



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1224
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: EFRAIN GARCIA RIVERA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2009-00158-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FICHA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) 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,
VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Cartagena de Indias, D.T. y C., Octubre Once (11) de dos mil trece (2013).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 265/2013

1ª instancia

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-001-2009-00158-00
Demandante : EFRAIN GARCIA RIVERA Y OTROS
Demandado : NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor EFRAIN GARCIA RIVERA Y OTROS quien a través de apoderado judicial interpuso acción de reparación directa contra la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

Los demandantes, EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA (víctima directa), EMILIA MARIA ZABALETA GUTIERREZ (compañera permanente), en representación de sus dos menores hijos SMITH TATIANA GARCIA ZABALETA y EFRAIN DAVID GARCIA

ZABALETA, solicitan se declare administrativamente y extracontractualmente responsable a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por la falla del servicio en la administración que condujo a la privación del señor EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA, por un lapso de tiempo de más de un año (15 meses), y perseguido por más de 17 de años, de que fue objeto y habersele decretado extinguida la acción penal a su favor.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a cada uno de los demandantes, como reparación del daño ocasionado los perjuicios morales los cuales se estiman en 501 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que se condene a la entidad demandada al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante al señor EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA la suma de \$95.069,000.

Que se condene a la NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION a pagar a cada uno de los actores por concepto de perjuicios fisiológicos el equivalente a 95 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. HECHOS RELEVANTES:

Narra el memorialista que el día 7 de agosto de 1990, el señor EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA fue capturado y privado de la libertad en la ciudad de Magangué, por miembros de la Policía Nacional de Cartagena y Magangué (Bol.), profiriendo en su contra días después medida de aseguramiento de detención preventiva.

Señala que el Juzgado Especializado de Cartagena en el año 1990 dicto medida de aseguramiento en el año 1996 y en el mes de julio de la misma anualidad concedió libertad condicional, ya que estuvo detenido desde el 7 de agosto de 1990 hasta mayo de 1991 y desde el mes de enero de 1996 hasta el mes de julio del mismo año en las ciudades de Cartagena y Magangué respectivamente.

Indica que el día 24 de marzo de 2006, el Juzgado Único Especializado Penal del Circuito de Cartagena, motivó el expediente No. 066-99 con EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN, la cual fue notificada al actor con el

télex del 13 de septiembre de 2006.

Manifiesta que el EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA estuvo privado de la libertad por espacio de 15 meses desde el 7 de agosto de 1990, hasta el mes de mayo de 1991 en la cárcel de Ternera de Cartagena y desde enero de 1996 hasta el mes de julio de 1996, por la imposición de la medida de aseguramiento y se derivaron unos gastos entre ellos, el pago de honorarios profesionales a los abogados que lo defendieron, el sufrimiento padecido durante la detención.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida el día diecinueve (19) de mayo de 2008 (Fl. 22).
- ✓ Se notificó en debida forma a la entidad accionada Fiscalía General de la Nación el 30 de octubre de 2009 (fl. 37).
- ✓ El proceso se fijó en lista del 12 al 26 de noviembre de 2009 (fl. 23 rev).
- ✓ Con escrito de fecha de recibido 24 de noviembre de 2009, LA NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante apoderado judicial contestó la demanda.

B. LA CONTESTACIÓN

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: La apoderada de la Fiscalía General de la Nación, se opuso a la prosperidad de la pretensiones de la demanda, manifestando que la actuación de la fiscalía se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad.

Señala que el apoderado del aquí demandante, en el acápite de Fundamentos de Derecho a las Pretensiones, hace referencia al artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, al respecto es de precisarse que las causales que describe la norma, como son, quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, no incluye la declaración de extinción de la acción penal por prescripción, allí no se definió

definitivamente que el sindicato, en este caso EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA, no lo cometió, o que la conducta no existió o no constituía hecho punible.

Propone como excepciones i) Ineptitud formal de la demanda por inexistencia del hecho dañoso atribuible a la Fiscalía General de la Nación; ii) Ineptitud formal de la demanda por falta de los elementos que estructuran la pretensión de falla del servicio y iii) Causal eximente de responsabilidad.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil diez (2010), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl. 83).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de marzo de 2013 (fl. 108), se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes y el Ministerio Público emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

1. Alegatos del demandante:

Dice el apoderado de la parte demandante que, los hechos de índole penal que en un comienzo se le imputaron al señor EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA, jamás lo cometió y por ello, no puede endilgársele comportamiento alguno a título de dolo o culpa, como puede observarse en la sentencia fechada 24 de marzo de 2006, emanada por el Juzgado Único Penal Especializado de Cartagena que declaró extinguida la acción penal contra del actor.

Señala que la sentencia de primer grado de fecha 24 de marzo de 2006 dictada por el Juzgado Único Penal Especializado de Cartagena, no fue recurrida en apelación y el proceso penal finalizó, por lo tanto, la acción de reparación directa fue presentada dentro de la oportunidad legal.

Afirma que con las pruebas que se alegaron demostrativas de las fallas y dan cuenta de que el señor por el Juzgado Único Penal Especializado de

Cartagena procesado no cometió ningún delito que se le investigaba en el proceso penal, por tanto a sus familiares hoy actores, pueden reclamar los perjuicios que a su familiar, le ocasionaron.

2. Alegatos del demandado – Fiscalía General de la Nación:

Manifiesta el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, que el Juzgado Único Penal Especializado de Cartagena, mediante decisión adiada 24 de marzo de 2006, reconociera oficiosamente la prescripción de la acción penal, es porque este fenómeno jurídico se presentó con posterioridad a la resolución de acusación, es decir, el término perentorio se adjudica al periodo de la causa y no al instructivo, es por ello que no se configura ningún tipo de error ni detención injusta como se demanda, las actuaciones de la demandada, en el sub judice se encuentran ajustadas a la Constitución Política y a la ley, sus actuaciones se enmarcan en los parámetros legales y constitucionales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo manifestando que la providencia que extinguió la acción penal por el delito de extorsión adelantado en contra del señor EFRAIN GARCIA RIVERA, es de fecha 24 de marzo de 2006, la cual es la fecha cierta a partir de la cual surgió el proveído que determinó que la acción penal estaba extinta, es a partir del día siguiente a esta fecha que empieza a constarse el término de caducidad de dos años consagrado para la acción de reparación directa, por lo tanto, la demanda fue presentada el 2 de mayo de 2008, fecha que resulta posterior al periodo de dos años contados a partir del 25 de marzo de 2006, por lo que la demanda fue presentada cuando el término de caducidad ya había operado.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es claro que las acciones de reparación directa semejantes a la presente, son de competencia de los Tribunales administrativos en primera instancia, al tenor del numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

Respecto a la caducidad de la acción de reparación directa, cuando esta se fundamenta en el daño producido por la privación injusta de la libertad, el H. Consejo de Estado ha precisado¹:

“En los eventos en que el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, lo cierto es que el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente; lo anterior, dado que es a partir del momento en que se califica dicha limitación como injusta o ilegal que la persona detenida tiene pleno conocimiento del daño que se le ha ocasionado y, por consiguiente, puede acudir al aparato jurisdiccional en procura de que dicho detrimento sea resarcido.

Es posible que en algunos eventos la persona demandante haya obtenido la libertad por una u otra medida jurisdiccional, pero lo cierto es que hasta tanto la decisión que declaró la libertad –y por ende, declaró la ilegalidad de la medida- no haya cobrado fuerza ejecutoria, no se tendrá plena certeza sobre el verdadero acaecimiento del daño y, en consecuencia, no se tendrá certeza acerca de la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias”. (Negritas fuera de texto).

El anterior planteamiento ha sido trazado en reiterada jurisprudencia por la Sección Tercera de dicha Corporación, razón por la cual resulta pertinente destacar la fuerza vinculante del precedente. En efecto, sobre el particular se ha precisado:

“La acción de reparación directa con fundamento en el error judicial o en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, caduca al vencimiento del término de dos (2) años, contado a partir del acaecimiento del hecho que causó el daño, que para estos casos generalmente se hace evidente o se concreta mediante la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 19 de julio de 2007, Exp. 33.918.

justificaba la decisión o el procedimiento adelantado por la autoridad judicial.”²

Así mismo, en providencia del 2 de febrero de 1996, se dijo lo siguiente:

“Para la Sala no hay lugar a plantear ningún cuestionamiento en relación con el momento a partir del cual se debe empezar a contar el término de caducidad de la acción de reparación directa, cuando lo que se persigue es la reparación del perjuicio causado con la privación injusta de la libertad. En este evento, tal como lo señala el apelante, el conteo de ese término sólo puede empezar cuando está en firme la providencia de la justicia penal que declara la ocurrencia de uno cualquiera de los eventos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

- “- Que el hecho no existió.
- “- Que el sindicado no lo cometió.
- “- Que la conducta no constituía hecho punible.

“Sólo a partir del momento en que adquiera firmeza la providencia, es posible calificar de injusta la detención. Antes no tiene tal calidad, dado que se desconoce la conclusión a la cual llegará el juez penal. Y sólo puede hablarse de existencia de esa providencia una vez que en relación con ella se han surtido todos los recursos y grados de consulta de que goza.

“El daño se consolida no con el simple hecho material de la detención, sino con la calidad de injusta de esa detención, la cual deviene como consecuencia de la decisión que así lo determine.”³(Se ha destacado y subrayado).

Al aplicar lo anterior al caso concreto, la Sala encuentra que la providencia por la cual el Juzgado Único Penal Especializado de Cartagena declara prescrita y extinta la acción penal para el señor EFRAIN GARCIA RIVERA de fecha 24 de marzo de 2006⁴, fue notificada personalmente el día 13 de julio de 2006 al señor DAVID MEJIA CASTILLO⁵ quien figuraba como procesado al igual que el actor en la época de los hechos, tal y como se evidencia al respaldo de la misma providencia visible a folio 100 del expediente y aunque en las pruebas recaudadas en el periodo probatorio se allegó en copia auténtica la mencionada providencia, en la misma no se evidencia fecha alguna de notificación realizada al señor EFRAIN GARCIA RIVERA, por lo que la Sala tomará como fecha para calcular el término de la caducidad de la acción el día 13 de julio de 2006, día en que se notifica personalmente el señor DAVID

²Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp No 13 392.

³Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 11.425.

⁴ Aportada en copia auténtica por el apoderado del demandante (fl 97-100 cdno ppal).

⁵ Apoderado de la parte actora en la presente acción de reparación directa

MEJIA CASTILLO de la providencia adiada 24 de marzo de 2006, bajo el entendido de que a partir de esa fecha éste puso en conocimiento al señor GARCIA RIVERA de la decisión adoptada en su favor.

Siendo así las cosas, la providencia que puso fin al proceso penal adelantado en contra del señor EFRAIN GARCIA RIVERA fue notificada el día 13 de julio de 2006 al señor DAVID MEJIA CASTILLO y la demanda fue interpuesta el 2 de mayo de 2008 (folio 13), por consiguiente considera la Sala que la acción de reparación directa presentada por los demandantes se realizó dentro del término establecido el núm. 8º del Art. 136 del C.C.A.

EXCEPCIONES

Anotado lo anterior, se tiene que el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, propuso las siguientes excepciones:

- Ineptitud formal de la demanda por inexistencia del hecho dañoso atribuible a la Fiscalía General de la Nación.
- Ineptitud formal de la demanda por falta de los elementos que estructuran la pretensión de falla del servicio.
- Causal eximente de responsabilidad

Considera la Sala, que las anteriores excepciones están dirigidas a controvertir la Responsabilidad que pueda endilgarse en el caso concreto, razón por la cual se estudiarán y decidirán en el curso de las presentes consideraciones.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si la detención de la que fue objeto el señor EFRAIN GARCIA RIVERA le generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad para el Estado, cuando posteriormente se declaró prescrita la acción penal por la conducta punible de Extorsión que le había imputado.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

- ✓ **De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.**

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de

responsabilidad del Estado al señalar que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que textualmente reza:

“Indemnización por privación injusta de la libertad-. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, referida a quien ha sido privado injustamente de la libertad y la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones puntuales: i. El hecho no existió, ii. El sindicado no lo cometió y iii. La conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas⁶. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

- a. Una primera línea jurisprudencial que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que “la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como

⁶Sección Tercera, Consejero ponente. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ, doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

- b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., esto es, absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención.
- c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*⁷.

