y entre ellas las que constituyen reserva patrimonial o territorial del estado, concede a los arrendatarios el uso y goce del inmueble de una extensión aproximada de una hectárea (has), sobre el predio denominado CASABLANCA, ubicado en isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de barú, Distrito de Cartagena de indias, Departamento de Bolívar, con las mejoras e instalaciones en el incorporadas,.....”(Negrillas fuera de texto)

Igualmente se establece en la cláusula cuarta con relación al canon, pago, forma y oportunidad lo siguiente: “Los arrendatarios se obligan a pagar al arrendador por el uso, disfrute y goce del inmueble arrendado, un canon mensual de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$7.467.720 M/CTE) **equivalente al uno por ciento (1%) del valor del avalúo catastral del inmueble, determinado por el Instituto geográfico Agustín Codazzi – IGAC.....”(Negrillas fuera de texto)**

Y en el párrafo 3º de dicha cláusula se expresa lo siguiente: “**Los arrendatarios declaran expresamente estar conformes con el avalúo efectuado por el IGAC.**”(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, a folio 21 del expediente aparece acompañado con la demanda copia autenticada de certificado de fecha 16 de agosto de 2006, expedido por la Directora territorial de Bolívar del Instituto geográfico Agustín Codazzi – IGAC, en el cual se puede leer que el predio número 000300010009002 presenta un avalúo catastral de 746.772.000.

De manera pues que tanto el acuerdo 041 de 2006, como la cláusula contractual, establecía que el valor del canon de arrendamiento se hacía con fundamento en el 1% del valor del avalúo catastral certificado por el IGAC, y que estas condiciones fueron expresamente aceptadas por los arrendatarios al firmar el contrato, luego resulta atentatorio contra el principio de la buena fe contractual, con posterioridad alegar un supuesto canon excesivo, cuando de una sencilla operación matemática, resulta claro

que el 1% de la suma de \$746.772.000, efectivamente corresponde a \$7.467.720 que fue el valor del canon que se estableció que debían pagar los arrendatarios.

La tesis de la parte demandante en el sentido de que el valor de dicho canon debía realizarse era sobre el valor del avalúo catastral del terreno y no sobre el avalúo catastral de las mejoras, no tiene además asidero jurídico, porque primero para el avalúo catastral de una propiedad este se compone no solo del avalúo del lote, sino también del avalúo de la construcción; el primero se fija teniendo en cuenta el área del lote por el valor de la zona geoeconómica y el avalúo de la construcción se fija de acuerdo con las características y acabados que tenga el predio, todo de acuerdo a la metodología que señale el IGAC; y segundo si no estaban de acuerdo con el avalúo del predio efectuado por el IGAC, debieron en su momento pedir su revisión o corrección ante la autoridad catastral, de lo cual no existe prueba que se hubiese realizado.

Por consiguiente la Sala considera que este aspecto del recurso de apelación no encuentra vocación de prosperidad por lo cual allí sí estuvo acertado el a quo.

Absueltos como se encuentran los dos primeros problemas jurídicos, podemos ya entrar a determinar el problema jurídico principal tendiente a determinar:

2.3. ¿Si hay lugar o no a declarar la nulidad del contrato de arrendamiento No.05 de abril 8 de 2008, celebrado entre la UNAT- y los señores ANTONIO TURBAY SAMUR Y AMPARO GALLEGOS VALLEJO, así como de las resoluciones Nos. 963 del 11 de agosto de 2008, confirmada por la resolución No. 1272 del 26 de septiembre de 2008, proferidas por la Dirección Ejecutiva de la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT y si debe o no ordenarse la restitución de los cánones de arrendamiento cancelados por los señores demandantes a favor de la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT?.-

Para ello, sea lo primero advertir, que a pesar se haya declarado la terminación del contrato por las causales mencionadas en el acto administrativo emanado de la entidad demandada, ésta Corporación Judicial, sí se encuentra facultada para realizar el estudio de la actuación que originó la relación contractual, esto es el contrato de arrendamiento, ya que a partir de lo anterior, se verificará si las restituciones solicitadas por los demandantes son o no procedentes.

i) De la nulidad de los contratos estatales y de las causales y oportunidades para solicitar la declaratoria de nulidad de contrato estatal.

Las nulidades son instituciones de derecho privado, pero se aplican a la contratación estatal, pues su régimen jurídico es adaptado a ésta, es por ello que para el estudio de los artículos 40 y subsiguientes de la ley 80 de 1993, se debe considerar los aspectos básicos del código civil, que rigen el tema a desarrollar.

Se consideran las nulidades como sanciones legales, por lo cual todo acto que se encuentra viciado de nulidad pierde sus efectos jurídicos. Así las cosas, la nulidad es entonces un vicio que invalida los actos y contratos, cuya existencia es perentoria, bien lo explica Sandoval *“Los actos o contratos al ser declarados nulos, producen efectos hacia atrás, ex tunc, retroactivos o ab finitio, desde su nacimiento o comienzo del acto o contrato e impiden que se continúen produciendo efectos en el tiempo futuro, cortando de tajo su existencia y efectividad”*.⁵

El código civil colombiano en su artículo 1740 sobre la nulidad estipula lo siguiente:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. Igualmente no todos los vicios conducen a la misma clase de nulidad, como se verá seguidamente la nulidad puede ser absoluta o relativa.”

⁵ Sandoval Estupiñan, Luz Ines, Contratación estatal y contratación en salud en el estado colombiano. Editorial Ibañez, Bogotá 2009. Pág. 321

La naturaleza jurídica de la nulidad absoluta es insaneable, esta es la que protege el interés público o general de la sociedad, está destinada a castigar lo ilícito, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público, como lo aclara el código civil se aplica cuando faltan los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo, trata temas ilícitos o hay incapacidad de las personas que intervienen.

En el código civil se enmarca la nulidad absoluta de la siguiente manera:

ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

ARTICULO 1742. <OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA>. <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:> La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Enfocado ahora el tema respecto de los contratos estatales, tenemos que dentro de las causales de nulidad de los contratos estatales, la normatividad distingue entre causales –absolutas- relativas y parciales-. Los artículos 44 a 49 de la Ley 80 de 1993

regulan todo lo concerniente a la Nulidad de los contratos. En dichas disposiciones al tenor literal se dispone:

Artículo 44°.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

Artículo 45°.- De la Nulidad Absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Artículo 46°.- De la Nulidad Relativa. Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el

transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

Artículo 47º.- De la Nulidad Parcial. La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada.

*Artículo 48º.- De los Efectos de la Nulidad **La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.***

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Artículo 49º.- Del Saneamiento de los Vicios de Procedimiento o de Forma. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el Jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.

Examinando en primer lugar las causales de nulidad absoluta, encuentra la Sala, que la causal de nulidad alegada por los actores, gira en torno a declarar la falta de competencia de la UNAT al momento de la suscripción del contrato de arrendamiento No. 05 de abril de 2008, y ya pudimos anteriormente concluir que efectivamente se presenta dicha falta de competencia dado que esta le venía atribuida era al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Por consiguiente a juicio de la Sala de Descongestión estamos en presencia de una causal de nulidad absoluta, por falta de capacidad legal del entonces Director de la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT para haber celebrado el día 8 de abril de 2008, el contrato de arrendamiento con los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO GALLEGO VALLEJO sobre el predio denominado CASABLANCA, ubicado en isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de barú, Distrito de Cartagena de indias, Departamento de Bolívar.

Ahora bien, sobre la nulidad absoluta del contrato estatal, en jurisprudencia del consejo de estado, señala los efectos de la misma así:

“Así la Ley 80 de 1993, norma que tiene por objeto disponer las reglas y principios que regulan los contratos de las entidades estatales consagra algunas formalidades cuya observancia es indispensable para que los contratos nazcan válidamente al mundo del derecho.

De la interpretación sistemática de las normas contenidas en el derecho privado y de aquellas previstas en la ley de contratación estatal, para que el contrato celebrado por el Estado se encuentre ajustado a la legalidad debe reunir los siguientes requisitos: i) la capacidad de las partes: aptitud que para la Administración pública equivale a la competencia del funcionario que suscribe el contrato, la cual deviene de la ley y, para el particular contratista, a la capacidad de obrar o de ejercicio entendida como el poder de realizar actos con eficacia jurídica, bien que se trate de persona natural o de persona jurídica; ii) el cumplimiento estricto de los procedimientos de selección del contratista; iii) la licitud del objeto y de la causa y, iv) el consentimiento libre de vicios y v) que no se haya celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal.(Resalto fuera del texto)

El artículo 46 de la Ley 80 de 1993, prescribe que los demás vicios que se presenten en los contratos, es decir, aquellos diferentes de los consagrados en el artículo 44 ibídem, serán constitutivos de nulidad relativa y podrán sanearse, bien por ratificación expresa de los interesados o por el simple transcurso del tiempo, fijado en el término de dos (2) años que se contarán a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

Con el fin de preservar el principio de legalidad, el interés general, el orden público y de otorgar seguridad jurídica, la ley ha previsto algunas situaciones como constitutivas de nulidad absoluta de los contratos estatales.

Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a más de las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho común, consagra de manera expresa cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato (...)

(...)

Del contenido de dicho precepto legal se evidencia, que la Ley 80 de 1993, al establecer el régimen de nulidades absolutas del contrato estatal tomó como propias aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, e igualmente estableció otras adicionales, privativas o específicas de la contratación estatal, lo cual impone acudir a las regulaciones de la ley civil a fin de consultar su contenido y finalidad y de esta manera apreciar en forma integral el régimen de causales de nulidad absoluta aplicable a los contratos del Estado.

Se advierte que el artículo 6° del C.C., consagra la causal de nulidad de los actos ejecutados contra expresa prohibición legal; el texto de la norma es el siguiente: “En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

Por su parte el artículo 1741 de la misma codificación, prescribe la nulidad absoluta de los actos y contratos, derivada del objeto o causa ilícita y de la pretermisión de formalidades previstas en la ley para su validez: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”.

A su vez el Código Civil precisa en varios de sus artículos las situaciones en las cuales se presenta ilicitud en el objeto así:

Artículos 1519: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

Artículo 1523: “Hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.”

De conformidad con la legislación civil la nulidad absoluta de los actos o contratos pueden tener origen en: i) la celebración contra expresa prohibición legal; ii) la omisión de algún requisito que según la ley resulta esencial para el valor de los mismos; iii) la presencia de objeto o causa ilícita; teniendo como ilicitud en el objeto, la contravención de normas que forman parte del derecho público o la celebración de actos jurídicos prohibidos por la ley, caso éste último que lleva al primer supuesto constitutivo de esta clase de nulidad.⁶

A partir de lo anterior, resulta procedente concluir que lo ocurrido se circunscribe a una incapacidad de la parte contratante, en este caso la Unidad Nacional de Tierras Rurales (UNAT), quien a través de su representante legal suscribió el contrato de arrendamiento No. 05 del 08 de Abril de 2008, cuyo objeto recaía en predio denominado “CASABLANCA” ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de Barú, Distrito de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar, y por tanto genera una nulidad absoluta del mismo.

Del presente asunto, podemos colegir entonces que el contrato de arrendamiento No. 005, celebrado el día 08 de Abril de 2008, entre la Unidad Nacional de Tierras- UNAT- y los señores Antonio Turbay Samur y Amparo Vallejo Gallego, cuyo objeto correspondía al predio denominado “CASABLANCA” ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de Barú, Distrito de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar, se encuentra viciado de nulidad absoluta, al no haber sido celebrado por la parte contratante competente que lo era el

⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1º de diciembre de 2008, radicado número interno -15603

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, puesto que para la Administración pública, la competencia en materia contractual equivale a la competencia del funcionario que suscribe el contrato, la cual deviene de la ley.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, y por tanto al encontrarse vigente la Ley 1152 de 2007⁷ en otrora, la competencia recaía en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para la celebración del contrato de arrendamiento de fecha 08 de abril de 2008.

Por tanto, al no ser éste quien figurara como parte contratante, se encuentra probada la nulidad absoluta solicitada oportunamente por los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO GALLEGOS VALLEJO, respecto del contrato de arrendamiento No. 005 suscrito el día 8 de abril de 2008, entre la UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT- y los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO VALLEJO GALLEGOS, sobre el predio denominado "CASABLANCA", ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de Barú, Distrito de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar, y en ese sentido se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.

ii.) Efectos de la declaratoria de nulidad absoluta

Además de la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta del contrato de arrendamiento celebrado por la partes, los actores solicitaron se declararían en el mismo sentido la nulidad de la Resolución No. 963 del 11 de agosto de 2008, que a su vez fue confirmada por la Resolución No.1272 del 26 de septiembre de 2008, proferidas por la Dirección Ejecutiva de la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT-

Sobre ésta segunda solicitud, también se configura la causal de incompetencia tal como se explicó anteriormente. Por lo que resulta procedente acceder a su nulidad.

⁷ La fecha de publicación de la Ley 1152 de 2007 corresponde al 25 de Julio de 2007, por tanto, tal y como lo estipuló el artículo 178 de dicho Estatuto la mencionada ley rigió a partir de la fecha de su publicación.

En este orden de ideas, procederemos a estudiar la última pretensiones propuesta por los demandantes.

iii) Sobre las restituciones de los cánones de arrendamiento.

En las normas transcritas sobre la nulidad de los contratos estatales, se pudo observar que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, al estipular que la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado⁸, al estudiar el contrato de arrendamiento frente al contrato de concesión, sostuvo como rasgos característicos del mismo:

2.5.3.1 El contrato de arrendamiento.

El de arrendamiento es un contrato en el cual las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y la otra a pagar por ese goce, obra o servicio un precio determinado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1973 del Código Civil.