En la actualidad, la tesis mayoritaria de H. Consejo de Estado considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido

⁷Sección Tercera. Consejera ponente MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009)

todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia⁸.

CASO CONCRETO

En el presente caso se observa que el señor EFRAIN GARCIA RIVERA estuvo vinculado a un proceso penal por la presunta comisión del delito de Extorsión.

Del material probatorio obrante en el proceso se observa que el demandante dentro del proceso penal fue objeto de medida restrictiva de su libertad, ordenadas por la Fiscalía Regional de Barranquilla que en providencia calendada 3 de enero de 1996 dictó Resolución de Acusación en contra de los procesados DAVID MEJIA CASTILLO, EFRAIN GARCIA RIVERA Y OTRO, por el delito de TENTATIVA DE EXTORSION y revocó la libertad provisional concedida a los sindicados y se ordenan las capturas nuevamente. (fl. 120-128 cdno p1).

Con Resolución de fecha 23 de junio de 1997, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de Barranquilla profirió resolución de acusación en contra del hoy actor por el delito de Extorsión en grado de tentativa (fl. 405-414 cdno P 1) y de dicha resolución se desprende que el actor fue capturado el día 7 de agosto de 1990 y dejado en libertad provisional mediante resolución del 3 de agosto de 1990 y posteriormente mediante providencia del 16 de agosto de 1990 se decretó la detención preventiva en contra del señor EFRAIN GARCIA, también se indica que mediante auto del 4 de septiembre de de 1990 el Juez Especializado ordenó el cierre de la investigación.

⁸Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

Mediante auto de fecha 22 de diciembre de 1997, el Juzgado Regional de Barranquilla otorga la detención domiciliaria a favor del procesado EFRAIN GARCIA, previa suscripción del acta de compromiso (fl. 464- 466 cdno P1).

Finalmente mediante providencia de fecha 24 de marzo de 2006 proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena se decretó de manera oficiosa la prescripción de la acción penal adelantada en contra de EFRAIN GARCIA RIVERA por el delito de Extorsión en grado de tentativa y en consecuencia concedió su libertad inmediata y definitiva (fl. 39 del Cdno P2).

Ahora bien, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena, para prescribir y extinguir la acción penal, fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones:

"Siendo así, habrá de tenerse en cuenta que EFRAIN GARCIA RIVERA fue acusado como coautor de Extorsión, conducta punible ésta para la cual el artículo 355 del Código Penal de 1.980 antes de ser modificado por la Ley 40 de 1.993, el cual es el aplicable por ser el vigente al momento en que ocurrieron los hechos investigados (1.990), que la tipificaba para esa época, preveía una pena que iba va (sic) de dos (2) a diez (10) años de prisión, la cual habrá de disminuirse en no menos de la mitad (1/2) del tope mínimo ni en más de las tres cuartas partes (3/4) del máximo en razón de tratarse de un delito no consumado sino tentado (art. 27 C.P.), por lo que el marco punitivo en el presente caso quedaría definido en los siguientes límites: de un (1) año a siete (7) años y seis (6) meses de prisión.

Entonces bien, a partir de la interrupción de la prescripción ocurrida el 16 de septiembre de 1.997, en el caso que se analiza deberá contabilizarse la mitad del extremo punitivo máximo (7 años y 6 meses), proporción que corresponde a 3 años y 8 meses, más como el artículo 83 sustantivo actual (80 anterior) dispone que en ningún caso el término prescriptivo puede ser inferior a 5 años después de acaecida la interrupción, será este último, entonces, el lapso que deberá haber transcurrido desde la ejecutoria de la resolución acusatoria para poder decretar la extinción de la acción penal, situación que evidentemente se cumplió desde el 15 de septiembre de 2.002, razón por la cual habrá de decretarse la prescripción de la acción penal adelantada contra EFRAIN ENRIQUE GARCIA RIVERA por el delito de Extorsión en grado de tentativa y, en consecuencia, se le reconocerá el derecho a su libertad inmediata y definitiva por cuenta de la presente actuación ordenándose, además, la cancelación de las ordenes de captura que en su contra hubiesen proferido por cuenta de la presente actuación."

Ahora bien, es necesario señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado

tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución Política, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños.

En tratándose de privación injusta de la libertad ha señalado el Consejo de Estado que el concepto de daño antijurídico se desliga de su causación antijurídica. Por lo tanto, aunque la medida de aseguramiento se hubiese dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno.

En el presente caso se observa que el señor EFRAIN GARCIA RIVERA, fue objeto de una medida restrictiva de la libertad, sin embargo, el proceso penal culminó con prescripción y extinción de la acción penal, la cual no constituye un presupuesto para que la conducta sea injusta, tal y como lo establece la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, la medida restrictiva de la libertad a la que fue sometido el señor EFRAIN GARCIA RIVERA dentro el proceso penal seguido en su contra no comporta daño antijurídico, por no configurarse los presupuestos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido señalando, la cual se constituye en precedente de obligatorio cumplimiento.

Por lo tanto, al no estar acreditado uno de los elementos de responsabilidad del Estado, esto es, el daño antijurídico provocado por la conducta activa u omisa de la autoridad, resulta infructuoso seguir con el estudio de los otros dos elementos.

En consecuencia, por todo lo discurrido, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que no se encuentra probado en el plenario que el actuar del administrador de justicia fuese contrario a derecho, por lo tanto no se podrá imputar responsabilidad al Estado por los daños generados por los hechos estudiados.

COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

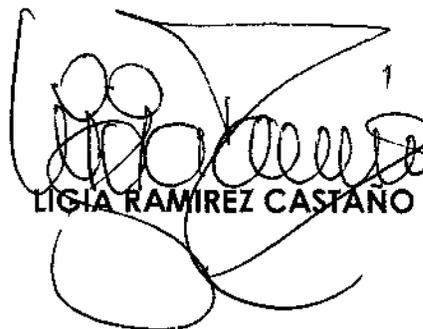
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

dlbt **AUSENTE CON PERMISO**


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1225
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

MAGISTRADA PONENTE-DRA: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

DEMANDANTE : PRESEA S-A-E-S-P - ESTUDIOS TECNICOS S-A

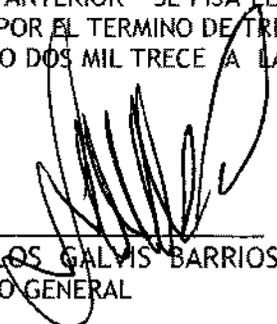
**DEMANDADO : SOCIEDAD ACUEDUCTOS Y ALCANTARUILLADOS
DE ARJONA Y TURBACO S.-A-E-S-P Y OTROS**

RADICADO J. XXI : 13-001-23-31-003-2002-01085-00

FECHA DE LA PROVIDENCIA: ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) 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 PERMANECIÓ FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena,

VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Octubre once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 468/2013.

1ª Instancia

Tema: Selección objetiva del contratista

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-23-31-003-2002-01085-00
Demandante: PRESEA S.A. E.S.P. – ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.
Demandado: SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P. Y OTROS

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por las sociedades PRESEA S.A. E.S.P. y ESTUDIOS TÉCNICOS S.A. y la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA quienes a través de apoderado judicial presentaron acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P. MUNICIPIO DE ARJONA Y MUNICIPIO DE TURBACO.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

Como pretensiones la sociedad demandante solicitó como principales las siguientes:

1.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 001 de mayo 10 de 2002, proferida por el representante legal de la Sociedad de Acueducto y

Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., mediante la cual declaró desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, para la operación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y las actividades complementarias en los Municipios de Arjona y Turbaco.

2.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 002 de mayo 31 de 2002, proferida por el representante legal de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., mediante la cual confirmó en todas sus partes la Resolución No. 001 de 2002.

3.- Que a título de restablecimiento del derecho, la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., y los Municipios de Arjona y Turbaco procederán a adjudicar y suscribirán, ejecutaran y cumplirán el contrato derivado de la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, realizada por la sociedad indicada, con la Unión Temporal Estudios Técnicos Presea.

4.- Que en subsidio de la pretensión anterior y a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la responsabilidad en que han incurrido con la declaratoria de desierta de la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., y los Municipios de Arjona y Turbaco, pagaran de manera solidaria a la sociedades PRESEA S.A. E.S.P. y ESTUDIOS TECNICOS S.A. en proporción directa a la participación que ellas tienen en la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, las sumas de \$22.705.907 por concepto de daño emergente, \$3.981.401.000 por concepto de lucro cesante y \$5.702.550 por concepto de costas y agencias en derecho, lo anterior como consecuencia de la negativa de adjudicar y celebrar el contrato con la Unión Temporal.

HECHOS

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la demandante estimó los siguientes:

Afirma que con el propósito de adelantar los trámites de la contratación de la operación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y las actividades complementarias en los Municipios de Arjona y Turbaco, éstos constituyeron la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P. y le asignaron la tarea de estructurar, conjuntamente con el Gobierno

Nacional a través del Ministerio de Desarrollo Económico, el proceso de selección de un operador de los sistemas.

Sostiene que la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P. realizó la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, para la operación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y las actividades complementarias, en los mismos municipios, para que fuesen presentadas las propuestas ajustadas a los términos de referencia que fueron preparados conjuntamente por el Ministerio de Desarrollo Económico con sus cuatro adendos expedidos durante el termino previsto para la presentación de las propuestas.

Manifiesta que la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, la Unión Temporal Estudios Técnicos Presea presentó su propuesta técnica y su propuesta económica, sujetándose estrictamente a lo previsto en los términos de referencia.

Aduce que para examinar las propuestas se integró un Comité de tres miembros previsto en los términos de referencia, y conformado por el representante legal de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., un representante de los Alcaldes de los Municipios de Arjona y Turbaco y un representante del Ministerio de Desarrollo Económico.

Señala que en la evaluación el comité determinó que la única propuesta elegible era la presentada por la Unión Temporal Estudios Técnicos Presea y una vez publicados los resultados, los Alcaldes de Arjona y Turbaco intervinieron en el proceso de selección, manifestando que la propuesta de la Unión Temporal debía ser rechazada y recomendando estudiar la declaratoria de desierta de la convocatoria.

Afirma que atendiendo lo indicado por los alcaldes, se conformó un nuevo comité en donde participaron los alcaldes y dos personas que actuaron como sus representantes y quienes eran el representante legal de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P. y el representante de los alcaldes en el comité inicial. La decisión de ese nuevo comité, que actuó sin la autonomía que establecía los términos de referencia para el comité original, fue la de declarar no elegible y rechazar la propuesta que fue presentada por la

Unión Temporal Estudios Técnicos Presea, contradiciendo abiertamente la evaluación que realizó el comité constituido en los términos de referencia.

Que el representante legal de la sociedad demandada, expidió la Resolución No. 001 del 10 de mayo de 2002, la cual fue notificada el 11 de mayo de 2002 mediante la cual resuelve acoger las recomendaciones y la decisión del Comité Evaluador y como consecuencia declarar desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001.

Expresa que contra la Resolución No. 001 de 2002, que declaró desierta la convocatoria, la demandante interpuso recurso de reposición y mediante Resolución No. 002 del 31 de mayo de 2002 confirmó la anterior decisión, la que fue notificada el día 8 de junio de 2002.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Resolución CRA 151 de 2001, arts. 1.3.5.1, 1.3.5.2 y 1.3.5.3.
- Ley 80 de 1993, artículos 25, 28 y 29.
- Código de Comercio, artículos 846, 857 y 860.
- Ley 142 de 1994, artículos 30, 31, 32 y 39.

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante se puede destacar lo siguiente:

Afirma que, la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA fue la única empresa proponente que cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en los términos de referencia para la selección del contratista y como consecuencia de ello, en su evaluación, el Comité Evaluador recomendó su elegibilidad, las resoluciones que se demandan fueron posteriormente elaboradas, con la indebida intervención de los alcaldes de los Municipios de Arjona y Turbaco, desconociendo los hechos y las disposiciones que le imponían la consecuente obligación de realizar una evaluación objetiva, en los términos de los artículos 1.3.5.1, 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, para negarse a realizar una selección objetiva del contratista y adjudicarle y celebrar el contrato con él, en los términos del artículo 29 de la ley 80 de 1993.

Sostiene que los actos administrativos demandados que apoyan la decisión de declarar desierta la convocatoria No. 001 de 2001, de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., en un supuesto incumplimiento por parte de la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA de los requisitos establecidos en los términos de referencia, incurren en falsa motivación, ya que la Unión Temporal cumplió a cabalidad con los requisitos objetivos de la selección del operador establecidos en los mismos términos, tal y como lo certificó el Comité Evaluador en su calificación, y lo ha sostenido en todo momento la representante del Ministerio de Desarrollo Económico.

Incurren igualmente los actos acusados en desviación de poder porque, lejos de atender el interés general y los fines de la contratación en los servicios públicos domiciliarios, la declaratoria de desierta de la convocatoria pública, con la indebida intervención de los Alcaldes Municipales de Arjona y Turbaco, tuvo el propósito de descalificar sin justificación alguna a un contratista idóneo para la ejecución del contrato, favoreciendo los intereses de otras empresas que desean prestar el mismo servicio, pero que fueron correctamente descalificadas durante el proceso de selección, o no se presentaron al mismo, que ahora quedan habilitadas para contratar el servicio, ya sea directamente o mediante otro proceso.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue rechazada por caducidad de la acción, mediante auto de fecha 10 de octubre de 2002 (fl. 470-471).
- ✓ Mediante providencia de fecha 1º de abril de 2004, el H. Consejo de Estado revocó el auto que rechazó la demanda y ordenó su admisión. (Fl. 481-492).
- ✓ Se notificó en debida forma al Alcalde Municipal de Turbaco (Bol.), el 1º de abril de 2005 (fl. 504 rvso).
- ✓ Se notificó en debida forma al Alcalde Municipal de Arjona (Bol.), el 29 de marzo de 2005 (fl. 525).
- ✓ Se notificó en debida forma al Representante Legal de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., el 29 de marzo

de 2005 (fl. 526).

- ✓ El proceso se fijó en lista del 1º al 15 de junio de 2005 (fl. 492rev).
- ✓ La demanda fue debidamente contestada por parte del apoderado del Municipio de Turbaco (Bol.) (fl. 531).

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL MUNICIPIO DE TURBACO (BOL.), por intermedio de apoderado constituido para el efecto, contestó la demanda y solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, por cuanto los actos administrativos acusados satisfacen plena y cabalmente con los presupuestos procesales exigidos para su formación, como son:

- Fue expedido por funcionario competente.
- Se ajustó a la ley.
- Fue debidamente motivado.
- Se expidió sin desviación de poder.

Manifiesta que un argumento para declarar desierta la convocatoria pública 001 de 2001, fue que existían diferencias en cuanto al monto de endeudamiento y en cuanto a la vigencia, lo cual es violatorio del pliego en su numeral 5.10 literal C.

Otro argumento es que la propuesta de la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, no cumplió con el requisito relativo a la experiencia en la consecución del proyecto, del que trata el artículo 4.5.2.2 del pliego y se aplicaría el numeral 5.10 literal B., todo lo anterior teniendo en cuenta que ninguno de los certificados allegados a la convocatoria pública coinciden entre sí, ya que el de la convocatoria pública 001 de 2001, se le otorgó créditos por doscientos millones de pesos en el año 2000, en la convocatoria 001 de 2002, debía a diciembre de 2001 \$575.500.000 y en la contratación directa 001 de 2002 otorgó créditos por \$260.000 durante el año 2000. Por lo tanto la información suministrada por los certificados allegados a la convocatoria son incongruentes e incorrectos, y no pueden aceptarse por contener los tres, cifras y vigencias diferentes.

Señala que los certificados se desprende los créditos obtenidos así: año 2000 Banco de Bogotá \$941.650.000, Fonade \$1.000.000.000 para un total de 1.941.650.000, lo cual indica que la propuesta no cumple con la capacidad de endeudamiento de \$2.000.000.000.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha veinte (20) de abril de dos mil seis (2006), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl. 545).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha veinticinco (25) de junio del 2009 (fl. 669), se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente, oportunidad que no fue aprovechada por las partes, pues guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para conocer del presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 3º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, como quiera que se trata de un contrato celebrado con y para la prestación de una servicio público domiciliario y, la cuantía de la mayor de las pretensiones de la actora supera el guarismo de 500 smml vigentes a la fecha de introducción de la demanda, ya que solamente lo reclamado por la

demandante a título de lucro cesante, en la modalidad de utilidad dejada de percibir, asciende a la suma de \$3.981.401.000.

CADUCIDAD DE LA ACCION

En el *sub lite* se observará el término de caducidad previsto en el numeral 2º del art. 136 del C.C.A., teniendo en cuenta que el acto administrativo que declara desierta una licitación o una convocatoria pública no tiene las características propias del acto administrativo precontractual, para el cual se tiene como regla exceptiva el término de treinta (30) días consagrado en el inciso 2º del art. 87 del C.C.A., quedando así sujeto al término general de caducidad para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es de cuatro (4) meses, contados a partir de la comunicación, notificación o ejecución del acto, según sea el caso.

En el asunto que se ha sometido al conocimiento de esta Corporación, el acto administrativo que puso fin a la vía gubernativa lo es la Resolución No. 002 de Mayo 31 de 2002, notificada a la unión temporal ahora demandante el día 8 de junio de la misma anualidad, de manera que el término de caducidad de la acción se extendía hasta el día 9 de octubre de 2002 y al haberse incoado la demanda el día 2 de septiembre del mismo año, forzoso es concluir que la acción se ha intentado en oportunidad.

PROBLEMA JURÍDICO

Las sociedades demandantes, PRESEA S.A. E.S.P. y ESTUDIOS TECNICOS S.A., que conformaron la UNION TEMPORAL ESTUDIOS TECNICOS PRESEA para efectos de participar en la Convocatoria Pública No. 001 de 2001 de la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P., reclaman la declaración de nulidad de la Resolución No. 001 de mayo 10 de 2002 por medio de la cual se declaró desierto dicho proceso de selección de contratistas, y de la Resolución No. 002 de Mayo 31 de 2002 por medio de la cual se confirmó tal decisión al resolver el recurso de reposición, nulidad que estiman se ha configurado en este caso al desconocer su derecho a ser beneficiados con la adjudicación y celebración del contrato derivado de la Convocatoria.

Soportan su pretensión afirmando que el Comité de Evaluación de las Ofertas calificó la presentada por la UNION TEMPORAL ESTUDIOS TECNICOS PRESEA como única oferta elegible, al ajustarse en su integridad a los requisitos y exigencias esenciales señaladas en los Términos de Condiciones; que, posteriormente, con la intervención de los Alcaldes de los Municipios de Turbaco y Arjona, se conformó un nuevo comité de evaluación, no previsto en los términos de referencia, que desestimó su oferta y dio lugar a que la convocatoria Pública No. 001 de 2002 se declarara desierta.

Conforme con lo anterior, el debate jurídico en el presente caso se centra en determinar si las resoluciones demandadas, mediante las cuales se declaró desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, en la cual participó el contratista, vulneran las normas superiores citadas como violadas o vulneradas, y si tales actos desconocen el principio de selección objetiva del contratista.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, toda vez que, de acuerdo con los lineamientos que para este tipo de situaciones ha prefijado la Corporación de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las sociedades demandantes no logran demostrar los cargos de censura formulados contra los actos administrativos acusados y, tampoco demuestran haber sido titulares de la mejor oferta en el proceso de la Convocatoria Pública No. 001 de 2001 adelantada por la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P.

Marco normativo

Se afirma en la demanda introductoria de este proceso, y se admite por la demandada al dar contestación al libelo, que los municipios de Arjona y Turbaco constituyeron la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P., a la que dotaron de facultades específicas para cumplir con la operación de los acueductos y alcantarillados de tales entes territoriales.

Con base en lo anterior, debe la Sala remitirse a las previsiones del art. 31 de la Ley 142 de 1998 a efectos de establecer la naturaleza de la empresa de servicios públicos demandada y, de contera, definir la naturaleza del contrato objeto de

la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, lo que permitirá establecer la competencia y el régimen legal aplicable en este caso.

A modo de precedente, la Sala se remite en un todo a lo dicho por la Corporación de cierre de la jurisdicción cuando decantó los parámetros bajo los cuales se debe efectuar el análisis aquí requerido, y lo expresó en los siguientes términos:

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE CARACTER MIXTO - Sentencia C-736 de 2007 / DECLARATORIA DE EXEQUIBILIDAD SIMPLE - Apartados 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142; letra d) del numeral 2 del artículo 38, el artículo 68 y el artículo 102 de la Ley 489

Empieza la Sala por advertir que si bien en recientes y reiteradas oportunidades anteriores acudió a los análisis que la Corte Constitucional plasmó en la Sentencia C-736 de 2007, acerca de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios y en particular de las de carácter mixto, tanto para tratar de dirimir las discusiones existentes al respecto como para definir la competencia que le asiste a la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer de los asuntos o las controversias en las cuales sean parte esas instituciones, al efectuar un nuevo examen del asunto ha arribado a la conclusión de que las consideraciones que en dicho fallo plasmó el Tribunal constitucional no resultan vinculantes. La solidez del fundamento que sirve de apoyo al anterior aserto puede verificarse con facilidad al constatar que la decisión que adoptó la Corte Constitucional consistió en declarar exequibles las normas demandadas de inconstitucionalidad, por manera que las mismas – esto es los apartados 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142, mediante los cuales se definieron legalmente las 'empresas de servicios públicos mixtas' y las 'empresas de servicios públicos privadas', así como letra d) del numeral 2 del artículo 38, el artículo 68 y el artículo 102 de la Ley 489–, no sufrieron alteración alguna en cuanto a su contenido y, por tanto, seguirán rigiendo normalmente hacia el futuro. En modo alguno puede perderse de vista que tal declaración de exequibilidad fue simple, es decir que no se condicionó a una determinada forma de entender o de interpretar una o varias de dichas disposiciones, cuestión que habría sido obligatoria o vinculante, sino que necesariamente hacia el futuro los encargados de aplicar dichas disposiciones podrán acudir libremente a todas las interpretaciones que – siendo razonables– resulten posibles en relación con tales disposiciones y, por tanto, con sujeción a las reglas de interpretación de las leyes podrán determinar el alcance de las mismas y definir su aplicación en los casos específicos, cuando ello fuere procedente, sin encontrarse sometidos a unas determinadas directrices que sobre la materia hubiere impartido la Corte Constitucional.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS Y PRIVADAS - Sentencia C-736 de 2007. Obiter dictum

Adiciónese a lo dicho que al proferir su referido fallo C-736-07, la Corte Constitucional se limitó a constatar que no eran fundados los ataques y los argumentos expuestos por los demandantes en contra de las normas

legales cuestionadas, por lo cual concluyó que tales disposiciones legales se ajustaban plenamente a la Carta –al menos por los cargos formulados–, por manera que todo lo demás que esa alta Corporación consignó en su sentencia –sin que por ello pierda importancia o interés–, carece de fuerza vinculante. En consecuencia, en cuanto todas las reflexiones y anotaciones que la Corte Constitucional consignó en su fallo C-736-07 acerca de la naturaleza especial que correspondería a la totalidad de las empresas de servicios públicos –incluidas las que prestan servicios públicos domiciliarios, ESP, y de entre estas las oficiales, las mixtas y las privadas– apenas si constituyen un obiter dictum y al revisar la materia a la luz de las disposiciones legales vigentes, cuestión a la que obligatoriamente debe atenderse el Consejo de Estado en atención a los precisos e imperativos dictados del artículo 230 de la Carta Política, según los cuales “[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, la Sala estima necesario revisar de nuevo el asunto relacionado con la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en cuyo capital social la participación de aportes estatales no supera el 50% –tal como ocurre en el caso concreto que aquí debe estudiarse y resolverse–, para definir si al Consejo de Estado le asiste competencia para conocer del recurso de anulación citado en la referencia que actualmente se encuentra en trámite.