Como se aprecia, el tratamiento que el ordenamiento civil dispensa a este tipo contractual se caracteriza por conferirle unos alcances similares a los que le eran propios en el derecho romano, en el cual fue entendido como toda locatioconductio, tanto referida a cosas (locatioconductio rei) como a servicios (locatioconductio operarum) o a obras (locatioconductio operis); empero, en el tráfico jurídico contemporáneo la voz arrendamiento se circunscribe solamente a las cosas, pues el régimen jurídico de los demás servicios se ha independizado —caso de los que emanan de la fuerza humana, los cuales han abandonado la regulación civilista para ser normados por disposiciones

⁸Consejo de Estado. Sección 3ª Sentencia del 18 de marzo de 2010 radicado número 14390

especiales y de orden público o de los demás servicios que también han pasado a ser desarrollados por disposiciones autónomas, como ocurre con los contratos de obra o de transporte—, por manera que la noción actual de arrendamiento sólo comprende el acuerdo por cuya virtud las dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por dicho goce un precio determinado, quedando claro que son susceptibles de arrendamiento todas las cosas, corporales o incorpóreas, que puedan usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar —artículo 1974 C.C.—.

*De acuerdo con tal definición, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su **bilateralidad**, comoquiera que se celebra entre dos sujetos de derecho entre los cuales surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador consisten en **entregar al arrendatario la cosa arrendada** y en procurarle al arrendatario el uso y goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en **conservar la cosa** en el estado en el cual la recibió, **pagar los cánones pactados** y **restituir** el objeto material del contrato al término del mismo; su **onerosidad**, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se toma en comodato; su **conmutatividad**, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su carácter de **tracto sucesivo**, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no pueden cumplirse instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.*

El análisis de su regulación legal, como lo ha sostenido esta Sala, permite inferir que son elementos esenciales de esta modalidad contractual, los siguientes: (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes ; a este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado lo siguiente:

“La definición que del contrato de arrendamiento trae el art. 1973 ibídem indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, que es el que interesa en la litis de que ahora conoce la Corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.

Así, el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y oneroso como lo es el de arrendamiento. A su turno, la concesión del uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso” (Se subraya y destaca).

De otro lado, si bien se ha entendido de manera generalizada que el arrendamiento es un negocio meramente de administración —es decir, un tipo de negocio en el cual el derecho implicado, especialmente el de propiedad, no se transmite, ni se grava o limita, sino que simplemente supone el ejercicio de las facultades de uso o de goce, de mejoramiento o de conservación del bien—, en algunas ocasiones puede considerársele como un verdadero negocio de disposición —esto es, aquel que conlleva enajenación o gravamen de un derecho patrimonial—; así pues, siempre que el arrendamiento se reduce a una vinculación de corto tiempo entre arrendador y arrendatario, se tratará de un negocio de administración; en cambio, cuando el arriendo se extiende por más de cinco años, la regulación que del tema efectúa el Código Civil da lugar a entender que se trata de un verdadero negocio de disposición e, incluso, que

se trata de uno de los casos en los cuales el arrendamiento da lugar a que la relación material del arrendatario con la cosa arrendada constituya un auténtico derecho real ; lo expuesto —es decir, que el negocio será de disposición— también ocurriría cuando junto con el arriendo “se otorgan amplias facultades de uso y disfrute, como las de mejorar la cosa por parte del arrendatario [caso en el cual el arrendamiento], es negocio de disposición y no de mera administración” .

De la amplia regulación legal que el ordenamiento jurídico colombiano realiza de este tipo contractual, interesa referirse, a los efectos del asunto sub examine, a las tres principales obligaciones que del arrendamiento se derivan para el arrendador: (i) la de entrega material de la cosa, la cual traslada la tenencia o posesión en nombre ajeno del bien arrendado; (ii) la de mantenimiento de la cosa en estado de servicio, es decir, en el mismo estado en el cual la entregó, durante la totalidad del plazo contractual, obligación de la cual se deriva para el arrendador la necesidad de efectuar “todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden al arrendatario” —artículo 1985 C.C.—, en relación con lo cual ha señalado la jurisprudencia de esta Sala:

“Una de las obligaciones del arrendador es la de mantener la cosa que arrienda en estado de servir para el fin del contrato (art. 1982 c.c.) y para mantenerla en buen estado debe hacer “todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario” . Se entiende por reparaciones locativas aquellas que según la costumbre son de cargo del arrendatario y son, sobre todo, aquellas que corresponden al deterioro causado por su culpa o la de sus dependientes. En ese orden de ideas, se distinguen dos tipos de reparaciones: aquellas que le corresponden al arrendador denominadas necesarias y las locativas, que están a cargo del arrendatario” (subraya la Sala).

Y, finalmente, (iii) la obligación de evitar, impedir o hacer cesar turbaciones al derecho de disfrute de la cosa por parte del arrendatario, corolario de la circunstancia consistente en que el arrendador es propietario o tiene algún derecho sobre la cosa que lo autoriza para arrendarla y para garantizar que el arrendatario no será perturbado en dicho goce; ésta es una garantía que trasluce la regla, de alcance más general, en virtud de la cual la cosa entregada debe servir para el destino natural que se pretende satisfacer, lo cual comprende tanto que la cosa no tenga vicios que la hagan inepta para el fin del contrato, como que el arrendatario no será perturbado en su goce por hechos del arrendador o de terceros. En relación con este extremo, se ha sostenido lo siguiente:

“La facultad de usar la cosa, que tiene el arrendatario, es personal, esto es de darle un goce para sí, para las personas señaladas en el contrato y no para terceras personas ajenas a la convención. De tal manera, quien celebra un contrato de arrendamiento, se entiende que es para usarlo directamente él, salvo, obviamente, estipulación en contrario” (subraya la Sala).

“Entre el arrendamiento de cosas y la venta existen varios puntos de contacto, tantos que alguien ha considerado que el contrato de arrendamiento no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien. Es así como, efectivamente, sucede que, al igual que en el contrato de venta, en el arrendamiento se dan dos elementos esenciales iguales, que son una cosa y un precio; y que, como ocurre en el contrato de venta, también en el de arrendamiento se da el fenómeno del saneamiento, en las mismas modalidades que en la venta, es decir, tanto el saneamiento por evicción, como el saneamiento por vicios redhibitorios. Inclusive media entre los dos contratos tanta relación, que en más de un caso puede suceder que normas propias del contrato de venta sean ampliables, por mandato de la ley misma, al contrato de arrendamiento de cosas; o que normas del contrato de arrendamiento sean la

reproducción casi exacta de normas del contrato de venta. Como ejemplo pueden citarse los arts. 1976, 1979 y 1980” (subrayas fuera del texto original).

En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual del arrendamiento son los siguientes: (i) la entrega que de un bien efectúa el arrendador al arrendatario, para el goce o uso exclusivo por parte de éste, con la consecuente obligación para aquél de asegurar dicho uso o goce en cabeza del arrendatario, manteniendo la cosa en estado de servir a su destinación natural y libre de perturbaciones originadas en el arrendador mismo o en terceros, de un lado y, de otro, (ii) el pago de un precio por el uso o goce del bien arrendado.

En la misma providencia, atrás acotada, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, sobre la procedencia de las restituciones en los contratos de tracto sucesivo, señaló:

En reciente fallo del cual fue ponente el Consejero de Estado que presenta, asimismo, la ponencia con fundamento en la cual se profiere el presente proveído, la Sala se pronunció en los siguientes términos en cuanto atañe a las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato estatal:

“La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada -o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas-, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., cuyo texto es el siguiente:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”.

La Corte Suprema de Justicia ha ilustrado respecto de las restituciones mutuas, surgidas como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del contrato, en el siguiente sentido:

“(...) la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, de manera que emerge para los contratantes la obligación de restituir lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y 1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.)”

Pero no siempre la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas acarrea, como consecuencia para las partes que intervienen en la relación contractual, la obligación de la restitución mutua de lo recibido por ellas, sencillamente porque existen situaciones en las cuales tal obligación

puede resultar imposible de cumplir o incluso se puede convertir en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, tema sobre el cual se ha ocupado la jurisprudencia de la Sección Tercera en los siguientes términos:

*“Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de las restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los **contratos de tracto sucesivo**, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., **en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse(...)**” (El resaltado no es del texto)*

(...)

Así pues, aunque el contrato 206 de 1993 se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas por cuanto resulta materialmente imposible que se pueda retrotraer el contrato al punto tal que el contratista pueda deshacer los servicios públicos prestados o las construcciones realizadas en el bien objeto del contrato, para que, a su vez, la entidad estatal devolviera los valores recibidos a manera de cánones de arrendamiento.

Por lo anteriormente expuesto, forzoso es concluir que en el presente caso no proceden las restituciones mutuas entre las partes de la relación contractual” (subrayas fuera del texto original).

En consecuencia, siguiendo exactamente el mismo derrotero argumentativo al cual se acaba de hacer alusión en punto de la imposibilidad de volver las cosas al estado en el cual se hallaban antes de haberse celebrado el contrato declarado nulo cuando éste corresponde a un negocio jurídico de tracto sucesivo, como lo es el contrato de concesión realmente celebrado entre las partes en el presente proceso —según se ha explicitado en el presente pronunciamiento—, la Sala se abstendrá de disponer la realización de restituciones mutuas de índole alguna entre los contratantes.

Según lo anteriormente expuesto, no se colige que sea posible ordenar las restituciones mutuas, puesto que lo declarado nulo recaía en un **contrato de tracto sucesivo**, el contrato de arrendamiento No. 005, celebrado el día 08 de Abril de 2008, entre la Unidad Nacional de Tierras- UNAT- y los señores Antonio Turbay Samur y Amparo Vallejo Gallego, cuyo objeto correspondía al predio denominado “CASABLANCA” ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de Barú, Distrito de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar. En consecuencia se negará dicha solicitud.

Finalmente en cuanto a la vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia, la Sala considera que el pronunciamiento resulta ser inocuo toda vez que los fines perseguidos por los demandantes han sido obtenidos a través de las anteriores consideraciones y en tal sentido se manifestarán en la parte resolutive de ésta sentencia.

XII. 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: REVOCAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento No. 005, celebrado el día 08 de Abril de 2008, entre la Unidad Nacional de Tierras- UNAT- y los señores Antonio Turbay Samur y Amparo Vallejo Gallego, cuyo objeto correspondía al predio denominado "CASABLANCA" ubicado en Isla Grande, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, corregimiento de Barú, Distrito de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se declaran igualmente nula la Resolución No. 963 del 11 de agosto de 2008 y la resolución No. 1272 del 26 de septiembre de 2008, que la confirmó, expedidas por la Dirección Ejecutiva de la Unidad Nacional de Tierras Rurales.

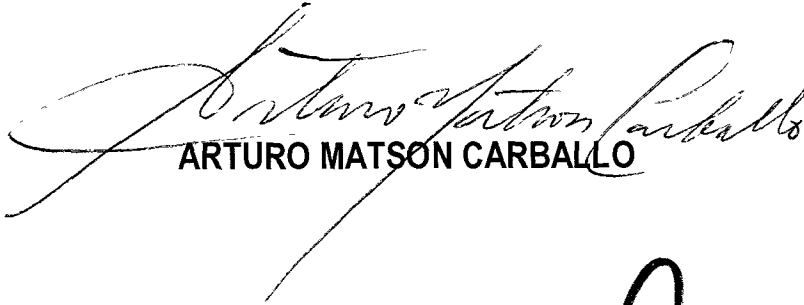
TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por lo considerado.

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

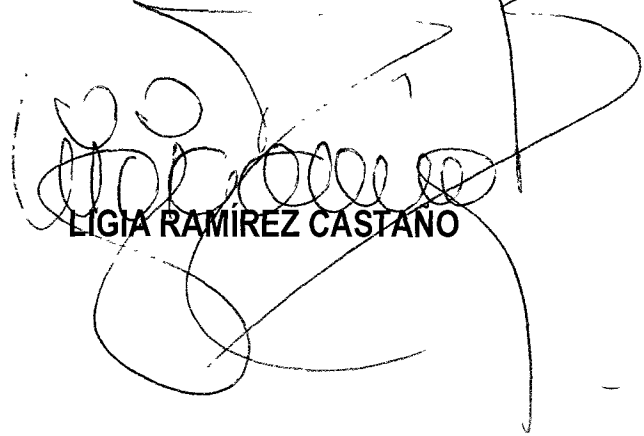
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



ARTURO MATSON CARBALLO

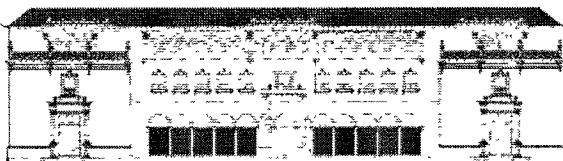


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE FANDIÑO GALLO

Nota. Las presentes firmas corresponden a la sentencia del 10 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión No 003, en el proceso radicado con número C.C 002-2010-00023-01, en el cual actúa como demandante los señores ANTONIO TURBAY SAMUR y AMPARO GALLEGO VALLEJO y como entidad demandada la NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA- UNIDAD NACIONAL DE TIERRAS RURALES- UNAT EN LIQUIDACIÓN-



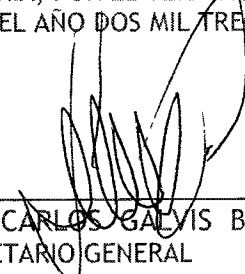
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1256
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---|---|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA |
| DEMANDADO | : U-A-E DIAN |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-23-31-002-1999-00184-01 |
| FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE DE 2013 | |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE 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 ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 263-2013

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

TEMA: Incumplimiento de tránsito aduanero – llegada de mercancía por fuera del término.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13-001-33-31-002-1999-00184-01

II. PARTES

Demandante: EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA.