NOTA DE RELATORIA: acerca de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios y en particular de las de carácter mixto, Consejo de Estado, Sección Tercera, autos dictados en diciembre 12 de 2007, exps. 33.624 y 33.645; sentencias proferidas en marzo 27 de 2008, exps. 33.644 y 33.645; de mayo 21 de 2008, exp. 33.643 y junio 18 de 2008, exp. 34.543.

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / FALTA DE COMPETENCIA - Empresa de Servicios Públicos con participación pública del 50 por ciento menos una acción y participación privada del 50 por ciento más una acción / CRITERIO ORGANICO - Naturaleza jurídica de la entidad contratante

Para determinar la competencia de esta Corporación, es necesario examinar la naturaleza del contrato celebrado, de conformidad con el artículo 128 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo, según el cual el Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación en los casos de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales. Teniendo en cuenta el criterio orgánico adoptado en Colombia, por vía legal y jurisprudencial, para saber si se está en presencia de un contrato estatal, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, también es preciso analizar, como ya se anunció anteriormente, la naturaleza jurídica de la entidad contratante.

EMPRESAS MIXTAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Naturaleza jurídica

De acuerdo con los apartados 14.5, 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142, proferida en el año de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser de tres clases: oficiales, mixtas o privadas, dependiendo de la composición de su capital social. Precisar la naturaleza de estas empresas,

a efectos de determinar, entre otros asuntos, la naturaleza del contrato y la jurisdicción competente para conocer de sus conflictos, no ha sido un asunto pacífico para la doctrina y la jurisprudencia colombianas, especialmente después de la expedición de la Ley 489 de 1998, la cual definió la integración de la Rama Ejecutiva del poder público en Colombia, en cuyo listado sólo mencionó de manera explícita a las empresas oficiales de servicios públicos a la altura de sus artículos 38 y 68. En cuanto a la naturaleza de las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios, esta Corporación ha sostenido, en esencia, dos posiciones: una considera que estas sociedades no forman parte de la estructura del Estado y otra, contrario sensu, considera que sí forman la integran. La primera posición se sostuvo, básicamente, con apoyo en tres argumentos: i) que no están incluidas en la Ley 489 de 1998; ii) que las mismas conforman un tipo societario especial; y iii) que son entidades privadas. Atendiendo los efectos que se derivan del decisorio de la referida sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, en los términos expresa y precisamente definidos en los transcritos apartados 14.6 y 14.7 del artículo 14 de la Ley 142, únicamente podrán tenerse como empresas de servicios públicos mixtas aquellas en cuyo capital los aportes de origen estatal sean iguales o superiores al 50%, mientras que deberán tenerse como empresas de servicios públicos privadas aquellas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a particulares.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren

El artículo 31 actualmente vigente de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, define el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, señalando al respecto que dichos contratos, por regla general, no estarán sometidos a las disposiciones del estatuto general de contratación de la Administración Pública, a menos que la ley disponga otra cosa. Por su parte, el artículo 32 de ese mismo cuerpo normativo determina que la constitución y los actos –incluyendo los contratos, claro está–, de todas las empresas de servicios públicos, entre las cuales quedan comprendidas las de carácter mixto, “en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”. Considerando lo anterior, es preciso tener presente que la misma Ley 142 de 1994 señaló algunos aspectos en los cuales se exceptúa el régimen privado. En este sentido, el citado artículo 31 determina que aquellos contratos contentivos de cláusulas exorbitantes, ya sean de forzosa inclusión o por autorización de la respectiva comisión de regulación, se regirán por la Ley 80 de 1993; así mismo, de conformidad con el artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994, el contrato de concesión sobre el acceso al espectro electromagnético, recoge otra excepción al régimen privado, pues éste se regirá por las disposiciones contenidas en el estatuto de contratación estatal. En este orden de ideas cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada, pero, así mismo, es necesario concluir, tal como ya lo ha hecho el Consejo de Estado, que de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho

régimen debe catalogarse como "mixto", pues está integrado tanto por derecho privado como por normas propias del derecho público.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - La naturaleza de la entidad determina si el contrato es estatal / COMPETENCIA - Criterio orgánico

Ahora bien, ha de agregarse que la determinación del régimen legal previsto para la actividad contractual de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, es preciso considerar la naturaleza de tales contratos con el fin de determinar el juez de tales contratos. Este aspecto adquiere importancia si se considera que la naturaleza del contrato sometido a conocimiento del Tribunal de Arbitramento es la que define la competencia del Consejo de Estado para pronunciarse acerca del conocimiento del recurso de anulación que se formule contra el laudo correspondiente. De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que **la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado**. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que le sea aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato. Esta norma permite concluir que todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben considerarse como contratos de naturaleza estatal, atendiendo al criterio orgánico¹. (negritas ajenas al texto original)

En este caso se obvian las dificultades, pues no resulta necesario hacer las precisiones fácticas y normativas expuestas en la nota jurisprudencial transcrita, bastando afirmar que al ser la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P., una empresa conformada directamente por dos entes públicos territoriales, a saber, MUNICIPIO DE TURBACO Y MUNICIPIO DE ARJONA (Bol.), su naturaleza deviene en empresa oficial, de manera que su actividad contractual adquiere la connotación de estatal y las controversias originadas en la misma queda radicada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, independientemente del régimen legal – público o privado – que le resulte aplicable.

¹ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008). Radicación número. 11001-03-26-000-2007-00070-00(34745)

Ello determina que este Tribunal Administrativo sea competente, entonces, para conocer del asunto que se ha sometido a su conocimiento.

Requisitos para la prosperidad de las pretensiones

En casos como el que aquí se debate, el H. Consejo de Estado ha sostenido que le corresponde a la parte demandante demostrar en juicio que se ha violentado el principio de selección objetiva del contratista, acreditando – en primer lugar – que los actos administrativos acusados se encuentran afectados por alguna de las causales de nulidad y, en segundo lugar, debe ponerse en evidencia, como parte de la realidad procesal, que la oferta del demandante era la mejor y por ello debía serle adjudicado el contrato resultante del trámite de selección que se ha declarado desierto, como se expone a continuación a manera de ilustración:

SELECCION DEL CONTRATISTA - Principios que la gobiernan

Está sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, en virtud de los cuales surgen, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones. Así lo ha precisado la jurisprudencia en abundantes providencias, como en la sentencia proferida el 19 de julio de 2001, expediente 12037. Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la escogencia del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley y al pliego de condiciones, sin perjuicio de que éste último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él. La Sala reitera, como lo ha destacado en otras oportunidades, que la prosperidad de las pretensiones tanto de nulidad del acto por medio del cual la entidad priva a un sujeto, en forma injusta, del derecho de ser adjudicatario, como la consecuencia consistente en obtener el reconocimiento de la indemnización correspondiente a los perjuicios acreditados están condicionadas a que el demandante demuestre lo siguiente: i) Que el acto por medio del cual se le negó el presunto derecho es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista. ii) Que el actor hizo la mejor propuesta, conforme lo ha precisado la Sala en reiteradas ocasiones, al señalar que quien pretenda "ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal: El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del

acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración”².

Teniendo como punto de partida el anterior marco legal y jurisprudencial, se aborda el estudio de las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata de la Resolución No. No. 001 de mayo 10 de 2002, proferida por el representante legal de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., mediante la cual declaró desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001 y, la Resolución No. 002 de mayo 31 de 2002, proferida por el representante legal de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., mediante la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución No. 001 de 2002.

De acuerdo con las previsiones del art. 135 del C.C.A., se encuentra agotada en debida forma la vía gubernativa y, por ello, se encuentra habilitada esa jurisdicción para efectuar el control de legalidad impetrado por las sociedades demandantes.

ACERVO PROBATORIO RELEVANTE

Fueron aportadas por la parte demandante los siguientes documentos:

- Copias simples de los términos de Referencia de la Convocatoria Pública 001 de 2001 de la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P. – S.A.A.T. S.A. E.S.P., para la "OPERACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS" (fls. 74-160)
- Copia simple de la propuesta técnica y económica presentada por la UNION TEMPORAL ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, para la Convocatoria Pública 001 de 2001 (fls. 161-304)
- Copia simple del Informe de Evaluación de la propuesta presentada por la UNION TEMPORAL ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, en el cual el Comité Evaluador considera elegible dicha propuesta (fl. 354-356).

² CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente (E) MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número. 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432)

- Copia simple del escrito de Revisión de Evaluación Convocatoria Pública 001/2001, suscrito por los Alcaldes Municipales de Arjona y Turbaco, mediante el cual en el traslado de objeciones sugirieron al Comité de Evaluación declarar desierta la convocatoria, debido a que ninguna de las dos firmas oferentes cumplen con el pliego de condiciones (fl. 312-314).
- Copia auténtica del Acta Final de Evaluación Convocatoria Pública 001/2001, a través del cual el Comité Evaluador acogió la declaratoria de desierta de la convocatoria referenciada, debido a que la propuesta presentada por la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, le existe diferencia en cuanto al monto del endeudamiento y en cuanto a la vigencia (fl. 357-390).
- Copia auténtica de la Resolución No. 001 de 2002 proferida por el Representante Legal de la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P. – S.A.A.T. S.A. E.S.P., mediante el cual decide acoger las recomendaciones y la decisión del Comité Evaluador y como consecuencia declara desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001 (fls. 41-53).
- Copia auténtica del recurso de reposición interpuesto por la UNION TEMPORAL ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, contra la Resolución No. 001 de 2002 (fl. 396-403).
- Copia auténtica de la Resolución No. 002 de 2002 proferida por el Representante Legal de la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P. – S.A.A.T. S.A. E.S.P., mediante el cual confirma la Resolución No. 001 de 2002 que declaró desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001 (fls. 55-71).

ESTUDIOS DE LOS CARGOS DE CENSURA FORMULADOS

Cargo primero. Violación de los artículos 1.3.5.1., 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución CRA No. 151 de 2001, en concordancia con los artículos 25, numeral 18 y 29 de la Ley 80 de 1993.

La parte accionante considera que la UNIÓN TEMPORAL ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, fue la única empresa proponente que cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en los términos de referencia para la selección del

contratista y como consecuencia de ello, en su evaluación el Comité Evaluador recomendó su elegibilidad; de manera que las resoluciones que se demandan fueron posteriormente elaboradas con la indebida intervención de los Alcaldes Municipales de Arjona y Turbaco, desconociendo los hechos y las disposiciones que imponían la consecuente obligación de realizar una evaluación objetiva, en los términos de los artículos 1.3.5.1., 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución CRA No. 151 de 2001, en concordancia con los artículos 25, numeral 18 y 29 de la Ley 80 de 1993, para negarle una selección objetiva del contratista y adjudicarle y celebrar el contrato con él.

Analizado el pliego de condiciones o términos de referencia que orientó la Convocatoria Pública No. 001 que aquí nos ocupa, se advierte que en su Capítulo 1, numerales 1.1 y 1.7, se especifica el régimen jurídico aplicable a este proceso de selección, en los siguientes términos:

1.1. Régimen Jurídico de los servicios públicos domiciliarios de agua potable, alcantarillado y las actividades complementarias.

El marco legal básico de los Servicios está conformado por las Leyes 142 de 1994, 632 de 2000, 689 de 2001 y las disposiciones que la modifiquen, adicionen o reglamenten, así como las disposiciones expedidas por la Comisión de Regulación de agua Potable y Saneamiento Básico (CRA).

Complementan este marco, las demás leyes, reglamentaciones y regulaciones que se encuentren vigentes o se expidan durante la ejecución del Contrato de Operación con inversión, en cuanto se apliquen a dichos servicios públicos y sus actividades complementarias. Para todos los efectos, el OPERADOR deberá cumplir con dicha normatividad"

"1.7. Régimen Legal de la convocatoria y del contrato de Operación con Inversión.

La presente Convocatoria Pública, y el Contrato de Operación con Inversión, se rigen por el derecho privado y por el régimen jurídico aplicable a los Servicios, de conformidad con las Leyes 142 de 1994, 632 de 2000 y 689 de 2001.