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce 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, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintinueve (29) de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

- 1.1. Que se declare la nulidad de las Resolución número: 00032 del 23 de enero de 1997 de la División de liquidación aduanera, por la cual se declara el incumplimiento al tránsito aduanero No.0004162 del 1 de Diciembre de 1995, en la que figura como Empresa transportadora Botero Soto LTDA, y como consignatario INCA METAL S.A., y se ordena hacer efectiva la póliza No.01-1068934 expedida por Seguros Confianza S.A.
- 1.2. De igual forma se solicita nulidad de las Resoluciones confirmatorias de la resolución relacionada en el punto anterior, las cuales están identificadas con los números: 00029 del 15 de mayo de 1998, por la cual se resuelve el recurso de reposición, y la resolución No.00078 del 23 de septiembre de 1998, proferida por el Administrador Especial de Aduanas, por la cual se resuelve el recurso de apelación, confirmándose en ambas el incumplimiento al régimen de tránsito aduanero.
- 1.3. A título de restablecimiento del derecho la parte demandante solicita, que se entienda correctamente presentado el tránsito aduanero del cual se declaró el incumplimiento, no existiendo ninguna causa que confiere atributo a la aduana de Cartagena, para declarar el incumplimiento al tránsito aduanero.

2. HECHOS RELEVANTES

Se presenta en la demanda que la administración especial de aduanas de Cartagena, mediante declaración de tránsito aduanero con No.0004162 del 1 de Diciembre de 1995, autorizó el tránsito aduanero a la ciudad de Medellín de una mercancía, con un valor FOB TOTAL de 95.585,08, con manifiesto de carga No.504261 del 29 de noviembre de 1995, declaración en la cual figura como empresa transportadora: Botero Soto, consignador: Mexinox Trading S.A de C.V, aduana de destino: Zona Aduanera Inca Metal Medellín.

Se dice además que el mencionado tránsito aduanero se encontraba garantizado con la póliza de cumplimiento No.01-1068934 expedida por Seguros Confianza S.A. y la mercancía tenía un plazo máximo para la finalización del régimen el día 7 de diciembre de 1995.

Indica el demandante que la iniciación del régimen se llevó a cabo el día 5 de diciembre de 1995, por causa de la administración de aduanas, pues se demoró en la revisión de la mercancía transportada y en la instalación de los precintos, autorizando el inicio del tránsito solo hasta el 5 de diciembre de 1995, hecho que prueba el demandante con el manifiesto de carga 1-1-0087967, que fue expedido por la sociedad transportadora el 5 de diciembre de 1995.

Agrega también el apoderado de la parte actora, que el mencionado tránsito aduanero solo pudo ser registrado hasta el 11 de diciembre de 1995, por el hecho que la aduana de destino no trabaja los sábados y el día 8 fue festivo, el 9 cayó sábado y el 10 domingo, pudiendo registrar la culminación del tránsito solo hasta el día 11 de diciembre de 1995.

Indica el demandante que no pudo arribar a la aduana de destino el 7 de diciembre, porque la carretera fue cerrada en vía Medellín – Caucasia sector puente sobre el río pescado, por reparación de losas del puente, carretera que fue cerrada desde las 10:00 PM del 6 de diciembre hasta el jueves 7 de diciembre a las 4:00 PM, de igual forma por las especiales condiciones de seguridad que vivía el país por la época, los vehículos no podían circular por las carreteras después de las 7 de la noche, por consiguiente el día 7 de diciembre no se pudo seguir circulando después de esa hora, pudiendo llegar la mercancía a la ciudad de Medellín solo hasta 8 de diciembre de 1995 a las 5:05 PM uno y el otro a las 3:10 PM.

Argumenta el demandante que el incumplimiento se declaró sin la formulación de un pliego de cargos, para que el afectado pudiese hacer uso de su derecho de defensa, violándose de esta forma el debido proceso.

Argumenta por otra parte el demandante que los recursos administrativos interpuesto no fueron resueltos dentro de los términos establecidos en el artículo 732 del Estatuto Tributario, pues el recurso de reconsideración no fue resuelto dentro del año siguiente a su presentación configurándose de esta forma el silencio administrativo positivo.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Las actuaciones o actos acusados violan las normas de los Artículos 6, 13, 29, 83, 95 y 363 de la Constitución Nacional; Artículos 43, 44, 47, 48, 51, 52, 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo modificado por el Artículo 14 del Decreto 2304 de 1989; Artículo 2 del Decreto 1800 de 1994; Artículos 6, 12, 63, 64, 109 del Decreto 1909 de 1.992., Artículo 119 del Decreto 2666 de 1.984., Artículo 2, 4, 6, y 9 del Decreto 2402 de 1.991, Artículo 36 de la decisión 327 de 1.989-Acuerdo de Cartagena, Artículo 3, 4, 7, de la Resolución 0371 de 1.992., Numerales 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.5.4, 3.6.7, y 8. De la Resolución 3333 de 1991, Artículo 25 de la Resolución 1794 de 1993. Artículo 64 del Código Civil, Artículo 175, 177, 251, 252, y 264 del Código de Procedimiento Civil, Artículo 11 Ley 446 de 1998.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.- Es violado absolutamente con la expedición de los Actos Administrativos acusados. Estos actos jurídicos a voces de la Honorable Corte Constitucional son arbitrarios y groseros, por cuanto quebrantan la regla del debido proceso consagrada en el Artículo 29 de la Constitución Nacional, desde todos los ángulos, a saber:

- Violan el principio de la imputabilidad, estipulado en el inciso segundo del Artículo 29 de la Constitución, según el cual, la acción u omisión, antijurídica, culpable acarrea responsabilidad al autor.

- Quebrantan la regla de la garantía procesal, la cual ordena que en todos los casos y para la imposición de las sanciones, la Administración está obligada a la apertura de un proceso, así sea sumario, que le permita al Administrado presentar las razones por la cuales no se hace acreedor a la penalidad.

- Transgreden el derecho a la legítima defensa, por cuanto, con los Actos Administrativos se le cercena a la sociedad demandante su ejercicio.

En materia aduanera, la ley preexistente referida por la norma constitucional, es el Decreto 1909 de 1992, cuyo Artículo 72 estipula las faltas Administrativas al régimen de aduanas, de la manera siguiente: "se entenderá que la mercancía no fue declarada, cuando no se encuentra amparada por una declaración de importación, cuando en la declaración se haya omitido la descripción de la mercancía o esta no corresponda con la descripción declarada, o cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración.

Se entenderá que la mercancía no fue presentada, cuando no se entregaron los documentos de transporte a la Aduana, cuando la introducción se realizó por lugar no habilitado del territorio nacional, o cuando la mercancía no se

Así que conforme al precepto transcrito, el Régimen de Tránsito Aduanero termina:

- Cuando el contenido de los bultos no corresponda con lo declarado.
- Con la presentación conforme de la mercancía en la Aduana de Destino.
- Por la destrucción parcial o total de la mercancía.

.Siendo esto así, y como quiera que la garantía ampara la terminación del régimen, esta garantía no hace cosa diferente a la de disponer que el contenido de los bultos corresponda con lo declarado; que se verifique la presentación conforme de la mercancía en la Aduana de Destino y la comprobación de la efectividad de las pérdidas o destrucción. En lo atinente al transportador, el Ministerio de Hacienda se excede en la facultad reglamentaria con la expedición del Artículo 25 del Decreto 1794 de 1993, ya que para él, de acuerdo con la legislación aquí comentada, la garantía en el Régimen de Tránsito Aduanero, tiene como único objeto el amparo de la obligación de finalizar el Régimen de Tránsito. cuando dentro del mismo y por razón de su intervención adquiere esta obligación.

La predica de la terminación del Régimen dentro del plazo autorizado, y/o el pago de los tributos aduaneros que se deriven del incumplimiento, en lo atinente al transportador, supera la atribución reglamentaria habida cuenta que, no se establece en el Régimen de Tránsito Aduanero, para la fecha en que fue presentada la Declaración de Tránsito Aduanero DTA, el momento en que debe considerarse terminado el régimen; y como quiera que, por las preceptivas de los Artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 1909 de 1992, el transportador en ningún caso es responsable del pago de los tributos aduaneros.

Por todo lo anterior, el incumplimiento en el Régimen de Tránsito Aduanero, o dicho en otras palabras, la no finalización del régimen, es una infracción, la cual es tipificada por los siguientes actos u omisiones: El hecho de que el contenido de los bultos no corresponda con lo declarado; el hecho de que no se presente conforme la mercancía en la Aduana de Destino, y la disconformidad de la efectividad de las pérdidas o destrucción de las mercancías. Son estos hechos, los que en el Régimen de Tránsito Aduanero, por la regla del debido proceso instituido en el Artículo 29 de la Constitución, los únicos que justifican para el transportador la declaratoria de incumplimiento y consecuentemente, la sanción o multa derivada de esta conducta, la cual constituye una infracción, por ser contraria por acción u omisión, al ordenamiento jurídico que lo obliga a la finalización del régimen, siempre que haya adquirido esta obligación.

La ley aduanera no tipifica como infracción, el hecho de que no se registre en la Aduana de destino, la Declaración de Tránsito Aduanero DTA dentro del plazo establecido para la terminación del Régimen autorizado en este documento. Por tanto se viola sensiblemente, el principio constitucional de que nadie podrá ser juzgado si no conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Ahora bien, si la preexistencia del hecho atribuible es fundamental para la tipicidad de la infracción, concomitantemente también lo es la personalización o individualización del actor de la acción u omisión, en la medida en que de acuerdo con la norma constitucional, es este el que debe ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Según el precepto, es aberrante por su contrariedad con el debido proceso, hacer responsable de la infracción, a quien no incurrió por acción u omisión, en conducta antijurídica o contraria a la ley.

En el Régimen Aduanero, el Artículo 4 del Decreto 1909 de 1992, que habla sobre la naturaleza de la obligación aduanera, estipula que la obligación aduanera es de carácter personal. La norma responde al principio de imputabilidad establecido en el inciso segundo del Artículo 29 de la Constitución Nacional; de suerte que, la obligación aduanera no puede ser desplazada, toda vez que en ella, es responsable únicamente el autor de la acción u omisión, tan cierto es esto, que según el Artículo 3 ibídem, son responsables por las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

Así que, en el régimen de Tránsito Aduanero y por imperio del inciso segundo del Artículo 29 de la Constitución Nacional, el transportador únicamente es responsable por las acciones y omisiones que le sean imputables. Aparece en la Declaración de Tránsito Aduanero DTA número 04162 del primero de diciembre de 1995, que esta fue presentada por la sociedad SIGA S.A. S.I.A. Por manera que, de acuerdo a la ley aduanera, es esta sociedad y en manera alguna la empresa transportadora, la que se obliga a finalizar el régimen de Tránsito Aduanero, en el lapso de tiempo, comprendido entre el primero de diciembre y el siete de diciembre de 1.995.

La Resolución número 00032 del 23 de enero de 1997, fue proferida por la Administración de Aduanas de Cartagena, sin cumplimiento de las formas procesales establecidas por el transcrito Artículo 2 del Decreto 1800 de 1994, en la medida en que, no se le formuló a la sociedad Eduardo Botero Soto y Cía. Ltda., el pliego de cargos ordenado por el inciso tercero de esta disposición. La actuación surtida en estas condiciones, arroja como resultado el quebrantamiento del precepto constitucional tantas veces mencionado y del principio o derecho de audiencia y de defensa, instituido por el Artículo 84 del Código

Contencioso Administrativo, subrogado por el Artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, como causal de nulidad de los Actos Administrativos.

Entonces, hay pruebas suficientes en el Plenario, de que la sociedad actora, actuó no sólo con diligencia, sino también con prudencia y cuidado en el transporte de las mercancías, causa y razón por la cual habrán de desestimarse, -por haber sido desvirtuados los argumentos con los cuales la Administración de Aduanas de Cartagena, pretendió descalificar la fuerza mayor invocada por la demandante, uno de los cuales, vuelvo a transcribir: "Faltó entonces la transportadora a su deber de diligencia, cuando espero los últimos días del plazo concedido para efectuar el traslado de la mercancía y mal puede alegar ahora que el cierre parcial de la carretera en el último día del plazo, le impidió cumplir con la obligación de finalizar el régimen de tránsito oportunamente, pues se le concedió un término suficiente para que efectuara el recorrido".

SUSPENSIÓN DE PLAZOS.- Tal como se expresó en los hechos de esta demanda, el calendario del año de 1995, prueba que el día 8 de diciembre de 1995, cayó en feriado, que el día 9 fue sábado y el día 10 domingo. Por la disposición del reglamento, la Aduana de Destino, no trabaja en día feriado, ni en sábado ni en domingo. Por tanto, estos hechos, per sé, son demostrativos de fuerza mayor, para el registro de la Declaración de Tránsito Aduanero DTA No. 04162 del 1º., de diciembre de 1995, en esos días, en la aduana de destino.

Por lo demás, la fuerza mayor fluye de la prescripción del Artículo 70 del Código Civil, subrogado por el Artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, aplicable en el evento, a falta de disposición en contrario y cuyo tenor es el siguiente: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil".