También se someten a las regulaciones que se encuentren vigentes o que sean expedidas por la comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, durante la ejecución del Contrato de Operación con Inversión, en cuanto regulen los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias, las personas prestadoras de los mismos, así como a cualquier otra norma legal vigente sobre la materia".

Adicionalmente, en el Capítulo 3, numeral 3.1., en relación con el mismo tema, se dispone:

"3.1. Régimen Jurídico Aplicable.

La presente Convocatoria Pública se sujeta al régimen jurídico señalado en el numeral 1.7 (Régimen Legal de la Convocatoria y del Contrato de Operación con Inversión), en especial, por las Leyes 142 de 1994, 632 de 2000 y 689 de 2001, sus disposiciones reglamentarias, la Resolución No. 151 de 2001 de la CRA, estos Términos de Referencia y las demás regulaciones expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, en cuanto sean pertinentes. (...)"

Ahora bien, las sociedades demandantes radican el soporte de su censura en las siguientes disposiciones de la Resolución CRA No. 151 de 2001:

"Artículo 1.3.5.1 Procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes para la gestión de los servicios. En desarrollo del artículo 209 de la Constitución Nacional y para los efectos de la presente resolución se entiende por procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes los que adopte internamente cada persona prestadora, en los casos previstos en esta resolución, para conseguir que:

a) Se acuse recibo por escrito, y se registren en forma ordenada en sus archivos, los datos de cualquier persona que se dirija a ella para solicitarle que se la tenga en cuenta en los contratos que versen sobre determinados bienes o servicios.

Para estos efectos, las personas interesadas pueden dirigirse, en cualquier tiempo, a las personas prestadoras de servicios públicos a las que se refiere esta resolución, manifestando su interés en ser tenidas en cuenta como proveedoras de bienes o servicios, para los contratos que éstas hayan de celebrar. Tales personas deberán proporcionar su dirección, e informar sobre la clase de contratos en los que están interesados en participar; en caso de tratarse de personas jurídicas, deberán presentar sus más recientes estados financieros y un certificado de existencia y representación legal.

Las personas prestadoras deben conservar estas manifestaciones de interés durante un período de dos años, al cabo del cual pueden destruir los documentos del caso, dirigiéndose a la persona interesada para informarla sobre este hecho e invitarla a actualizar sus documentos, si lo tiene a bien;

b) *Se dirijan a tales personas, por lo menos, invitaciones para presentar ofertas cuando sea necesario celebrar un contrato sobre alguno de los bienes o servicios que aquellas han ofrecido;*

c) *Se realice una evaluación objetiva de las propuestas que tales personas presenten, y sólo se incluyan como elementos de tal evaluación, condiciones que sean razonables para asegurar que el contrato se cumplirá en las condiciones de plazo, precio y calidad necesarias para los fines del servicio.*

Las personas prestadoras deben conservar, a disposición de las autoridades, los documentos que comprueben el cumplimiento de las obligaciones a las que este literal se refiere.

Parágrafo. El procedimiento establecido en este artículo , acompañado de una invitación hecha por el municipio a través de los medios de divulgación de la Cámara de Comercio más cercana a la entidad, a personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a municipios, al departamento del cual haga parte, a la Nación o a otras personas públicas o privadas, en el orden establecido en la Ley 142 de 1.994, y de una publicación en periódico de amplia circulación en la zona, dirigida a las personas antes enunciadas, constituyen la invitación pública de que trata el artículo 6º de dicha ley.

Artículo 1.3.5.2 Contratos sometidos a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes. De conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, las entidades territoriales y las personas prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos:

a) Los contratos previstos en los literales a, b, c, d, y e del artículo 1.3.5.3 de la presente resolución, salvo las excepciones previstas en el artículo 1.3.5.4;

b) Al realizar la convocatoria a que hace referencia el artículo 6 de la Ley 142 de 1994;

c) Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la persona prestadora es el previsto en el artículo siguiente;

d) En los demás casos que se requiera de conformidad con norma expresa de las secciones 1.3.4 y 1.3.5 de la presente resolución.

Artículo 1.3.5.3 Contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes. Se someterán a los procedimientos regulados de que trata esta resolución, para estimular la concurrencia de oferentes:

a) Los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para la administración profesional de acciones, a los que se refiere el numeral 39.2 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994;

b) Los que celebren las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo con quienes sean sus competidoras;

c) Los que celebre una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo que tiene posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad consiste en distribuir bienes provistos por terceros, con un tercero en cuyo capital tenga una participación superior al veinticinco por ciento (25%);

d) Todos los que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para plazos superiores a cinco años;

e) Modificado por el art. 2, Resolución CRA 242 de 2003. Los que celebren las entidades territoriales con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Parágrafo. La emisión de acciones por parte de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y su suscripción, se regirá por las normas que regulan la oferta pública de valores, cuando se requiera inscripción en el Registro Nacional de Valores. Cuando no se requiera de tal registro, la emisión y suscripción de acciones se regirá por las normas de derecho privado y por las disposiciones especiales contenidas en la Ley 142 de 1994. (negritas ajenas al texto original).

Finalmente, se citan como infringidas las siguientes normas contenidas en la Ley 80 de 1993:

"Artículo 25°.- Del Principio de Economía:

(...)

18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

(...)"

"Artículo 29°.- Artículo derogado por el art. 32, de la Ley 1150 de 2007. Del Deber de Selección Objetiva. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, **experiencia**, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.

(...)"

De lo anterior se colige que, en forma independiente a que el régimen contractual resulte ser de derecho privado o de derecho público, por mandato legal, la escogencia del contratista sigue regida por los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, en virtud de los cuales surge, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones, pues tales términos de referencia

vienen a ser el reglamento del proceso de selección y del posterior contrato que de la Convocatoria resulte, tal y como para la época de los hechos lo sostenía el H. Consejo de Estado, cuando en la sentencia proferida el 19 de julio de 2001, expediente 12037, expuso:

"Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

*Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato."*³

Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la escogencia del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley y al pliego de condiciones, sin perjuicio de que éste último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él.

En tal virtud, en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato⁴, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la LICITACIÓN o CONVOCATORIA PÚBLICA, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato⁵ mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que,

³ Sentencia 12037 del 19 de julio de 2001, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Actor ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INGENIEROS CONSTRUCTORES ACIC

⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo Teoría General de los contratos de la Administración pública. Ed. Legis, segunda reimpresión 1999, p. 72 "Se trata de un prius jurídico que deberán observar los entes públicos, como condición especial para disciplinar normativamente el ejercicio de la actividad contractual que se proponen emprender"

⁵ DROMI, José Roberto La Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, 2ª edición, Buenos Aires, 1995, p. 245 define a los pliegos de condiciones como "el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, en el que se especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones a seguir en la preparación o ejecución del contrato y los derechos y asignaciones de los oferentes y del futuro contratista"

EL CONSEJO DE ESTADO, en providencia de 6 de abril de 1987, con Ponencia del Consejero Julio Cesar Uribe Acosta (Exp. 5 050, actor ISA) precisó lo siguiente sobre el procedimiento licitatorio "La licitación es el procedimiento que se inspira, como ya se anotó, en el principio de igualdad de los licitantes y también en el de cumplimiento estricto del pliego, con lo cual se busca eliminar como lo enseña el Profesor Sayagués Laso, 'los favoritismos y las colusiones dolosas en la contratación administrativa (Tratado de Derecho Administrativo, Cuarta Edición, Tomo I pág. 553) La importancia y trascendencia del mismo lleva al citado tratadista a concluir que es 'una formalidad esencial en la contratación administrativa, establecida por razones de interés público. De ahí que su omisión invalide radicalmente el contrato, produzca nulidad absoluta ()"

en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable.

Ahora bien, retornando al estudio de la censura, encontramos que la parte actora en este proceso acusa los actos administrativos demandados afirmando que ellos desconocen los hechos y las disposiciones que le imponían a la sociedad demandada la consecuente obligación de realizar una evaluación objetiva, en los términos de los artículos 1.3.5.1., 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución CRA No. 151 de 2001, en concordancia con los artículos 25, numeral 18 y 29 de la Ley 80 de 1993 y, como sustento de dicha censura, afirma que se conformó un nuevo comité de evaluación de las propuestas, en el que indebidamente participaron los alcaldes de los Municipios de Turbaco y Arjona.

En cuanto se refiere a la conformación del Comité de Evaluación de las propuestas, en los términos de referencia de la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, en el Capítulo DEFINICIONES GENERALES, se lee:

***"Comité de Evaluación:** Es el Comité formado por un representante del CONTRATANTE, un funcionario designado de común acuerdo por los Municipios y un representante del Ministerio de Desarrollo Económico"*

En las Actas de evaluación de las propuestas se observa que, como miembros del Comité Evaluador participaron los señores Iván Ramos Patrón, como representante legal de la contratante S.A.A.T., Freddis Ariza Castro quien actuó como Designado por los Municipios de Arjona y Turbaco y, Tatiana Olarte B. a quien se referencia como Asignada por el Ministerio de Desarrollo Económico (fl. 306 a 311) y, en el Acta Final de Evaluación de la Convocatoria Pública 001 de 2001, aportada en copia autenticada, se observa la rúbrica de los mismos primigenios integrantes del citado comité (fl. 357 a 390).

Se dejará constancia que la documental inicialmente relacionada como Actas de evaluación de las propuestas, viene aportada al proceso desde la presentación de la demanda, allegada en copia simple, lo que en principio daría lugar a afirmar que no es posible su apreciación al no acreditarse los

requisitos formales exigidos por el art. 254 del C.P.C.⁶; no obstante, para esta Sala resulta suficiente que la misma corresponda a documentación emanada de la sociedad accionada, sobre la cual no se hizo objeción ni tacha alguna al momento de dar contestación al libelo, razón por la cual será apreciada con pleno valor probatorio.

Ahora bien, en el Acta Final de Evaluación de la Convocatoria Pública 001 de 2001 se lee que estuvieron presentes en la reunión llevada a cabo el día 9 de mayo de 2002 no sólo el comité de evaluación de las propuestas, sino también los Alcaldes de los Municipios de Arjona y Turbaco, con el objetivo concreto de revisar i) las Propuestas de la Convocatoria, ii) la evaluación de tales propuestas, iii) las objeciones y aclaraciones presentadas por los oferentes, iv) la Contratación Directa 001 de 2002 y, v) las aclaraciones solicitadas por la demandada a diferentes entidades financieras; acta en la que se hace referencia también a la opinión expresada por los Alcaldes antes citados, quienes en documento de abril 22 de 2002 expusieron una serie de observaciones en torno a la evaluación de las propuestas, para finalmente hacer las siguientes sugerencias:

- 1) Dentro del término de aplazamiento de la audiencia, los evaluadores pueden revisar estas recomendaciones y dar respuesta sólida a las observaciones presentadas por los oferentes.
- 2) Estudiar la Declaratoria de Desierta de la misma acorde a lo que establece el pliego en el numeral 6.1.3. (...), pues está plenamente probado que ninguna de las firmas cumple con el pliego. Esto daría mayor claridad y transparencia agregando que bajo estas circunstancias no hay lugar a la apertura del sobre 2.
- 3) Estudiar las incidencias de una negociación directa, teniendo en cuenta:
 - Que para efectos de determinar la capacidad de endeudamiento que han tenido los oferentes en vigencias anteriores además de los certificados se anexa pagaré del crédito otorgado.

⁶ ARTÍCULO 254 VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

- Que los certificados y pagarés se deben cotejar con los balances y coincidir los certificados aportados con lo registrado en los balances, para establecer la capacidad de endeudamiento que estipula el pliego.

Más adelante, en el texto del acta final en análisis, se lee que son los Alcaldes de los citados municipios, junto con sus evaluadores designados, quienes exponen de manera conjunta una opinión frente a las propuestas recibidas para participar en la Convocatoria Pública No. 001 de 2002, que finalmente y en forma por demás extensa lleva a tales funcionarios a concluir que ninguna de las propuestas cumple con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Como se ve, no se trata de un nuevo comité de evaluación de las ofertas, sino de la presencia directa de los representantes legales de los municipios interesados en la contratación, y sus funcionarios evaluadores, quienes hacen de manera conjunta un estudio de las propuestas recibidas, superando ampliamente en su justificación y explicación el escueto análisis formal que había inicialmente realizado el comité de evaluación.

Esta conclusión deja sin fundamento el primer cargo de censura expuesto por las sociedades demandantes, como quiera que no se conformó un nuevo comité de evaluación de las ofertas, sino que los funcionarios evaluadores fueron acompañados en esta oportunidad por sus respectivos superiores, lo cual no resulta contrario a derecho.

Abordando ahora el estudio de las observaciones que en dicha acta final se dejaron sentadas en torno a la propuesta presentada por la UNION TEMPORAL ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, se tiene que las mismas están referidas a la no acreditación, en debida forma, de su *experiencia en consecución financiera*, como quiera que los documentos allegados con la oferta no resultaron idóneos ni suficientes para demostrar el cumplimiento de tal requisito.

De acuerdo con los parámetros jurisprudenciales que antes se han señalado, debían las sociedades demandantes refutar en juicio tales observaciones, pero ni en los hechos de la demanda ni en el concepto de violación a la norma se hace afirmación alguna tendiente a desvirtuar lo dicho por el comité de evaluación de las ofertas.

Cargo segundo. Violación de los artículos 846, 857 y 860 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, con el artículo 1.3.2.1 de la Resolución CRA 151 de 2001.

La parte accionante considera que, independientemente del carácter administrativo de los actos de declaratoria de desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001, los mismos desconocieron las disposiciones contenidas en los artículos 846, 857 y 860 del Código de Comercio.

Expresa que teniendo en cuenta que la mejor oferta era la presentada por la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA, era obligación de la sociedad convocante adjudicar y celebrar el contrato con ésta, teniendo para estos efectos en cuenta, que la oferta así presentada tiene el carácter de irrevocable, en los términos de los artículos 846 y 857 del C. de Co., ya que la Unión Temporal había cumplido con las condiciones de la oferta.

Al respecto, considera la Sala que los procedimientos administrativos de licitación están llamados, en principio, a culminar normalmente con el acto de adjudicación al participante que hizo la mejor propuesta; no obstante, de manera excepcional, pueden presentarse hechos que impiden la selección objetiva del contratista. No todos los hechos impeditivos conducen a la declaratoria de desierta de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las causales que al efecto dispuso el legislador.

Si bien es cierto que, las normas del Código de Comercio consideradas por el actor como vulneradas, hacen referencia a la irrevocabilidad de la propuesta, debe tenerse en cuenta que en materia de contratos estatales el Consejo de Estado ya ha dejado en claro que, de acuerdo con los mismos lineamientos de derecho, el oferente carece de derecho para retractarse de la oferta, como se lee en el siguiente aparte:

CONTRATO ESTATAL - Responsabilidad del oferente y del asegurador derivada de la irrevocabilidad de la oferta / GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA - Objeto. Constitución mediante seguros de cumplimiento. Irrevocabilidad de la oferta / SEGURO DE CUMPLIMIENTO - Naturaleza.

Idoneidad para garantizar la seguridad de la oferta / OFERTA - Irrevocabilidad. Efectos de la retractación del oferente / CONTRATACION ESTATAL - Efectos de la retractación de la oferta por el oferente

La ley 80 de 1993 en sus artículos 25.19 y 30.12, consagran la obligación para los proponentes de garantizar la seriedad de las ofertas que le formulan a la administración. Esta obligación puede garantizarla, bien mediante pólizas de compañías de seguros, bien mediante depósitos o garantías bancarios; en el primero de los casos, el oferente debe obtener un seguro de cumplimiento. En el caso que se consulta, la obligación garantizada es la de mantener la seriedad de la oferta, obligación generalmente conocida como de irrevocabilidad de la oferta, tema que de manera sucinta se explica enseguida. Deja de lado la Sala el asunto de las teorías sobre la revocabilidad de la oferta y sus efectos, pues considera que actualmente, en derecho privado colombiano y a partir de la expedición del código de comercio en 1971, la jurisprudencia y la doctrina generalmente aceptan que el oferente carece del derecho a retractarse, por lo que si lo hace, ésta manifestación de voluntad constituye un hecho ilícito, del cual se deriva la necesidad de indemnizar los perjuicios que cause. Es claro también que el incumplimiento de la oferta por su revocación por el oferente, no tiene los mismos efectos que el incumplimiento del contrato, pues, entre otras cosas, en ésta última el acreedor cumplido (o que se ha allanado a cumplir) generalmente tiene la opción de demandar la ejecución del contrato o la indemnización de perjuicios, mientras que en el caso de la oferta, el artículo 846 del código de comercio, limita el derecho del destinatario de la oferta a la indemnización de perjuicios causados con su retiro. El destinatario carece de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la oferta, de acuerdo con la norma citada.⁷

Ahora bien, como quiera que la parte demandante no expresó ni sustentó en debida forma la infracción de las normas del Código de Comercio que cita como infringidas y el concepto de la violación, aducido respecto de la Convocatoria Pública 001 de 2001, sólo contiene la manifestación de que el

⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Bogotá, D. C., marzo treinta (30) de dos mil seis (2006) Radicación número 11001-03-06-000-2006-00022-00(1723)

demandante fue el proponente con mejor calificación, que tenía a su favor una situación jurídica individual concreta y que se le debió adjudicar el contrato, sin que tales afirmaciones hayan encontrado demostración en el proceso de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales que antes se han citado, debe entonces concluir esta Sala que la legalidad de los actos administrativos acusados no resulta enervada por la censura aquí estudiada.

Así las cosas, el cargo de violación de los artículos 846, 857 y 860 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, con el artículo 1.3.2.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, no tendrá prosperidad.

Cargo tercero. Violación del inciso 2 del artículo 84 del C.C.A., en concordancia con el artículo 37 de la Ley 142 de 1994; y de los artículos 24 numeral 8; 25 numeral 3; 26 numerales 1, 2 y 4; y 28 de la Ley 80 de 1993.

Afirma la parte actora, que los actos acusados fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder, pues apoyaron la decisión de declarar desierta la Convocatoria Pública No. 001 de 2001 de la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Arjona y Turbaco S.A. E.S.P., en un supuesto incumplimiento por parte de la Unión Temporal ESTUDIOS TECNICOS PRESEA de los requisitos establecidos en los Términos de Referencia.

Sostiene que incurre en falsa motivación, toda vez que la actora cumplió a cabalidad con los requisitos objetivos de la selección del operador establecidos en los mismos Términos de Referencia.

En cuanto a la desviación de poder manifiesta que, lejos de atender el interés general y los fines de la contratación en los servicios públicos domiciliarios, la declaratoria de desierta de la convocatoria pública, con la indebida intervención de los Alcaldes Municipales de Arjona y Turbaco, tuvo el propósito de descalificar sin justificación alguna a un contratista idóneo para la ejecución del contrato, favoreciendo los intereses de otras empresas que desean prestar el mismo servicio, pero que fueron correctamente descalificadas durante el proceso de selección, o no se presentaron al mismo, que ahora quedan

habilitadas para contratar el servicio, ya sea directamente o mediante otro proceso.

1. De la desviación de poder

Como se ha dicho, este cargo está cimentado en la intervención de los Alcaldes Municipales de Arjona y Turbaco en el proceso de evaluación de las ofertas recibidas en el marco de la Convocatoria Pública No. 0001 de 2002 adelantada por la SOCIEDAD DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ARJONA Y TURBACO S.A. E.S.P., intervención que las sociedades demandantes califican como indebida pues dio lugar a la conformación de un nuevo comité evaluación de las propuestas, apartándose del interés general y los fines de la contratación en materia de servicios públicos domiciliarios al tener como propósito i) la descalificación injustificada del contratista idóneo para la ejecución del contrato y, ii) el favorecimiento de intereses de terceros que fueron descalificados o que no se presentaron al proceso de selección.

A pesar de lo que así se afirmó en la demanda, lo cierto es que no obra en el proceso prueba alguna, ni siquiera de carácter indiciario, que le permita a la Sala inferir la desviación de poder aducida por las sociedades demandantes y, por el contrario, se advierte que el concepto a través del cual se sugiere a la Empresa convocante proceder a declarar desierta la Convocatoria No. 001 de 2002, resulta ampliamente justificada en el incumplimiento de los oferentes de los requisitos contenidos en el pliego de condiciones de la convocatoria.

2. De la falsa motivación

Este cargo se soporta también en la intervención de los Alcaldes Municipales de Arjona y Turbaco en la Convocatoria Pública, que las sociedades demandantes califican como indebida; pero, como ya antes se dijo al resolver el primero de los cargos de censura, lo que la Sala encuentra es que los citados Alcaldes acompañaron a los funcionarios evaluadores, por ellos designados, lo cual no resulta contrario a derecho, ni violenta el principio de selección objetiva del contratista; razón por la cual este cargo no encontrará despacho favorable.

En segundo lugar, la parte actora sustentó el cargo de falsa motivación del acto acusado, afirmando que la Unión Temporal cumplió a cabalidad con los

requisitos objetivos de la selección del operador establecidos en los mismos Términos de Referencia, mas no explicó en qué se fundamenta la falsa motivación, es decir, no señala cuáles fueron los motivos -que según la actora- apreció la administración de manera errada para declarar desierto el proceso de selección de contratista.

Los procesos de selección de contratistas del Estado están concebidos para que de ordinario culminen en el acto de adjudicación al proponente que hizo la oferta más favorable, decisión que debe estar debidamente razonada y motivada (arts. 24 N° 7 y 30 N° 11 Ley 80 de 1993). Sin embargo, pueden sobrevenir circunstancias excepcionales que trunquen o hagan imposible la selección objetiva del contratista y que generan el fracaso del proceso de contratación.

En tanto situación excepcional, la Administración no queda habilitada por vía general para declarar desierto cuando las razones que invoca están por fuera de la ley y por lo mismo "*cuando alguna de las causales de declaratoria de desierto no está configurada, la Administración debe proceder a la adjudicación del contrato*"⁸. Igualmente, **no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación**, pues debe tratarse de defectos que incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata.

Considera el H. Consejo de Estado, que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos formales, nimios e inútiles.⁹

Siguiendo el hilo conductor y ante la ausencia de información suministrada por la actora en el concepto de violación y en la demanda en general, no es posible afirmar que la decisión que adoptó la Administración de no elegir ninguna de las

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia de 14 de abril de 2010. exp. 16432. CP Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia de 14 de octubre de 2011. exp. 16432. CP Ruth Stella Correa Palacio

propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, se determinó por motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva; pues el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública exige que en los pliegos de condiciones se definan en forma precisa y clara las reglas que permitan la selección del contratista, que eviten condiciones que puedan frustrar la escogencia del mismo y precipiten la declaratoria desierta del proceso de selección ante situaciones excepcionales (numeral 5 letra b del artículo 24 Ley 80 de 1993), sin embargo, en el *sub judice* la actora no define que parte del término de referencia fue vulnerado por la sociedad demandada, a efectos de verificar si el proceso de selección fue subjetiva y que lo que buscaba era favorecer los intereses de otras empresas.

Así las cosas, al no estar demostrada la falsa motivación y la desviación de poder de los actos acusados, este cargo tampoco prospera.

En atención a todo lo anterior, y no habiéndose demostrado la vulneración de las normas superiores invocadas, la presunción de legalidad de los actos acusados no logra ser desvirtuada, y deberán ser desestimadas las pretensiones de la demanda.

COSTAS

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, acorde con los parámetros contemplados en el artículo 171 del C.C.A., reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: HACER entrega a la demandante del saldo de gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere, previas las constancias de rigor en los libros y sistemas contables.