Hay inimputabilidad por parte de la sociedad transportadora, porque el hecho que provocó la suspensión del tránsito sobre el puente del río Pescado y el Acto de Autoridad que lo prohibió, no se deriva, de ninguna conducta culpable de la empresa transportadora, precedente o concomitante con ese hecho, toda vez que acreditado está en el Plenario, que por los actos y omisiones del funcionario designado por el Jefe de la División Operativa de la Administración de Aduanas de Cartagena, el tránsito sólo se inició en la mañana del día 6 de diciembre de 1995.

Hay imprevisibilidad en lo atinente a la sociedad transportadora, por cuanto el hecho del cierre del tránsito sobre el puente, escapó a sus previsiones normales, pues la compañía procedió con diligencia, prudencia y cuidado al iniciar el tránsito en la mañana del 6 de diciembre de 1995, por razones de seguridad, por haber concluido su labor, el funcionario designado por la Administración de Aduanas de Cartagena, en la noche del 5 de diciembre de 1995.

Hay irresistibilidad, porque no obstante las medidas tomadas por la sociedad transportadora y las causas de seguridad que provocaron el inicio del tránsito en la mañana del 6 de diciembre de 1995, le fue imposible superar en el tiempo, el obstáculo creado por el cierre del tránsito por el puente sobre el río Pescado.

De suerte que, la sociedad demandante obró con diligencia y cuidado, para prever los hechos ocurrentes en la vía de Cartagena a Medellín, de manera que le permitiera a los medios de transporte, arribar a esta última ciudad dentro del plazo establecido en la declaración de tránsito aduanero DTA para la finalización del régimen, y desde luego, para evitarlos, como medida encaminada a la obtención de este objetivo, el cual no pudo ser cumplido, por el imprevisto que impidió el tránsito por el puente ubicado sobre el río Pescado, en el tiempo comprendido entre las 10:00 p.m., del día 6 de diciembre de 1995 y las 4:00 p.m., del día 7 de diciembre del mismo año.

B.LA CONTESTACION (Folio 110 a 138)

En el escrito de contestación, el apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando entre otras cosas que el tránsito es el régimen aduanero que permite el transporte de mercancías nacionales con destino a la exportación, o extranjeras de una aduana a otra y bajo control aduanero, y con suspensión de tributos.

La entidad demandada basa sus argumentos en lo dispuesto por la Resolución 1794 de 1993 artículo 25, numerales 6.1, 6.2 y 7 de la Resolución No. 3333 de 1991, numeral 2 del artículo 119 del Decreto 2666 de 1984, de la normatividad anteriormente enunciada que la entrega de la mercancía se da conforme y finaliza el régimen cuando esta es preservada, ante el funcionario de la DIAN de manera completa, que para la fecha del incumplimiento se exigía en peso y cantidad y dentro de los términos otorgados en el cuerpo del DTA. Solo realizado lo anterior, puede afirmarse que el régimen de tránsito aduanero ha finalizado, debiendo el funcionario asignado entregar la tercera copia del formulario DTA a la empresa transportadora, la cual constituye plena prueba de su cumplimiento y la segunda copia original al declarante, siempre y cuando esta aparezca y la firma y sello de registro otorgado por el funcionario aduanero.

No presentó el accionante en vía gubernativa prueba o alegaciones fehacientes que demostraran que el régimen de tránsito se cumplió y de acuerdo a lo estatuido en el artículo 177 del Código de Procedimiento, la carga de la prueba incumbe a la parte que la alega, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue.

SOBRE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO - No existió violación del debido proceso porque lo que se hizo fue actualizar las, consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero en debida forma. Para declarar el incumplimiento basta con recibir de la división competente la información y pruebas sobre el incumplimiento de la obligación, sin necesidad de adelantar ningún tipo de procedimiento que hasta el momento involucre a la compañía aseguradora ni al asegurado.

El acto administrativo que declara el incumplimiento se notifica tanto al asegurado como a la aseguradora, momento a partir del cual pueden ejercer plenamente su derecho de defensa mediante los recursos ordinarios en vía gubernativa.

Tampoco es de recibo el argumento del demandante cuando manifiesta que se debió aplicar el artículo 2°. del Decreto 1800 de 1994 y que por tanto se haya impuesto una sanción de plano con violación al artículo 29 de la C.P., porque el procedimiento para la declaratoria de incumplimiento del régimen de tránsito aduanero se encuentra reglamentado en el artículo 41 de la Resolución No. 1794 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Resolución 4324 de 1995, el cual se cumplió a satisfacción en el presente caso. No existió violación al Derecho de contradicción pues como ya se anotó, para declarar el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, no está previsto que se deba proferir un Pliego de Cargos a la aseguradora.

EN CUANTO FUERZA MAYOR - La administración se opone a que se considere el cierre del puente como una causal exonerante de responsabilidad, pues los tres elementos no se configuran. Para que se configure la fuerza mayor, no basta acreditar un supuesto accidente, pues la doctrina y la jurisprudencia ha señalado que la fuerza mayor podría tenerse como causal para dar por terminado el régimen siempre que se demuestren los tres elementos que lo componen.

Dentro de las piezas probatorias arrimadas a estos sumarios, figuran entre otras: fotocopia simple de la circular del INVIAS sobre el cierre del puente del río Pescado, pero dicha circular no otorga certeza alguna de la situación de la mercancía en tránsito aduanero con relación al cierre.

Como excepción plantea la de inepta demanda pues con la demanda se están alegando hechos nuevos no discutidos en vía gubernativa.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folios 313 a 326)

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues a su juicio los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, ya que con la no entrega de la mercancía en la aduana de destino dentro del plazo estipulado para ello, es causal de declaración de incumplimiento al régimen de tránsito aduanero, y en el caso bajo estudio la parte demandante no culminó en tiempo el tránsito aduanero.

Con relación a la causal eximente de responsabilidad de fuerza mayor o caso fortuito, estimó el juez a quo que la parte demandante no demostró que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador para evitar el incumplimiento de la obligación aduanera.

El argumento planteado por el demandante de no poder presentar los documentos en la aduana de destino por ser fin de semana con viernes festivo, no fue tenido como válido, en razón a que indicó el juez de instancia que la DIAN labora 24 horas aun en días festivos, y para enervar esta causal la parte actora debe demostrar es que la DIAN no trabajó y no que no era un día inhábil.

Con relación al silencio administrativo positivo, argumentó el juez de instancia, que en el presente asunto no es aplicable el artículo 734 del estatuto tributario, pues el asunto tratado es de un tema aduanero.

D. LA APELACION (Folio 231 a 241)

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando la revocatoria de la misma y la concesión de las pretensiones declarando la nulidad de los actos acusados.

Indica el apelante que en la sentencia apelada es manifiesta la vulneración del debido proceso preceptuado por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 38 del Decreto Especial 2304 de 1989, merced a que el señor Juez

Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena no analizó los hechos y los argumentos presentados por la actora sobre la materia indicada enseguida, para lo cual procedo a la transcripción de las alegaciones presentadas en el memorial de conclusión radicado en ese Despacho el 15 de mayo del 2012.

Manifiesta el apelante que en el fallo recurrido se evidencian dos clases de defectos, el defecto sustantivo y el defecto fáctico, los cuales explica de la siguiente forma:

DEFECTO SUSTANTIVO. Según el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena las reglas de la ley del proceso relativa a los términos procesales y judiciales, no aplican en materia aduanera, pues en su concepto *"para efectos del cómputo de términos debe tenerse en cuenta que los días son calendario y que como la DIAN labora 24 horas aún en días Rabiles y festivos, para enervar esta causal lo que la adora debe demostrar no es que el día fue inhábil sino que la DIAN no laboró"*. No existe en la Legislación Aduanera norma que impida la aplicación de las preceptivas de los artículos 59, 60 y 61 del Código de Régimen Político Municipal, ni ley en el territorio de la República que haya derogado esas disposiciones. Por tanto, lo que ha sido transcrito es demostrativo de vía de hecho por inexplicable inaplicación de esas normas y es por ello que la sentencia apelada debe ser revocada, declarada la nulidad de los actos administrativos y el resarcimiento de los perjuicios por ellos ocasionados, sin perjuicio que por disposición de la Legislación Aduanera, el tránsito aduanero inicia una vez que la autoridad aduanera realiza y termina la inspección física de la mercancía o de los contenedores que en ella se encuentra depositada, lo cual ocurrió como está demostrado ampliamente por la casilla No. 25 de la Declaración de Tránsito Aduanero-DTA el 5 de diciembre de 1995, y por tanto, es a partir de esa fecha que debe computarse el término en ella autorizado para la realización del tránsito aduanero, por lo cual, se evidencia la vía de hecho por defecto sustantivo por inaplicabilidad de las disposiciones del Régimen de Tránsito Aduanero, según las cuales se inicia a partir del 5 de diciembre de 1995, tal como está demostrado en la Declaración de Tránsito Aduanero DTA.

DEFECTO FÁCTICO. No obstante la prueba contundente de la Declaración de Tránsito Aduanero DTA en el sentido que el 5 de diciembre de 1995 se realizó el "... reconocimiento externo conforme de 39 paquetes o rollos. Carga suelta.", en la sentencia apelada el Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena arbitrariamente afirma que esa "... circunstancia no se halla probada en el infolio.", argumento éste probatorio de vía de hecho por defecto fáctico, según jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional porque esta Honorable Corporación reiteradamente ha sostenido: "La jurisprudencia de esta corporación ha precisado, desde sus inicios, que el defecto fáctico tiene lugar "cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado..". Y ha sostenido de igual manera, que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que "el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal, entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisada de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia".

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE. El artículo 114 de la Ley 1395 del 12 de julio del 2010, ordena a las entidades públicas de cualquier orden a aplicar el precedente jurisprudencial que en materia contencioso administrativa, por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. En lo que respecta a los precedentes jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, sobre el cumplimiento de los términos en horas, días, meses y años, son profusos los sentados en sentencias de esa Honorable Corporación, una de las cuales fue transcrita en el alegato de conclusión, la cual fue desconocida y no aplicada por el Juez Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, hecho que en sí mismo es demostrativo de la vulneración flagrante de las preceptivas de la mencionada norma, y por ende, es procedente la revocatoria de la sentencia apelada, la anulación de los actos administrativos acusados y el resarcimiento de los perjuicios por ellos ocasionados.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional la aplicación del precedente es obligatoria por imperio del artículo 243 de la Constitución Nacional, sin perjuicio que en sentencia del mes de agosto del 2011, acerca de la constitucionalidad de la Ley 1395 del 2010, la Honorable Corte Constitucional reconoció omisión legislativa en las prescripciones del comentado artículo 114 de esa Ley, y dispuso la obligatoriedad en la aplicación del precedente constitucional por ella sentado, adicionando el hecho que su no aplicación, como del precedente de la justicia ordinaria y de la contencioso administrativa puede dar lugar a prevaricato por acción, es por ello que en las alegaciones de conclusión la demandante se remite a las múltiples sentencias de esa Honorable Corporación y del Consejo de Estado acerca del debido proceso administrativo.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA (Folio 271 a 287)

El Ministerio público rindió concepto en el trámite de segunda instancia, solicitando la confirmación del fallo apelado.

Concluye el Ministerio Público que el hecho de que la carretera estuviese cerrada en el tramo de Medellín - Caucaasia, no es un hecho con características de imprevisibilidad debido a que el conductor o la empresa transportadora, podía tomar las medidas pertinentes para informarse y asegurarse de que la carretera estuviese en buen estado, para evitar el contratiempo, ya que las carreteras colombianas se encuentran en constante construcción y reparación; en cuanto al elemento de la irresistibilidad, no es un hecho irresistible, toda vez que el daño se pudo evitar, ya que se podía tomar una vía alterna, al momento en que la empresa transportadora, se encontró con el cierre de la carretera. En consecuencia, debido a que para el caso bajo análisis no se encuentra acreditado ninguno de los requisitos para la configuración del caso fortuito o fuerza mayor, no habría lugar a considerar justificado el incumplimiento de la obligación contractual en cabeza de la Sociedad Eduardo Botero Soto y CÍA. LTDA.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- En cumplimiento de los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura se ordenó remitir el expediente a la secretaria para su reparto entre los Magistrados de descongestión.
- Por auto 7 de noviembre de 2012, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 25 de enero 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 Doce Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. SÍNTESIS DEL CASO.

La sociedad **EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA**, alega que fue sancionada por la DIAN, debido al supuesto incumplimiento al régimen de tránsito aduanero que le fue autorizado, sin embargo la actora sostiene tanto en vía gubernativa como en la demanda, que ella cumplió su obligación de transportar la mercancía desde la aduana de partida hasta la de destino; que transportó y entregó las mercancías por fuera del término estipulado para la entrega en la aduana de destino, por hechos que la exoneran de responsabilidad aduanera.

Argumenta la demandante que a pesar que el tránsito aduanero fue autorizado para ser desarrollado entre el 1 y el 7 de diciembre del año 1995, solo pudo iniciar el recorrido el 5 de diciembre de 1995, pues por hechos imputables a la aduana de partida solo pudo salir

hasta esa fecha. También indica que la carretera Cartagena – Medellín fue cerrada en el tramo Caucaasia – Medellín entre las 10 PM del 6 de diciembre y las 4 PM del 7 de diciembre de 1995, siéndole imposible por este acontecimiento culminar dentro del término estipulado, constituyéndose ese hecho en una causal de fuerza mayor y caso fortuito.

Por otra parte argumenta la demandante, que al arribar a la aduana de destino el 8 de diciembre de 1995, no pudo entregar la mercancía por ser una día festivo y los días 9 y 10 fueron sábado y domingo, tres días en los que no laboró la aduana de destino, pudiendo ser posible la entrega solo hasta el lunes 11 de diciembre de 1995, es decir se retrasó la entrega por hechos no imputables al transportador.