TERCERO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHIVAR** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

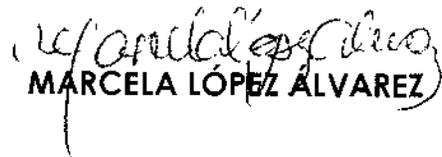
LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

AUSENTE CON FERMISO

dlibt


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



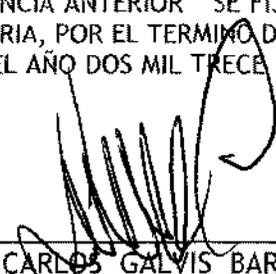
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1226
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MARIA DE LOS SANTOS GALVIS RIVERA
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO D E LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2011-00169-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

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

Cartagena,
VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Octubre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 263 /2013

2ª Instancia

Tema: Reajuste Asignación de Retiro - IPC

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-002-2011-00169-01
Demandante: MARIA DE LOS SANTOS GALVIS RIVERA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha catorce (14) de enero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

En atención a los artículos 115 de la Ley 1305 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde, por tratarse de un asunto que ya ha sido decantado por este Tribunal y por encontrarse en litigio los derechos de la tercera edad.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora MARIA DE LOS SANTOS GALVIS RIVERA instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad del Oficio Cremil No. 71115 de fecha 16 de septiembre de 2010, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reconocimiento y pago del incremento correspondiente en aplicación del Índice de Precios al Consumidor, sufridos para los años en que éste fue mayor hasta la presente.

2.- Que como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar el incremento correspondiente al año 1998 al año 2008, equivalente a la variación porcentual que sufrió el IPC.

3.- Que en la misma sentencia se ordene aplicar los reajustes anuales correspondientes a los años desde 1998 hasta el año 2007 tomando como salario base de liquidación el IPC década uno de esos años y completar la diferencia que resulte favorable a la actora respecto de las sumas pagadas dentro de dicho periodo y las que se produzcan hasta el futuro hasta la fecha en que se efectúe el pago.

4.- Que se condene a la demandada a pagar los perjuicios morales y materiales causados a la accionante debidamente indexado.

HECHOS

Los hechos más relevantes de la demanda se resumen a continuación:

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la señora MARIA DE LOS SANTOS GALVIS RIVERA es beneficiaria de la asignación de retiro que le fue reconocida al señor PEDRO GARCIA BERRIO a cargo de CREMIL obligación que consta en

las resoluciones en virtud de las cuales se le reconoció la asignación de retiro que en estos momentos disfruta.

Afirma que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, no aplicó incremento alguno en la asignación de retiro, razón por la cual presentó petición la que fue resuelta mediante Oficio Cremil No. 71115 de fecha 16 de septiembre de 2010.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora invoca como violadas las siguientes disposiciones: los Artículos 13, 53 y ss de la Constitución Nacional, la Ley 100 de 1993, Ley 446 de 1998, Artículo 142.

Como concepto de violación de las normas acusadas, aduce que desde el año 1996 se viene presentando una situación desfavorable para los beneficiarios de las asignaciones de retiro pagaderas a cargo de la CREMIL y de la Policía Nacional, ya que sus incrementos anuales se encuentran atados al incremento que se les aplica al personal activo y desde 1996, los incrementos aplicados al personal fueron inferiores a los cambios que sufrió el IPC, los incrementos realizados a los retirados de las Fuerzas Públicas desde el año 1998 al 2007 fueron siempre inferiores al índice de esos años, violándose de esa manera el derecho que le asiste a los ciudadanos que prestaron sus servicios a la patria, y por ende la violación de los derechos fundamentales que contempla la Carta Magna en los artículos 13, 53 y ss, y hace más evidente dicha violación con la expedición del acto acusado, ya que para el año 2008, no se le efectuó incremento alguno a dichas asignaciones de retiro por lo tanto el mencionado acto administrativo vulnera de manera flagrante todos los principios legales y constitucionales a los cuales se ha hecho referencia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a cada una de las pretensiones solicitadas por la parte accionante.

Sustentó su defensa en que el criterio de la entidad para la negativa a la solicitud, tiene su fundamento en que los miembros de la Fuerza Pública obedecen a un régimen especial; en el que se contempla que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado; por lo tanto el Gobierno Nacional anualmente mediante decreto ejecutivo fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad reajustando con ello las asignaciones de retiro; ajustándose esa actuación al ordenamiento jurídico.

Afirma que, como bien es sabido, la Fuerza Pública tiene un régimen especial que establece como se reajustan las asignaciones de retiro y los decretos anuales que se han expedido y aplicando para reajustar las asignaciones, todo lo cual está ajustado a la Ley 4 de 1992 y al régimen especial de la Fuerza Pública, que es el único aplicable.

Manifiesta que, el principio de oscilación de las asignaciones de retiro, consagrado en el artículo 169 del Decreto ley 1211 de 1990, únicamente es aplicable a los miembros de la fuerza pública y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y preservar el derecho a la igualdad entre militares activos y en retiro; su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el gobierno nacional.

Agrega que, no está por demás precisar que no todos los años desde la expedición de la ley 238 de 1998, fueron más favorables que los incrementos efectuados por el Gobierno Nacional en cumplimiento del principio de oscilación que rige para la fuerza pública, por consiguiente, si es aplicado el I.P.C., para todo el personal militar retirado, no solamente los años que presuntamente le son favorables, sino desde la vigencia de la referida norma, la entidad debe incoar las acciones judiciales para exigir el reintegro de los valores pagados.

Propuso las excepciones de:

- Falta de unidad jurídica en los actos demandados por legalidad y vigencia de los decretos de oscilación expedidos por el Gobierno Nacional.
- Prohibición de aplicación parcial de Régimen General de Pensiones al Régimen General de las Fuerzas Militares.
- Prescripción del derecho.
- Inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajuste de asignación de retiro conforme al IPC desde el año 2005.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha catorce (14) de enero de dos mil trece (2013), y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO. *Declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, salvo la excepción de prescripción, frente a la cual este Despacho se pronuncia posteriormente.*

SEGUNDO: *Declarar la nulidad parcial del acto administrativo Cremil No. 71115 del 16 de septiembre de 2010, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se negó la petición formulada por la actora en escrito presentado el 2 de septiembre de 2010, en el entendido de que se refiere a las anualidades comprendidas entre 1998 y 2004, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.*

TERCERO: *Como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, que efectúe la reliquidación de la pensión de beneficiaria de que es titular la actora de los años 1999 y 2002, conforme a lo dispuesto en el (sic) 14 de la Ley 100 de 1993.*

CUARTO: *Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que tomando como base la reliquidación ordenada en esta providencia, reajuste la base pensional del actor.*

(...)

SEXTO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, frente a las asignaciones causadas con anterioridad al 2 de septiembre de 2006, por tanto, sólo habrá lugar al pago de las diferencias resultantes con ocasión de lo dispuesto en los numerales anteriores, respecto de las asignaciones causadas a partir de esa fecha.

SÉPTIMO: Negar las pretensiones de reajuste con fundamento en el índice de precios al consumidor desde el año 2005, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: Negar las pretensiones de pago de perjuicios morales y materiales, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
{...}"

Estimó la Juez *a quo*, que la actora solicita el reajuste de la asignación de retiro hasta el año 2008, de conformidad con lo previsto en el Decreto 4433, reglamentario de la Ley 923 de 2004, que reimplantó el sistema de oscilación para efectos del reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro, dicho reajuste es aplicable solo hasta el año 2004.

Atirma que de la comparación realizada entre el reajuste de oscilación y el reajuste de IPC, se evidencia que durante los años 1999 y 2002, el incremento que resulta de la aplicación del IPC fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, existiendo una diferencia desventajosa para la actora, entre la pensión de beneficiaria y la reajustada con base en el IPC.

Señala que se declarará la nulidad parcial del acto acusado 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 reimplantó el principio de oscilación.

Finalmente considera que la reclamación encaminada al reconocimiento del reajuste acorde con el IPC fue formulada el 2 de septiembre de 2010, por lo tanto las diferencias causadas con anterioridad al 2 de septiembre de 2006 se

encuentran prescritas, y solo habrá lugar al pago de las diferencias resultantes respecto de las asignaciones causadas a partir de esa fecha.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primera instancia, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. interpuso recurso de apelación el apoderado de la **parte demandante** contra la sentencia del catorce (14) de enero de dos mil trece (2013), manifestando su inconformidad bajo los siguientes argumentos:

Afirma que, el reajuste pensional debe hacerse conforme al IPC solo para los periodos 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, es decir, se debe realizar la actualización de la mesada pensional con fundamento en el IPC para dichos años y fijar el monto sobre el cual se empezará a utilizar el principio de oscilación, ya que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual por IPC certificada por el DANE.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 16 de julio de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 147); y, con providencia adiada 12 de agosto de 2013 (fl. 150), se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto.

En esta oportunidad procesal las partes en litigio guardaron silencio y el Ministerio Público desistió de emitir concepto de fondo.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal

de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia adiada catorce (14) de enero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Piloto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

Por otra parte, el artículo 357 del C.P.C. señala: "*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso*". Lo anterior indica que, al conocer el asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto, la competencia del *Ad quem* se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, siendo los fundamentos del recurso de alzada los que fijan el ámbito de competencia del superior y, por otra parte, consagra el denominado principio de la *no reformatio in pejus* según el cual no le es dable al *Ad quem* agravar la situación del apelante único.

CADUCIDAD.

De conformidad con lo previsto en el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A., pueden demandarse en cualquier tiempo los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas.

Como quiera que el presente asunto cobija el estudio de una prestación de tal carácter, no hay lugar a verificar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

PROBLEMA JURÍDICO.

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar, si hay lugar al reconocimiento y pago de la reliquidación de asignación de retiro reclamada, por considerar si en su caso ocurrió o no el fenómeno de la prescripción.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, pues la entidad demandada debe reconocer y pagar las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del Índice de Precios al Consumidor para que luego, tales diferencias sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se trata del Oficio Cremil No. 71115 de fecha 16 de septiembre de 2010, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro por concepto de reconocimiento del índice de precios al consumidor "IPC" a favor de la señora MARIA DE LOS SANTOS GALVIS RIVERA como beneficiaria del extinto señor S3 @ ARC PEDRO GARCIA BERRIO (fl. 6).

En sede administrativa la señora MARIA DE LOS SANTOS GALVIS RIVERA, presentó derecho de petición de fecha 2 de septiembre de 2010 (fl. 38), solicitando el reajuste de la asignación de retiro a partir de los años 1998 en adelante, con base en el I.P.C., el cual fue decidió mediante el Oficio Cremil No. 71115 de fecha 16 de septiembre de 2010, que negó dicha solicitud, agotando así la vía

gubernativa como lo dispone el art. 63 del C.C.A. y, por tanto, habilitando a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado en la forma como lo establece el art. 135 ib.

DEL CASO EN CONCRETO.

Mediante Acuerdo No. 218 de mayo 20 de 1964 la Junta Directiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció asignación de retiro al señor Suboficial Tercero ® de la Armada Nacional PEDRO GARCIA BERRIO, a partir del 31 de diciembre de 1963. (fl. 34-35).

Posteriormente mediante Resolución No. 03563 del 31 de abril de 1964, la Secretaria General del Ministerio de Guerra aprobó en todas sus partes el Acuerdo No. 218 de mayo 20 de 1964 (fl. 36-37)).

Finalmente mediante Resolución No. 0298 de febrero 9 de 2010, el Subdirector Financiero de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la sustitución de la asignación de retiro a la señora MARIA DE LOS SANTOS GALVIS RIVERA como beneficiaria del extinto PEDRO GARCIA BERRIO a partir del 13 de noviembre de 2002. (fl. 105-107).

Ahora bien, respecto al reajuste de la asignación de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es procedente aplicar la Ley 100 de 1993 (I.P.C.) y no el sistema de oscilación consagrado en las normas especiales cuando aquélla comporte un resultado más favorable en cada uno de los años en que se compruebe tal favorabilidad.

Sobre el tema es necesario dejar claro, en primera medida, que esta Sala para dirimir el asunto que nos ocupa acoge integralmente los conceptos expuestos por la H. Corte Constitucional en cuanto se refiere al análisis de la normas que regulan la fijación de la asignación de retiro y de la pensión de invalidez a que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, su compatibilidad e incompatibilidad con otras remuneraciones provenientes del tesoro público y

con otras pensiones, de manera que se puede concluir que tienen similitud a pesar que guardan sus propias características.