Aduce la demandante que se le violó del debido proceso y el derecho a la defensa, porque en ningún momento previo a la expedición del acto administrativo sancionatorio, se le corrió pliego de cargos al transportador, permitiéndole conocer el proceso interno o investigación, mediante el cual se llegó a deducir el presunto incumplimiento; que la empresa nunca conoció previamente estos documentos, no pudo controvertirlos y ejercer su derecho de defensa, no se le dio la oportunidad previa, antes de ser sancionada, de dar explicación alguna o de demostrar que si cumplió con su obligación, y sólo conoció de estos hechos al momento de ser notificada de las resoluciones sancionatorias.

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

3.1 Resolución 00032 del 23 de enero de 1997 de la División de liquidación aduanera de la Administración especial de aduanas de Cartagena, por la cual se declara el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero No. 0004162 del 1 de diciembre de 1995 y se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento número CDL-01-1068934, expedida por Seguros Confianza S.A. (Folio 56 a 58)

3.2 Resolución 00029 del 15 de mayo de 1998, proferida de la División de liquidación aduanera de la Administración especial de aduanas de Cartagena, por la cual se resuelve confirmar la Resolución 00032 del 23 de enero de 1997 citada anteriormente. (Folio 64 a 69)

3.3 Resolución No. 0078 del 23 de septiembre de 1998, proferida por el ADMINISTRADOR ESPECIAL ADUANAS DE CARTAGENA, a través de la cual se resuelve el recurso de apelación, confirmándose en todas sus partes la Resolución No. 0032 del 23 de enero de 1997, proferida por la División de liquidación aduanera de la Administración especial de aduanas de Cartagena. (Folio 79 a 89)

4. Problemas jurídicos

4.1. Determinar si previo a la expedición de los actos acusados, la Administración de Aduanas para establecer el incumplimiento al régimen de tránsito aduanero, debió adelantar un procedimiento investigativo con formulación de pliego de cargos como garantía de los derechos de debido proceso, defensa y contradicción del demandante.

4.2 Establecer si hubo o no incumplimiento por parte de la Sociedad **EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA**, al tránsito aduanero No. 0004162 del 1 de diciembre de 1995, el cual tenía como fecha límite de llegada a la aduana de destino en la ciudad de Medellín el día 7 de diciembre de 1995 y, si en consecuencia hay lugar o no a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados.

5. NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO.

Teniendo en cuenta que la División de servicio al comercio exterior de la Administración de Aduanas de Cartagena autorizó tránsito aduanero No. 0004162 del 1 de diciembre de 1995, hasta la ciudad de Medellín con fecha máxima de llegada 7 de diciembre de 1995, por tanto, para la época de los hechos la operación de tránsito aduanero estaba regulada por

los artículos 112 a 123 del Decreto 2666 de 1984, el cual fue modificado por el Decreto 2402 de 1991 y, su resolución reglamentaria N° 3333 de 1991. Tales normas señalan:

Decreto 2666 de 1984

“Artículo 113. Autorización. El administrador de la aduana de partida autorizará el transporte de mercancías en tránsito aduanero internacional por el territorio de la República cuando no exista prohibición legal y se ajuste a los requisitos exigidos en este Capítulo; y el tránsito aduanero nacional en los casos prescritos en el Parágrafo único del artículo 145 de este Decreto.

Parágrafo. El tránsito aduanero deberá efectuarse únicamente en vehículos de compañías de transporte debidamente inscritos y autorizados por la Dirección General de Aduanas.

Artículo 114. Declaración de tránsito. El transportador presentará una declaración de mercancías relacionándolas para el tránsito aduanero. La Dirección General de Aduanas establecerá el formato y el número de ejemplares de la declaración, siendo los modelos internacionalmente aceptados.

Parágrafo. Cualquier documento comercial o de transporte que complemente la declaración podrá ser aceptado como parte descriptiva de la misma para la autorización del tránsito aduanero.

-Artículo 116. Responsabilidad del declarante. El declarante responderá ante las autoridades aduaneras por la presentación de las mercancías intactas en la aduana de destino y del cumplimiento de las normas inherentes al tránsito.

-Artículo 118. Garantías. Para obtener la autorización de tránsito aduanero el declarante deberá constituir garantía bancaria o de compañía de seguros ante el

*administrador de la aduana y a favor de la Nación, **cuya cuantía no podrá ser inferior al monto de los derechos de importación o de exportación eventualmente exigibles, a fin de responder por la ejecución de las obligaciones emanadas de la operación.***

Para varias operaciones de tránsito aduanero se podrán aceptar garantías globales.

Parágrafo. El Gobierno Nacional fijará el régimen de sanción aplicable al incumplimiento de las obligaciones derivadas del tránsito aduanero. (Negritas fuera de texto)”

ARTÍCULO 119. CANCELACION DEL REGIMEN:

El declarante será responsable de la presentación o entrega de las mercancías en la Aduana de paso o de destino, según sea pertinente.

El régimen terminará por las siguientes causales:

1. Cuando una de estas aduanas lo estime conveniente por haber encontrado una situación irregular o indicios graves que pudieren perjudicar el interés fiscal o el control aduanero, revisará que el contenido de los bultos corresponda con lo declarado. Si confirma esta irregularidad dará por terminado el régimen y adoptará el procedimiento que corresponda respecto a la mercancía.

2. La cancelación del tránsito se efectuará con la presentación conforme de la mercancía en la Aduana de Destino; y la devolución de la garantía procederá mediante la entrega de la Declaración de Tránsito correspondiente en la Aduana de Partida o mediante la comunicación oficial por telefax o radiograma del Administrador de la Aduana de Destino al de la Aduana de Partida.

3. En casos de accidente, la Aduana donde éste se produzca, comprobará la efectividad de las pérdidas o destrucción y dará su conformidad por ellas. Si hubiere inconformidad, se hará efectiva la garantía total o parcialmente, según sea el caso y se sancionará al infractor si procede, con las penas que establecen las normas por errores o delitos en la cantidad o naturaleza de la mercancía”

Por su parte los numerales 6.1 y 6.2 de la Resolución núm. 3333 de 6 de diciembre de 1991, por medio de la cual se establece el procedimiento relativo al tránsito aduanero, en lo pertinente señalan:

6. 1. Presentación en la Aduana de la mercancía en Tránsito.

Las mercancías en tránsito deberán ser presentadas en la Aduana de destino dentro del plazo establecido junto con los siguientes documentos:

“

-Declaración de Tránsito Aduanero (D.T.A.), original, 2ª y 3ª copia.

-Documento de transporte.

6. 2. *Recepción de la mercancía”*

El funcionario asignado realizará las siguientes actuaciones:

“

Verificar la correspondencia de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero (DTA) y los documentos anexos con los de la unidad de carga y/o medio de transporte.

(...)

Avisará al Administrador o Jefe Regional de la Aduana de Partida sobre la llegada de las mercancías, vía fax, télex o por radiograma.”

Y el artículo 8° ibídem señala:

*“Cancelación de la Garantía. 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 perjuicio de las demás sanciones que correspondan conforme a lo establecido en las normas aduaneras**”.*(Negritas fuera de texto)

Pero además el artículo 4° del Decreto 1105 de 1992 también aplicable, consagraba que la empresa transportadora debía responder por la presentación en debida forma de la información contenida en el manifiesto de carga y documentos anexos, suministrados a la dirección general de aduanas.

Respecto a quienes son responsables de las obligaciones aduaneras, el artículo 3° del Decreto 1909 de 1992 establece:

*“Artículo 3°. De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, **el transportador, depositario, intermediario y el declarante.***

Para efectos aduaneros, la Nación estará representada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales.”

Y en el artículo 13, el Decreto 1909 de 1992, establecía que la mercancía descargada en el puerto o aeropuerto o transportada por vía terrestre quedaría bajo la responsabilidad del transportador hasta su entrega a los depósitos habilitados o al declarante.

Por su parte, la Resolución No.1794 de 1993, en lo relacionado con las garantías en el régimen de tránsito aduanero, estableció en el artículo 25 que el objeto de estas sería el de *“amparar la obligación de finalizar el régimen de tránsito dentro del plazo autorizado y/o el pago de los tributos aduaneros que se deriven del incumplimiento”*.-

De igual manera, se estableció en el artículo 27 ejusdem, que las empresas transportadoras para obtener la inscripción ante la Subdirección operativa de la Dirección de impuestos y aduanas nacionales, para realizar operaciones de tránsito aduanero dentro del territorio nacional, debían constituir una garantía global, bancaria o de compañía de seguros por la terminación del régimen, por una cuantía equivalente al 10% del valor CIF de la mercancía que proyectasen transportar en los seis meses siguientes a la inscripción y por un término de duración de un año, renovable antes de su vencimiento; y las empresas de transporte no inscritas ante la DIAN, una garantía específica, bancaria o de compañía de seguros, igualmente para garantizar la finalización del régimen de tránsito aduanero, en cuantía del 30% del valor CIF de la mercancía y por un término igual a la duración del tránsito y 15 días más.

A su turno, el párrafo 2º del artículo 41 ibídem señala:

...

*“Párrafo 2: Cuando se constituyan las garantías globales y se declare el incumplimiento, **se afectará la garantía proporcionalmente en la parte incumplida**, debiéndose reajustar por parte del tomador de la misma.”*

Adicionalmente el artículo 109 del Decreto 1909 de 1992 dice que, cuando las normas ordenen que determinada obligación deba ser respaldada con garantías, corresponde a la Dirección de Aduanas Nacionales establecer los plazos, modalidades y demás condiciones en que deban otorgarse las garantías.

En desarrollo de la anterior disposición, la DIAN expidió la Resolución 1676 de 1994, cuyo artículo 6º preceptúa:

*“Artículo 6°. Modifícase el artículo 27 de la Resolución 1794 de 1993, que en consecuencia quedará así: **“Garantía para inscripción de empresas nacionales para realizar operaciones de tránsito aduanero dentro del territorio nacional. Las empresas transportadoras para obtener la inscripción ante la subdirección operativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para realizar operaciones de tránsito aduanero dentro del territorio nacional, deberán constituir una garantía global, bancaria o de compañía de seguros, por la terminación del régimen, por una cuantía equivalente al 10% del valor CIF promedio quincenal de las mercancías que proyecten transportar en los seis (6) meses siguientes a la inscripción y por un término de duración de un (1) año, renovable antes de su vencimiento”.** (Negritas fuera de texto)*

Es decir, que fácilmente se puede ver que la normatividad vigente para el momento de los hechos, contemplaba la obligación del transportador de hacer entrega oportuna de la mercancía transportada bajo la modalidad de tránsito aduanero en la aduana de destino, tan es así, que se le exigía a la empresa transportista, el otorgar a favor de la administración de impuestos y aduanas nacionales, la respectiva póliza que garantizase el cumplimiento de esa obligación.

De lo anterior se deduce que:

La entrega oportuna de la mercancía forma parte de los requisitos que la ley exige para que se perfeccione el cumplimiento del tránsito aduanero, esto es, para que se dé como finalizado dicho régimen. Por otra parte, la obligación del transportador, se traduce en finalizar el régimen mediante la entrega de la mercancía conforme, esto es, con la presentación de la documentación respectiva - D.T.A. y manifiesto de carga, en la aduana de destino dentro del término fijado para el régimen correspondiente.

Las empresas transportadoras para realizar operaciones de tránsito aduanero dentro del territorio nacional deberán constituir una garantía que ampare tal obligación, la cual se hace efectiva por parte de la autoridad aduanera correspondiente, si se demuestra que dicha empresa incumple las obligaciones a su cargo.

Y si bien es cierto que, ni la resolución 3333 de 1991, ni el decreto 4201 de 1991, ni el 1909 de 1992, ni la resolución 1794 de 1993 fueron lo suficientemente puntuales, respecto de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones del transportador relativas al tránsito aduanero, como si lo fue el artículo 20 del posterior Decreto 2295 de 1996, ello no significa que no existiese disposición que le permitiera a la DIAN declarar el incumplimiento de la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero y hacer efectiva la respectiva póliza de garantía.

6. RESOLUCIÓN EN CONCRETO DEL CASO.

Frente al argumento de la parte la demandante, consistente en que con la expedición de la resolución que declara el incumplimiento del tránsito aduanero se vulneró o violó el procedimiento sancionatorio aduanero, por cuando dice que se ordenó hacer efectiva la garantía sin habersele primero formulado pliego de cargos, razón por la cual dice que se le cercenó la oportunidad de defenderse.

Sobre este cargo de violación, la demandada por su parte sostiene que en el caso de la demandante, no se estaba en presencia de una sanción sino de una declaratoria de incumplimiento de una obligación de resultado asegurada con póliza de seguros.

Viendo esta argumentación, encuentra la Sala que el demandante parte de considerar que la Resolución de declaratoria de incumplimiento de la terminación del régimen de tránsito aduanero y la orden de hacer efectiva la garantía por el constituida, constituyó una sanción administrativa aduanera.

Al respecto, considera la Sala que obviamente, si atendemos únicamente la circunstancia que el régimen de tránsito aduanero comprende el transporte de mercancías nacionales o extranjeras, de una aduana de partida a otra de destino, y para lo cual se ha dado una autorización por la primera para que se realice en un plazo determinado, debemos concluir que incumplir la autorización de tránsito dada por la aduana de partida, sea porque la mercancía llegó a la aduana de destino extemporáneamente o fuera del plazo estipulado en el tránsito aduanero o peor, que nunca llegue la mercancía a la aduana de destino y por tanto nunca se finalice el tránsito aduanero, ello es una falta o infracción administrativa al régimen de aduanas, como lo es también por ejemplo el incumplimiento del pago de las cuotas semestrales del régimen de importación temporal a largo plazo o el mismo incumplimiento de esa especial modalidad de importación.-

Pero no obstante el acto administrativo por el cual se declara el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, no constituye una sanción administrativa aduanera como lo considera el demandante, puesto que el procedimiento administrativo previsto por el art. 41 de la Resolución 1794 de 1993, para la declaratoria de incumplimiento por no finalización del régimen de tránsito aduanero y hacer efectiva la garantía de cumplimiento constituida por el declarante o transportador, era un trámite especial para dar por terminado un régimen aduanero que había sido empezado, pero incumplido en cuanto a las obligaciones tributarias adquiridas o nunca terminado dentro del plazo, y como consecuencia de lo cual la mercancía transportada bajo esa modalidad se encontraba en situación de ilegalidad dentro del país, es decir era un trámite diferente e independiente de las sanciones disciplinarias a que hubiese lugar.

Esa ha sido inclusive la posición que reiteradamente ha sostenido el honorable Consejo de Estado, y con la cual se identifica la Sala por ser interpretación hecha con autoridad, respecto a los actos administrativos expedidos por la DIAN que declaran el incumplimiento de obligaciones aduaneras, y ordenan hacer efectivas las pólizas que garantizan el cumplimiento de dichas obligaciones.

Resulta pertinente citar precisamente como precedente la sentencia de la Sección primera del Consejo de Estado de fecha del 3 de diciembre de 1998, y que fue proferida dentro del expediente No. 5005 con ponencia del Consejero Manuel S. Urueta Ayola.

Dicha sentencia resolvió un recurso de apelación interpuesto por la empresa demandante ASEA BROWN BOVERI LTDA. Y OTRA, contra el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda y concretamente se pedía la nulidad de un acto administrativo emanado de la DIAN, por el cual se había declarado el incumplimiento de la obligación aduanera de demostrar la salida y llegada de la mercancía objeto de reembarque e hizo efectiva la respectiva garantía contenida en la póliza de cumplimiento.

En este proveído, el Consejo de Estado ratificó el criterio en el sentido de que el acto administrativo que expide la DIAN, por el cual declara el incumplimiento de una obligación aduanera y además ordena hacer efectiva la respectiva póliza de garantía, no constituye una sanción administrativa aduanera. Así se expresó el Consejo de Estado:

*“Finalmente, frente a lo afirmado por el recurrente en su escrito de apelación, en el sentido de que no existe norma legal que contemple sanción por el incumplimiento de la presentación de la prueba de la llegada de la mercancía a país extranjero, **la Sala estima que en el caso analizado no se trató de la imposición de unas sanción, sino de la efectividad de una garantía por haberse incumplido la obligación garantizada, lo cual bien podía hacer la Administración con base en el tantas veces citado artículo 281 del Decreto 2666 de 1984.**”*

Y en otra sentencia mucho más reciente del honorable Consejo de Estado, en la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto por AVIANCA S.A. y CONSEGUROS S.A.¹, contra la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de

¹CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero Ponente CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE Bogotá, tres (3) de septiembre de dos mil cuatro (2004) ReF Expediente 2001-00780 AUTORIDADES NACIONALES. Actoras AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA AVIANCA S A y ASEGURADORA COLSEGUROS S A (Ver también en el mismo sentido la Sentencia 7416 de enero 22 de 2004, Ref Exp 54001-23-31-000-1997-3207-01 (7416) AutoridadesNacionales Consejero Ponente Dr Camilo Arciniégas Andrade Actor Transportes El Proveedor S A)

Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda y donde los accionantes pretendían obtener la nulidad del acto administrativo expedido por la DIAN, por el cual se declaró el incumplimiento del régimen de cabotaje e hizo efectiva la póliza que lo garantizaba; se ratificó el mismo criterio en el sentido que el acto que declara el incumplimiento de una obligación aduanera y ordena hacer efectiva la respectiva póliza que la garantiza, no constituye una sanción y que tampoco es necesario para expedir dicho acto agotar un procedimiento previo como sería la formulación de pliego de cargos prevista por el Decreto 1800 de 1994 .

Luego atendiendo estos criterios jurisprudenciales, que comparte la Sala, y como quiera que este cargo lo hacía soportar la demandante en que a su juicio previamente a la expedición del acto acusado, de declaratoria del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero debieron haberle corrido pliego de cargos, encuentra en consecuencia la Sala que este cargo fue bien decidido por el a quo, dado que al no ser dicho acto administrativo acusado una sanción, tampoco era necesario previamente correr a la demandante pliego de cargos.-

Con relación al argumento presentado por el actor, consistente en afirmar que entregó la mercancía en el almacén de depósito, por fuera del término estipulado para ello, atendiendo la normatividad aplicable al caso concreto, queda claro que en el régimen de tránsito aduanero se entiende finalizado cuando la empresa transportadora presenta los documentos de viaje en la aduana de destino, y se lleva a cabo el respectivo registro. Por lo tanto, no basta con que las mercancías hayan llegado a la ciudad de destino, sino que adicionalmente es obligación del transportador registrar la llegada de la mercancía en la aduana de destino, dentro del término estipulado, de lo contrario se estaría configurando el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero.

Pues bien en el caso bajo estudio el demandante atribuye el registro tardío de la llegada en la aduana de destino, por cuanto como primera medida salió tarde de la aduana de partido por el retardo en que incurrió la aduana para revisar la mercancía y colocar los precintos.

Con relación a este argumento estima esta Sala que no se demostró en el expediente que el inicio del régimen hubiese sido a partir del 5 de diciembre como lo indica el demandante, pues en la declaración de tránsito aduanero hay completa claridad que el inicio del mismo es el día 1 de diciembre de 1995, sin existir prueba alguna que permita concluir que por un hecho imputable a la aduana de partida solo se hubiese podido iniciar el régimen hasta el 5 de diciembre, por consiguiente este argumento de nulidad no está llamado a prosperar.

El segundo argumento que presenta el demandante de la razón por la cual llegó tarde a la aduana de destino, es el hecho que la carretera Cartagena – Medellín fue cerrada desde las 10 PM del 6 de diciembre, hasta las 4 PM del 7 de diciembre de 1995, hecho que demuestra con copia del informe de novedades del INVIAS (Folio 53 a 55), donde efectivamente se evidencia el cierre de la vía en el horario indicado por el demandante, pretendiendo demostrar entonces la configuración de la fuerza mayor, como causal exonerante de responsabilidad aduanera, pues a su juicio no pudo terminar en tiempo el tránsito aduanero por el cierre de la vía.

Al respecto de la fuerza mayor es pertinente citar que el artículo 64 del Código Civil, el cual prescribe: ***“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*** Es decir, que en los eventos en que se alegue dicha causal como eximente de responsabilidad, la administración de aduanas debe proceder a analizar las circunstancias alegadas por el operador de transporte, toda vez que si bien por el incumplimiento de sus obligaciones recae sobre él una presunción de culpa, puede exonerarse si demuestra los siguientes dos elementos:

1º. Que la causa del daño le fue extraña o que se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada. Decir que la causa del daño le fue extraña, significa que no se originó en actuaciones u omisiones del transportador o de las personas bajo su responsabilidad, sino en hechos de terceros, por ejemplo: saqueo o hurto; o de la naturaleza, como un rayo o un

terremoto. El hecho que ocasiona el daño debe tener, por consiguiente, causas externas al sujeto de la obligación.

En el presente asunto se pudo demostrar que la imposibilidad de culminar el tránsito aduanero fue con ocasión del cierre de la vía entre las 10 PM del 6 de diciembre, hasta las 4 PM del 7 de diciembre de 1995, luego entonces puede decirse que el hecho de un tercero fue lo que generó la imposibilidad de llevar la mercancía a la aduana de destino, lo probó por el actor con la presentación del informe de novedades del INVIAS.

2º. Adicionalmente, para exonerarse de responsabilidad, el operador de transporte debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente, le compete demostrar al demandante que el hecho que ocasiona el daño, no se originó o agravó por su negligencia o descuido. En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador.

Para la Sala, no se encuentra demostrado en este caso que el cierre de la vía hubiera sido un hecho imprevisible al transportador, ya que la actividad de transportar grandes cantidades de mercancías por el territorio nacional, exige que se tomen las medidas de tiempo del caso, pues en el expediente se encuentra aportado boletín informativo del estado de las vías (Folio 56), en donde se evidencia que los transportadores siempre están siendo avisados con tiempo de las posibles novedades que se puedan presentar en la vía, más aun cuando se trata de obras de arreglo de la carretera como sucedió en el caso concreto, en donde el cierre se realizó por el arreglo de unas losas de la vía. Las novedades que se presentaron en la vía obligaban al conductor a tomar las medidas de tiempo necesarias para evitar la tardanza para llegar a la aduana de destino, más cuando el tránsito aduanero estaba autorizado desde el 1 de diciembre de 1995, y solo salió de la

ciudad de Cartagena el día 5 de diciembre, cuando apenas faltaban dos días para la culminación del régimen, siendo este hecho una evidente negligencia del transportador, pues como ya se explicó anteriormente el demandante no pudo demostrar que el retraso en la salida del transporte solo hasta el 5 de diciembre de 1995, hubiese sido atribuible a la DIAN. A juicio de esta Sala no es posible configurar la causal exagerativa de responsabilidad de la fuerza mayor, pues esta no se presentó dentro del caso bajo estudio.

Un tercer argumento de nulidad presentado por la parte demandante, es que solo pudo entregar la documentación en la aduana de destino hasta el 11 de diciembre, en razón a que la aduana de destino solo trabajaba hasta las 4 PM del jueves 7 de diciembre, y la mercancía llegó después de esa hora, y el viernes 8 de diciembre era festivo y los días sábado y domingo no labora la aduana de destino, lo que lo obligó necesariamente a entregar la documentación el día lunes 11 de diciembre de 1995. Pues bien, la parte actora en el caso bajo estudio no demostró por ningún medio el horario de trabajo de la aduana de destino, en donde se comprobara que al momento de la llegada de la mercancía la aduana no estuviese funcionando, por consiguiente no se tomará como válida este argumento de nulidad de los actos acusados.

En el presente caso, la parte demandante no pudo demostrar efectivamente que el tránsito aduanero No. 0004162 del 1 de diciembre de 1995, se hubiese realizado dentro del término de finalización estipulado, que tenía como fecha límite el 7 de diciembre de 1995, tal y como se evidencia en el expediente a folio 47, y como ya se analizó, la culminación del régimen se hace efectiva es con la protocolización de los documentos respectivos ante la Administración de Aduanas, y no solo con la simple llegada de la mercancía a la ciudad de destino, es decir que de lo probado en el expediente, esta Sala puede concluir que la terminación al régimen de tránsito aduanero fue realizado en forma extemporánea.

La Sala considera que la cancelación del tránsito aduanero comprende no sólo la llegada a la ciudad de destino, ni la entrega material o física de la mercancía en el depósito de destino, sino que requiere de igual manera la entrega de la documentación que la respalda

o sustenta jurídicamente, ante la aduana de destino, dentro del plazo autorizado para ejecutar la operación, esto quiere decir la declaración de tránsito aduanero ante la administración de aduanas, hecho que no fue demostrado por el demandante.

Con fundamentos en las anteriores consideraciones, a juicio de esta Sala los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, y por consiguiente en la parte resolutive de esta sentencia se confirmará la sentencia de primera instancia por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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 veintinueve (29) de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

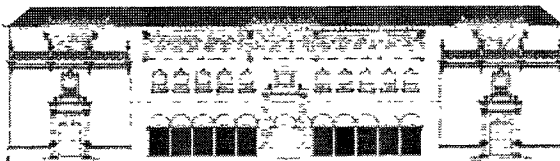
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMIREZCASTAÑO


JORGE ANDINO GALLO

Descargat.un



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1257
(ART. 323 C. P. C.)**

| | |
|---|---|
| CLASE DE PROCESO | : ACCION DE REPARACION DIRECTA |
| MAGISTRADO PONENTE-DR | : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO |
| DEMANDANTE | : COMERCIALIZADORA ZAPATA Y HENRRIQUEZ S-A |
| DEMANDADO | : U-A-E DIAN |
| RADICADO J. XXI | : 13-001-23-31-001-2001-01498-00 |
| FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE DE 2013 | |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE 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 BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003
Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 263 - 2013

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

TEMA: Pago injustificado de arancel – indebida escogencia de la acción.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 001 **2001 01498 00**

II. PARTES

Demandante: COMERCIALIZADORA ZAPATA Y HENRIQUEZ S.A

Demandado: DIAN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a decidir la demanda de reparación directa interpuesta por la sociedad COMERCIALIZADORA ZAPATA Y HENRIQUEZ S.A., quien actúa por intermedio de apoderado judicial en contra de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

1. La sociedad COMERCIALIZADORA ZAPATA Y HENRIQUEZ S.A "ZAHÉN S.A" es una sociedad de naturaleza comercial, domiciliada en el Municipio de Turbo (Ant) y que tiene el siguiente objeto social "a) celebración de agencia comercial en todas sus formas o convenios comerciales de cualquier otro carácter, con empresas nacionales o extranjeras para la promoción y venta y el servicio de sus productos- b) adquisición y venta al por mayor y al detal de toda clase de mercancías nacionales o extranjeras; c) importación y exportación de toda clase de mercancías y la comercialización de las mismas; d) adquisición y venta de toda clase de artículos relacionados con la construcción".

2. De conformidad con la resolución 00818 de abril 29 de 1998 expedida por el gerente general de I.C.A se registró la sociedad como importadora de fertilizantes y biofertilizantes de uso agrícola;

3. En cumplimiento del objeto social, la sociedad hizo arribar a la ciudad de Cartagena (Colombia) 10 contenedores de 20 pies CY/CY con fertilizante compuesto para uso agrícola de nombre comercial NKS Nitrato de Potasio, en sacos de 25 kilos con peso de 21 toneladas cada contenedor el día 28 de septiembre de 1999;

4. A través de la sociedad de Almacenes Generales de Depósito "Almacenar" se mantuvo la mercancía mientras se hacían los trámites de nacionalización correspondientes;

5. El día 4 de octubre de 1999, la sociedad importadora solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cartagena, TRÁNSITO ADUANERO a la ZONA DE RÉGIMEN ADUANERO ESPECIAL DE TURBO para nacionalizar a través de ésta, la mercancía importada;

6. El día 8 de octubre de 1999 la Dirección de Impuestos y Aduanas de Cartagena, grupo tránsito, decidió RECHAZAR EL TRÁNSITO DE LA MERCANCÍA A LA ZONA DE RÉGIMEN ADUANERO ESPECIAL DE TURBO aduciendo la resolución 0499 de 1992 artículo 19 en concordancia con su mismo artículo 1°;

7. Con base en la decisión anterior, la sociedad demandante decidió hacer los trámites de importación por la Aduana de Cartagena, no obstante entender que esta aduana no tenía razón pero en virtud de la mora en los trámites se causaría un perjuicio mayor a la sociedad;

8. Obtuvo la mercancía registro de Importación 04451 de octubre 14 de 1999 en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, Cartagena;

9. El día 15 de octubre de 1999 la sociedad importadora elaboró LA DECLARACIÓN ANDINA DEL VALOR EN ADUANA para la mercancía mencionada;

10. La correspondiente DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se efectuó el día 15 de octubre de 1999 en el Banco de Occidente No 238720801;

11. El día 20 de octubre de 1999 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cartagena realizó Auto y Acta de Inspección No 0505326 ordenando el correspondiente Levante;

12. La sociedad transportó la mercancía a Turbo que era su destino final puesto que se destinaría para el cultivo del banano en esta zona;

13. No obstante haber efectuado los procedimientos de nacionalización de los abonos mencionados por la Aduana de Cartagena, la sociedad demandante elevó consulta a la Jefatura de la División Normativa y Doctrina Aduanera de la Oficina Jurídica de la

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el sentido de que se le indicara si la solicitud de tránsito aduanero de una zona aduanera a la zona aduanera de régimen especial era improcedente;

14. La Jefatura de la División de Normativa y Doctrina Aduanera de la División Jurídica de la Dian emitió concepto 0008 de enero 20 de 2000 mediante el cual indicó que era perfectamente procedente siempre que se cumpliera con los requisitos establecidos en el decreto 2817 de 1991;

15. Las mercancías indicadas en esta demanda, cumplían los requisitos establecidos en el decreto 2817 de 1991 para el tránsito aduanero. En virtud de la negativa de la Dian para efectos de dicho tránsito, la empresa se vio obligada a legalizar los bienes directamente en la Aduana de Cartagena y pagar todos los impuestos de ley. Impuestos éstos que no hubiera tenido que haber pagado la entidad en el evento de haberse autorizado el tránsito aduanero.

16. Una vez se nacionalizaron los productos a través de la Aduana de Cartagena, evento que ocurrió en la época ya indicada, la empresa se vio obligada a transportar los insumos por vía terrestre hacia el Municipio de Turbo que era su destino. En virtud de cierres de las carreteras, la empresa tuvo que devolver los productos e intentar nuevamente su traslado mucho más tarde.

17. En este entretanto, los productos se encarecieron comercialmente de una manera tan significativa y por ello prácticamente perdieron su vigencia., conllevando serias pérdidas a la empresa.

18. El encarecimiento de que se habla se refiere a que efectivamente el destino de los insumos era el Municipio de Turbo que es zona aduanera especial. Allí estos productos llegan a los precios del comercio internacional sin el sobre costo de trámites aduaneros e impositivos y por ello, todo el problema presentado con la DIAN dejó a los productos fuera del comercio.

19. La operación administrativa en que puso la DIAN a la empresa y que fue una actuación contraria a derecho desde todo punto de vista, ha causado serios perjuicios a la empresa y que se hace necesario resarcir:

Perjuicios materiales por daño emergente: a) la pérdida total de la mercancía por depreciación absoluta e imposibilidad de comercialización, b) pago de impuestos de los cuales estaba la sociedad exenta de conformidad a la ley, c) pago de transportes en exceso y d) los costos en que ha tenido que incurrir para el trámite jurídico de la situación.

Perjuicios materiales por lucro cesante: lo que el dinero invertido en la mercancía ha dejado de producir.

V- PRETENSIONES

La parte demandante reclama perjuicios materiales por daño emergente por: a) la pérdida total de la mercancía por depreciación absoluta e imposibilidad de comercialización, b) pago de impuestos de los cuales estaba la sociedad exenta de conformidad a la ley, c) pago de transportes en exceso y d) los costos en que ha tenido que incurrir para el trámite jurídico de la situación.

Perjuicios materiales por lucro cesante: lo que el dinero invertido en la mercancía ha dejado de producir.

Solicita de igual forma que se ordene pagar los gastos de defensa en el proceso y las costas procesales.

VI. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La parte demandada manifiesta que NO SE CAUSO UN DAÑO, PUES EL DAÑO SUFRIDO NO ES ANTIJURÍDICO, es JURÍDICO, pues la actuación de la administración de la cual se podría desprender alguna responsabilidad, está

legalmente fundamentada, y el particular está en la obligación de soportarla y es responsable de su propia suerte, cuando introduce por un lugar equivocado mercancía con destino a una zona de régimen especial.

NO EXISTE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA PORQUE NO SE HA CAUSADO UN DAÑO ANTIJURÍDICO AL DEMANDANTE.

No basta con que el daño sea antijurídico sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

La abundante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia ha consolidado la doctrina según la cual, son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber:

- El daño antijurídico y
- La imputabilidad del daño a algunas personas, es este caso la Administración.

Solo cuando el daño sea de tal naturaleza y magnitud que no se encuentre dentro de aquellas cargas mínimas que la convivencia social, el orden institucional y la seguridad jurídica en las relaciones entre los particulares y el Estado, imponen a los ciudadanos, se podrá hablar de responsabilidad administrativa.

No existe responsabilidad administrativa de la DIAN en el presente caso, porque el hecho de sufrir una negativa en la realización de un tránsito por razones de protección económicas a una Zona determinada del país, es una de las cargas mínimas que debe padecer un importador cuando es su deber conocer las normas en que va a fundar su actividad empresarial.

Dos aspectos se deben considerar en de parte de la DIAN, se trata de una función legítima a cargo de la entidad, CONTROLAR EL INGRESO Y CIRCULACIÓN DE UN MERCANCÍA EXTRANJERA EN EL TERRITORIO NACIONAL y NEGAR TODO TRÁNSITO QUE SE DIRIJA A UNA ZONA DE RÉGIMEN ADUANERO ESPECIAL DESDE UNA ZONA DE RÉGIMEN GENERAL y de parte del particular, se trata de la necesidad de que tiene el particular que tiene en su poder mercancías de procedencia extranjera, de INGRESAR SU MERCANCÍA CON DESTINO A UNA ZONA DE RÉGIMEN ESPECIAL POR LOS PUNTOS QUE LA LEGISLACIÓN ESTABLEZCA.

No se estructura la responsabilidad de la DIAN porque al NEGAR EL TRÁNSITO, se estaba ejerciendo sus facultades legítimas de control aduanero y el particular estaba en la obligación de ingresar su mercancía por TURBO para poder gozar de las prebendas arancelarias de la Zona Especial.

Con lo anterior se satisface la primera de las exigencias que la jurisprudencia ha establecido para exonerar de responsabilidad a la autoridad aduanera, que consiste en actuar dentro del estricto marco de sus competencias legales en materia de prevención y representación de las conductas que atenten contra el régimen aduanero colombiano.

La otra exigencia establecida por la jurisprudencia consiste en que la negativa se haya mercancía se haya realizado con fundamento. La NEGATIVA EN LA REALIZACIÓN DEL TRÁNSITO hacia TURBO, se debió a que las normas establecen expresamente la aprobación de este régimen hacia una zona de régimen especial, en atención a los beneficios arancelarios de los que goza. Las razones de la negativa fueron totalmente fundadas de acuerdo con el Decreto 2817 de 1991 y Resolución 0499 de 1992.

La administración negó a través de una boleta la solicitud de tránsito aduanero 001963 de la Empresa ALMACENAR. Dicha negativa tiene como sustento legal el siguiente:

El Decreto 2817 de 1991, otorgó un tratamiento preferencial en materia aduanera a algunos municipios de la Guajira, Nariño, Cauca y la Región de Uraba, afirmando que la Zona de Régimen Aduanero especial de URABA, esta constituida por los municipios de, Arboletes, San Pedro de Uraba, Necolí, San Juan de Uraba, TURBO; Apartado, Carepá Chigorodó, Mutatá y Ungía.

El artículo 2° del Decreto expresa que los beneficios se aplicaran exclusivamente a las mercancías que se importen en las zonas mencionadas donde se establecerán los controles necesarios para su entrada y salida.

El artículo 4° ibidem, establece que las importaciones que se realicen a la zona mencionada solo pagarán IVA y gozarán de libre circulación por la zona, a menos que se acojan al régimen general que les confiere la libre disposición (pagando además del IVA el Arancel de aduana)

Este artículo limita la realización del régimen de tránsito en la Zona de régimen Aduanero Especial estableciendo que solo podrá hacerse desde una Jefatura Regional (Turbo), hacia uno de los municipios que conformen la Zona. Prohíbe tajantemente el tránsito desde la Zona hacia cualquier aduana del país.

Si bien el artículo no prohíbe en forma expresa el tránsito desde cualquier aduanera hacia la zona especial, esta prohibición se infiere del artículo 3° de la Resolución 0499 de 1992, que exige que la mercancía que va a gozar de las prebendas arancelarias llegue a través de un lugar habilitado de la Zona y no a cualquier puerto del resto del país.

Basada en las razones anteriores se negó la solicitud de tránsito, pues la mercancía no podía llegar por Cartagena para gozar de beneficios en Turbo.

HECHO DE UN TERCERO.

Uno de los ingredientes de la responsabilidad administrativa es la imputabilidad, que consiste en que el daño se atribuya al Estado o una persona jurídica de derecho público.

La doctrina consolidada del Consejo de Estado, ha establecido que PARA IMPONER AL ESTADO LA OBLIGACIÓN DE REPARAR UN DAÑO ES MENESTER, QUE ADEMÁS DE CONSTATAR LA ANTIJURIDICIDAD DEL MISMO, EL JUZGADOR ELABORE UN JUICIO DE IMPUTABILIDAD QUE LE PERMITA ENCONTRAR UN TÍTULO JURÍDICO DISTINTO DE LA SIMPLE CAUSALIDAD MATERIAL QUE LEGITIME LA DECISIÓN.

Esta imputación se rompe cuando el hecho dañoso ocurre por culpa de un tercero, o de la propia víctima, como en el presente caso, en donde la responsabilidad de ingresar la mercancía por el puerto habilitado es del importador y de sus agentes comerciales, navieros y aduaneros.

La DIAN no tiene responsabilidad en la escogencia equivocada del puerto por parte del Administrado, simplemente se limita a registrar la llegada de la mercancía. La Administración negó la solicitud de tránsito informándole las normas con base en las cuales se basó la negativa pudiendo el importador escoger entre múltiples opciones, como REEXPORTAR la mercancía al exterior, REEMBARCAR la mercancía con destino a un puerto de TURBO por ejemplo. Si eligió NACIONALIZAR la mercancía en Cartagena, nadie lo obligó a ello, dicho hecho surge de su mera liberalidad.

Cuando escoge transportar la mercancía nacionalizada vía terrestre hasta TURBO también es un acto propio de la esfera de sus decisiones (pudo por ejemplo enviarla por carga aérea), y el control de las carreteras del país escapa a las competencias de la DIAN.

En el hipotético caso de que la DIAN hubiese otorgado el tránsito en forma equivocada hacia Turbo, no por ello se responsabilizaba que las carreteras del país estuvieran despejadas para la circulación de la mercancía e igualmente los hechos alegados por el accionante como generadores de los perjuicios se iban a presentar inexorablemente. Es decir con un tránsito autorizado hasta Turbo, también se presentaría el correspondiente cierre de carreteras, porque esa situación se escapa del control aduanero y nada tiene que ver con la Administración.

Lo anterior para resaltar que no puede desprenderse responsabilidad alguna de la Administración por el hecho de que las carreteras estuvieran cerradas. La administración decidió negar un tránsito, con base en sus facultades de control y de acuerdo con las normas vigentes, pero en el evento de haberlo autorizado también se iba a presentar dicho cierre de carreteras, generando a la poste los mismos efectos enunciados por el accionante.

Es decir que en el presente caso las causas generadores del supuesto daño alegado son dos:

La negativa de la DIAN a autorizar el tránsito aduanero hasta Turbo, y El cierre de la carretera.

El primero de ellos hace parte de la competencia de la DIAN, El segundo se escapa de sus atribuciones y los hechos fueran los mismos si la Administración hubiese autorizado equivocadamente el tránsito.

EXCEPCIONES DE FONDO

NO PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN

FUNDAMENTO DE HECHO: La acción procedente en el presente caso es la de Nulidad y Restablecimiento y no la de Reparación directa, pues se está demandando

la NEGATIVA O RECHAZO DE SOLICITUD DEL UN TRÁNSITO, lo cual constituye una DECISIÓN de la Administración contenida en un acto de RECHAZO (ver folio 29 de la demanda), en el que además se establecen las razones en que se fundamenta la actuación de la Administración y por tanto sus consecuencias jurídicas. En este caso la boleta de rechazo de la solicitud de tránsito constituye una manifestación expresa de la voluntad de la Administración tendiente a producir un efecto y que por tanto encierra una decisión, la cual debió ser atacada vía nulidad y restablecimiento y no a través de la acción de reparación directa.

Al actor corresponde demostrar que la decisión de la Administración de RECHAZAR la solicitud del régimen de tránsito aduanero hasta Turbo es ilegal.

FUNDAMENTO DE DERECHO: El artículo 85 del Código Contencioso establece: "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se restablezca su derecho.."

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:

Fundamento de Hecho: B demandante pretende la reparación del daño ocurrido por la NEGATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE AUTIZAR UN TRÁNSITO ADUANERO hasta la ciudad de Turbo. El hecho se concreta con la BOLETA DE RECHAZO, expedida por la División de Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se niega la solicitud mencionada, de fecha 8 de Octubre de 1999.

Desde esa fecha, hasta la presentación de la demanda, el 21 de junio de 2001, transcurrieron 7 meses y 13 días, con lo cual se configura la caducidad de la acción.

Fundamento de Derecho: De acuerdo con el artículo 136 del Código Contencioso

Administrativo, la acción de restablecimiento caduca en el término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente de la comunicación administrativa.

Por lo tanto el Tribunal debe declararse inhibido para fallar sobre esta pretensión del demandante.

FALTA DE SOLICITUD DE CONCILIACIÓN.

Fundamento de Hecho: El demandante no agotó la etapa previa de conciliación con la DIAN a fin de intentar llegar a un acuerdo sobre las pretensiones indemnizatorias.

Fundamento de derecho: Según lo establecido por el artículo 35 de la ley 640 de 2001, la conciliación es un REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD para acudir para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en acción de reparación directa.

Por lo tanto solicito al tribunal que se declare inhibido para fallar de fondo el presente proceso.

FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO.

Fundamento de hecho: El demandante solo dirige la demanda en contra de la DIAN, sin involucrar al organismo del Estado colombiano responsable de la seguridad y funcionamiento de las carreteras por donde transitaba la mercancía. Era necesario vincular al organismo o institución por ser una persona que tiene relación con las situaciones de hecho plasmadas en la demanda.

Fundamento de derecho: De acuerdo con el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, la institución u organismo responsable debió ser convocado a juicio para poder integrar el contradictorio.

Por lo tanto solicito que el tribunal se declare inhibido para fallar de fondo. FALTA DE DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA.

Fundamento de Hecho: El actor pretende que se le repare un daño y no establece la cuantía del mismo, útil además para establecer la competencia y la determinación si el caso es de primera o de única instancia.

La determinación de la cuantía es indispensable al interponer la demanda a la luz del artículo 139 del Código Contencioso administrativo y si no se especifica, no es procedente su pronunciamiento de fondo.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO.

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante este Tribunal dentro del presente asunto, no rindió concepto.

VIII. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2001. (Folio 68)
- El Proceso fue fijado en lista el 29 de abril de 2005.
- Mediante providencia de fecha 23 de febrero de 2007, se abrió a pruebas el presente proceso (folio 106)
- Mediante auto de 21 de enero de 2013 se dio traslado para alegar a las partes (Folio 143)
- Finalmente el proceso ingresó al despacho para dictar sentencia.
- El presente proceso fue asignado al Despacho en descongestión 001, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA 12-9201 del 1° de febrero de 2012.

IX.- CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 del C.C.A. donde se establece que los Tribunales Administrativos conocerán de las Acciones de Reparación Directa cuando su cuantía exceda de 500 S.M.M.L.V, y dentro del presente asunto el actor solicita por perjuicios materiales la suma de sesenta y seis mil dólares (US66.000) por el valor de la mercancía importada, suma que en pesos equivaldría a ciento cincuenta y tres millones ochocientos cuarenta y seis mil pesos (\$153.846.000), en razón que para el día 8 de octubre de 2001 día en que se presentó la demanda, el precio del dólar era de dos mil trescientos treinta y un pesos (2.331), además el demandante solicita la suma de (\$13.000.000) que fue el pago de los impuestos y la suma de (\$12.000.000), para un total de ciento setenta y ocho millones ochocientos cuarenta y seis mil pesos (\$153.846.000) suma superior a los 500 S.M.M.L.V, para el año 2001¹, fecha en que se instauró la demanda.

2. Síntesis del caso.

La parte demandante solicita que se declare administrativamente responsable a la Administración de Aduanas Seccional Cartagena, por el hecho de haberle rechazado una solicitud de tránsito aduanero desde la ciudad de Cartagena a Turbo en el departamento de Antioquía, pues el demandante había realizado la importación de unos fertilizantes y biofertilizantes de uso agrícola, los cuales contaban con un beneficio arancelario en la Zona de Régimen Aduanero Especial de Turbo, sin embargo la aduana de Cartagena negó dicha solicitud con el argumento que no era posible otorgar un tránsito aduanero de una mercancía sin antes resolver su situación arancelaria, puesto que el beneficio arancelario a juicio de la aduana de Cartagena, era exclusivamente para los fertilizantes que entraran directamente por la aduana de Turbo.

¹ Salario mínimo en Colombia año 2001 (\$286 000), por consiguiente 500 SMLMV equivalía en 2001 a (\$143 000 000)

La parte actora manifiesta que por concepto de la misma DIAN, el régimen de tránsito aduanero si era posible autorizarlo con la suspensión de los tributos hasta llegar a la aduana de Turbo (concepto de la DIAN aportado como prueba folio 37 a 39), sin embargo la negativa de la aduana de Cartagena le ocasionó el pago de los tributos arancelarios, lo cual le generó detrimento económico, además que la demora en la conducción de los productos al Municipio de Turbo por cierres de la carretera, depreció el valor de la mercancía perdiendo totalmente su valor, causando otro perjuicio que fue la pérdida de la mercancía y el pago del transporte.

El actor reclama el pago total de la mercancía, la devolución de los tributos arancelarios cancelados y el pago del transporte infructuoso de la mercancía.

3. Resolución de excepciones.

En este punto estima la Sala pertinente realizar el análisis de las excepciones presentadas por la entidad demandada.

La primera excepción relacionada con el fondo del asunto tiene que ver con la escogencia de la acción, pues a juicio de la entidad demanda el presente asunto no debió dilucidarse a través de la acción de reparación directa, pues la decisión del rechazo de la solicitud de concesión de tránsito aduanero sin el pago de tributos arancelarios constituye una decisión administrativa, de la cual se debe solicitar su nulidad.

Pues bien, esta Sala es del criterio consistente en afirmar que las decisiones adoptadas por la administración de aduanas, son en su esencia decisiones administrativas, las cuales gozan de presunción de legalidad y son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, consagra la acción de

reparación directa en los siguientes términos:

“Artículo 86. 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 cualquier otra causa...”. (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 85 del mismo código, regula la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

“Artículo 85. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”. (Negrilla fuera del texto)

El H. Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre la acción que se debe ejercitar, cuando la fuente del daño es un acto administrativo, en los siguientes términos:

“... de la demanda impetrada en el caso concreto se desprende un objeto claro, que se reduce a la impugnación de distintas decisiones administrativas adoptadas por la Secretaría de Planeación Municipal y la Alcaldía de Floridablanca, mediante las cuales se autorizó la construcción de la Urbanización “Cracovia II Etapa”, y que, según la parte actora, generó diversos daños a los propietarios de las viviendas ubicadas en “Cracovia I Etapa”, como quiera que las nuevas edificaciones se construyeron contrariando normas urbanísticas de superior jerarquía. Así las cosas, aunque luego de la corrección de la demanda ordenada por el Tribunal de primera instancia, la parte demandante definió que la acción impetrada en el caso concreto correspondía a la de reparación directa que consagra el art. 86 del CCA., al observar el libelo demandatorio en su conjunto, y las demás actuaciones adelantadas durante el proceso, se concluye que lo deprecado por el actor se encaminó a controvertir las decisiones administrativas examinadas, y a solicitar la reparación de los daños producidos con esa “ilegalidad”,

*aspecto que no corresponde al objeto de la acción de reparación directa, sino que, por el contrario, se trata de reclamaciones propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que, **si el supuesto daño devenía de la expedición de las distintas resoluciones controvertidas, era imprescindible la realización de un juicio de legalidad y, consecuentemente, solicitar el restablecimiento del derecho a efectos de reparar los supuestos daños producidos con su viciada expedición.** Con fundamento en lo anterior, se concluye que la acción de reparación directa en el sub iudice, es una vía procesal equivocada, lo que impide a la Sala pronunciarse de fondo sobre las pretensiones del libelo demandatorio. De ahí que, considerando la ineptitud de la demanda, por indebida escogencia de la acción, aspecto que imposibilita un pronunciamiento de fondo, se confirmará la sentencia de primera instancia en la que el Tribunal profirió un fallo inhibitorio".²*

En ese mismo sentido, ha dicho esa H. Corporación:

"Debe recordarse que en materia de lo contencioso administrativo, de una parte, la fuente del daño que se afirma irrogado es la que determina la acción idónea o procedente a efectos de lograr la consideración del asunto por parte del juez, y ello a su vez, fija la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer. En el caso que analiza la Sala se ha verificado que la fuente del daño, como se indicó en precedencia, no es una simple omisión, la administración realmente no ha incurrido en el defecto señalado como desacertadamente lo presenta el demandante, pues una acepción fenomenológica de la omisión indica que se puede entender como tal, haber dejado de hacer algo necesario o conveniente a lo que se está obligado en la ejecución de una determinada labor o cosa que, por algún motivo, debería haber hecho, ello ubicado en el plano negativo de la acción. De modo que, la entidad demandada al adoptar la decisión de no pagar los subsidios al oferente, es decir, al demandante en este proceso, exteriorizó su voluntad (acto volitivo positivo que incorporó una decisión negativa mas no omisiva, con fundamento en los argumentos jurídicos que se expresan allí), configurándose un acto administrativo de carácter particular y concreto que surte plenos efectos jurídicos y

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010. C.P. Enrique Gil Botero, Radicado número. 68001-23-15-000-1995-01096-01(18530)

que se encuentra amparado con la presunción de legalidad y veracidad que le es inherente en virtud de las disposiciones del artículo 66 del código contencioso administrativo”.³

De las normas y la jurisprudencia citadas, las cuales son acogidas por la Sala, se desprende que la acción de reparación directa sólo procede cuando una persona considere que la administración le ha causado un daño, como consecuencia de un hecho, una omisión, una operación administrativa o por la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos. Sin embargo, cuando la fuente del daño cuya reparación se persigue, consista en un acto administrativo que se considera ilegal, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, porque se hace necesario realizar el juicio de legalidad respecto de ese acto administrativo, y que se solicite además, la reparación del daño.

Es preciso resaltar que en el caso bajo examen la responsabilidad del Estado se deprecia como consecuencia de la negativa que la DIAN hizo a la actora para autorizarle el tránsito aduanero de la mercancía importada hacia la ciudad de Turbo (Antioquia) para proceder allá a su nacionalización y poder ser allá beneficiario de una exención arancelaria como lo reclama.

De lo dicho hasta aquí, para esta Sala el asunto tratado en esta demanda solo puede entonces encuadrar en el desarrollo de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, no siendo la acción de reparación directa el mecanismo jurídico idóneo para dilucidar el conflicto jurídico planteado por la demandante, pues en todo momento existieron decisiones administrativas que gozan de presunción de veracidad y que fueron la fuente del daño que se pide indemnizar.

Para la Sala es preciso tener en cuenta que es deber de todo funcionario público velar por el interés de la sociedad en general, es por eso que en temas tan trascendentales como lo es el pago tributos arancelarios, en todos los casos se debe realizar un

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2010, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Radicado número. 44001-23-31-000-1999-00608-01(R-19417)

estudio minucioso de la legalidad y procedencia de los beneficios arancelarios, es por ello que se estima inviable un estudio de legalidad y procedencia en el pago de tributos arancelarios a través de una acción de reparación directa y determinar si resultó legal la negativa de autorizarle al demandante el tránsito aduanero solicitado.

En consecuencia y sin más razones esta Sala considera que la excepción de indebida escogencia de la acción propuesta por la parte demandada tenía vocación de prosperidad lo cual indudablemente genera el vicio de ineptitud sustantiva de la demanda, debiendo por ese aspecto negar las pretensiones de la demanda.

Además porque también prospera la otra excepción propuesta de caducidad de la acción, puesto que si como ya lo hemos concluido la acción procedente en este caso era la de nulidad y restablecimiento del derecho, en consecuencia como el acto administrativo a través del cual se le negó a la sociedad demandante una solicitud de tránsito aduanero desde la ciudad de Cartagena a Turbo en el Departamento de Antioquía, es de fecha 8 de Octubre de 1999, en consecuencia, contado el plazo de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de cuatro (4) meses, desde el día 13 de octubre de 1999, que es aquel siguiente a la notificación de dicha decisión, según consta a folio 29 del expediente, hasta la presentación de la demanda, que lo fue el 21 de junio de 2001, transcurrieron 7 meses y 13 días, con lo cual evidentemente se configura la caducidad de la acción.

4. De la 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.

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: Declarar la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, según lo establecido en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia devolver el remanente si lo hubiere, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZCASTANO


JORGE FANDINO GALLO

Descongestion