Así las cosas, es preciso aceptar como lo ha mencionado la jurisprudencia, que el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es de carácter especial hasta el punto que contempló la asignación de retiro en reemplazo de las pensiones de jubilación y de vejez precisamente para que pudieran incrementarse como los sueldos de los miembros activos, según la regulación que venía rigiendo, creando una garantía de la cual no han disfrutado los demás servidores públicos, sobre la base de atender las condiciones de la función sometida a los continuos riesgos de su cumplimiento; sin embargo, esta circunstancia no la puede convertir en una prestación diferente en su esencia a la pensión, bien de jubilación, o bien de vejez.

Sobre este mismo tema el H. Consejo de Estado¹ expresó:

**"LAS ASIGNACIONES DE RETIRO SE ASIMILAN A LAS PENSIONES DE VEJEZ Y DE INVALIDEZ
Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares.**

Estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 20 del artículo 36 del decreto 4433 de 2004."

En este orden de ideas y desde el punto de vista prestacional se puede decir, que la asignación de retiro señalada en las normas legales para los miembros de la Fuerza Pública, tiene la misma naturaleza jurídica que la pensión, es decir, cubre el riesgo de la seguridad social al proteger a un servidor que cesa en su labor auxiliado con un pago económico y, por lo mismo, esa naturaleza jurídica es similar a las demás pensiones prevista para todos los servidores públicos y privados. En consecuencia, las normas que regulen aspectos sobre esta prerrogativa y que de alguna manera, se hagan extensivas a pensionados

¹ Rad: 250002325000200607954-01 de fecha 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Paez

sometidos a regímenes especiales, deben aplicarse también a los miembros retirados de las Fuerzas Militares y de la Policía que, gocen de pensión de invalidez o de asignación de retiro.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que en el presente asunto, el servidor retirado de la Fuerza Pública, tiene derecho a que la entidad demandada revise los incrementos de su asignación de retiro y verifique cuál es el mayor porcentaje de cada año para su reajuste, a partir de 1996, si del aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza Militares y de Policía, fijado en la escala salarial porcentual, o del Índice de Precios al Consumidor - IPC, que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de manera que, en cada año se aplique el porcentaje de mayor valor en orden a realizar el incremento, teniendo en cuenta que sólo se debe utilizar uno de estos porcentajes, el más favorable, no los dos de manera concomitante el mismo año, toda vez que, no son acumulables porque se generarían dos aumentos no ordenados por la ley para el mismo periodo fiscal o anualidad.

Ahora bien, al aplicarse un reajuste en la asignación de retiro con base en el IPC, ello necesariamente modifica la base de liquidación de dicha asignación desde el momento en que se efectúa el reajuste hacia el futuro, dado el carácter de vitalicia de la asignación de retiro.

De la Excepción de Prescripción.

Con relación a la prescripción de las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares, en un pronunciamiento del máximo órgano de la Jurisdicción, se precisó:

"PRESCRIPCIÓN CUATRIENAL –ASIGNACION DE RETIRO – Su reliquidación debía solicitarse dentro del término de los 4 MESADAS PENSIONALES –RELIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO –

Como un modo de extinción de derechos particulares contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 la prescripción cuatrienal, es decir, que ellos prescriben en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles. Para que dicha figura opere, es indispensable que concurren todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad, frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en

lograr su cumplimiento. En casos como el presente, obran tales presupuestos, pues la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia. A partir de ese momento, el demandante contaba con el término de cuatro (4) años para deprecar el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro con el factor prima de actualización y sucedió que la solicitud se entabló por fuera de este lapso. En efecto, para resolver el sub-júdice, necesario es acudir al término prescriptivo que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, norma que contempla la prescripción especial de las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, como son las que perciban los miembros de la Fuerza Pública. Conforme a lo anterior, haciendo uso de la analogía es dable acudir a la regla prescriptiva que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que la postura de la parte actora implicaría admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley 4ª de 1992 serían imprescriptibles, aserto que no es de recibo dado que solamente los derechos laborales de tracto sucesivo de orden vitalicio, salvo excepciones legales, quedan amparados por esta prerrogativa. Respecto de esta clase de derechos, prescriben las mesadas no reclamadas en los términos preclusivos establecidos para el efecto, pero el derecho en sí no se extingue y se hace exigible en cualquier momento."²

De igual manera mediante sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P. Alfonso Vargas Rincón, radicado (1638-08); reiterado en sentencia de 27 de enero de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren:

"La figura de la prescripción cuatrienal es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, la evidencia de la exigibilidad y una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

En ese orden se tiene que la petición en vía gubernativa se formuló por el actor 20 de febrero de 2006, en consecuencia los derechos causados con anterioridad al 20 de febrero de 2002 se encuentran prescritos de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Como ya se expuso, la prescripción que en esta providencia se decreta es en relación con los derechos correspondientes a los años anteriores al 20 de febrero de 2002, por haberse presentado la petición el 20 de febrero de 2006, no obstante, debe precisar la Sala que en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC, en los años 1997, 1999 y 2001 en lugar del principio de oscilación que se le aplicó, la entidad debe efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes conforme al cuadro que aparece a folios 15 y 16.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores."

² Rad No 76001-23-31-000-2003-03373-01(6537-05) de fecha 24 de agosto de 2006. C P Alejandro Ordóñez Maldonado (E)

Y en pronunciamiento reciente³, se expresó:

"REAJUSTE DE LA ASIGNACION DE RETIRO – Prescripción cuatrienal

El actor reclama en la demanda el reajuste de su asignación de retiro, que ha venido percibiendo, por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. Para el inicio de dichas anualidades la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual estableció un período de 4 años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho. A partir del 31 de diciembre de 2004, mediante el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 el Gobierno Nacional modificó el término prescriptivo de 4 años, disminuyéndolo a un período de 3 años, de la siguiente forma: "Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles" [...]. Para la Sala es claro que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia. Nótese que de la lectura de la norma transcrita, el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004."

Así las cosas, la entidad demandada deberá reajustar con base en el I.P.C., desde cuando se adquirió el derecho, y en los años que sean más favorables, no aplicando un sólo régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable al trabajador, tal y como lo expresa la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"ASIGNACION DE RETIRO – Reajuste de acuerdo con el índice de precios al consumidor debe ser utilizado para la liquidación de las mesadas futuras sin limitación ninguna.

Dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado. En consecuencia, se modificará el numeral 4º de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. sentencia de 15 de noviembre de 2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. radicado (0907-2011)

al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso.”⁴

En el presente caso la sentencia de primera instancia será confirmada, pues la entidad demanda tiene el deber de reajustar la asignación de retiro con base en el IPC desde cuando se adquirió el derecho y en los años en que sean más favorables, no aplicando un sólo el régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable a la demandante.

De acuerdo a lo anterior, se procederá a hacer el estudio comparativo⁵ sobre el reajuste de la asignación que percibe la actora, aplicando el régimen de oscilación y el I.P.C., en aras de determinar cuál de los criterios le es más favorable.

Reajuste de la asignación de retiro aplicando el régimen de oscilación.

AÑO	INCREMENTO GOBIERNO	IPC	DIFERENCIA
1997	22.88%	21,63%	1,25%
1998	17.92%	17,68%	0,24%
1999	14.91%	16,70%	-1,79%
2001	9.00%	8,75%	0,25%
2002	6.00%	7,65%	-1,65%
2003	7.00%	6,99%	0,01%
2004	6.49%	6,49%	0%

- ✓ Para los años 1999 y 2002 le resulta más beneficioso la asignación del IPC.
- ✓ Las diferencias que se generaron con anterioridad al 2 de septiembre del 2006 se encuentran prescritas (artículo 174 del Decreto 1211 de 1990), teniendo en cuenta la fecha en que se efectuó la reclamación para la reliquidación que lo fue el día 2 de septiembre de 2010; pero se

⁴Radicación número 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09) de fecha 27 de enero de 2011, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gomez Aranguren

⁵ Según certificado aportado por la parte demandada obrante a folios 87 y 88 del expediente

ordenará el pago de las mismas desde el 2 de septiembre de 2006 en adelante.

- ✓ No serán pagados los reajustes con anterioridad 2 de septiembre de 2006; sin embargo, afectan la base de liquidación.

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

FALLA

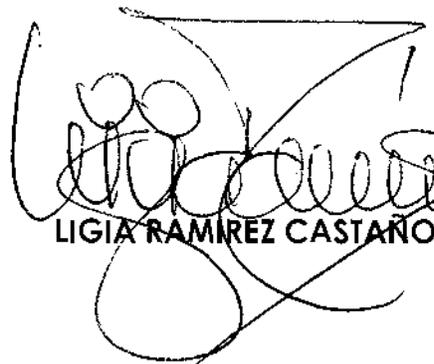
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha catorce (14) de enero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Piloto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDA: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

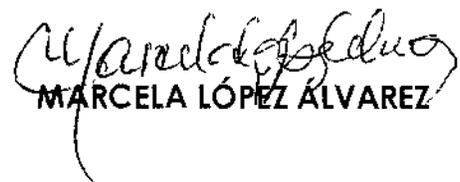
LOS MAGISTRADOS



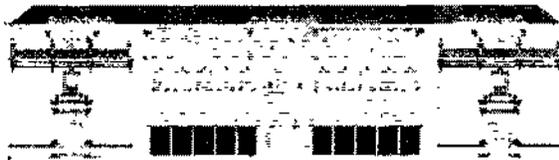
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

DLBT **AUSENTE CON PERMISO**



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



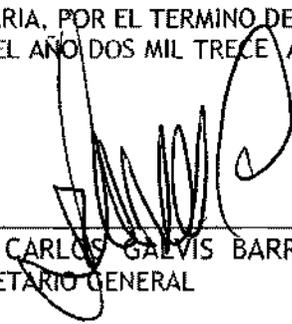
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1227
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2012-00389-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

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

SALA DE DECISIÓN No 002

1º Instancia

№ 254

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO.

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 13-001-23-31-001-2012-00389-00.
Demandante: INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA.
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Tema: Indebida notificación

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se acceda a las siguientes pretensiones

1. "Que Se declare la **NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO** contenido en la **RESOLUCIÓN No. 76902 DE FECHA 21 DE AGOSTO DE 2008**, proferida por la Secretaría de Hacienda Distrital de Cartagena, "Por medio de la cual se

determina una obligación a cargo de un predio con referencia catastral No. 01.05-0405-0012-000, ubicado en la siguiente dirección C14 30 247, de propiedad de **INVERSIONES –VARGAS. PUCHE. LTDA.**

2. Que, como consecuencia de la NULIDAD solicitada, SE RESTABLEZCA, EN SU DERECHO, a la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA, representada legamente, por la Doctora PRISCA MARINA VARGAS PUCHE, se ordene el levantamiento de las medidas cautelares que pesan sobre los bienes de mi Poderdante, como consecuencia del proceso de cobro coactivo que se adelanta con fundamento en la Resolución Demandada.

3. Que, como consecuencia de la NULIDAD solicitada, SE RESTABLEZCA, EN SU DERECHO, a la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA, representada legamente, por la Doctora PRISCA MARINA VARGAS PUCHE, se ordene el archivo definitivo del Expediente No. 131306 que, por Cobro Coactivo, que se adelanta contra mi mandante.

HECHOS RELEVANTES

1. "Mi mandante es propietaria de un lote de terreno, distinguido con la Referencia Catastral No. 01-05-0405-0012-000.
2. La Secretaria de Hacienda Distrital de Cartagena, el día **21 de agosto de 2008, expidió la Resolución No. 76902**, mediante la cual, se determinó la suma de \$603.808.508, a cargo de mí Representada, como impuesto predial correspondiente a las siguientes vigencias fiscales: (...)
3. La Secretaría de Hacienda, según figura en el Expediente No. 131306, de dicha Entidad, ordenó notificar este acto, "por medio de la cual se determina una obligación a cargo del predio con referencia catastral No. 01-05-0405-0012-000, ubicado en la siguiente dirección C14 30 247, de INVERSIONES – VARGAS – PUCHE- LTDA.", mediante la guía No. 932896224640115 de la Firma SERVIENTREGA, la cual se encuentra adherida al mismo acto por notificar y, en ella es claro que el mismo fue devuelto. Por lo tanto, es claro que mi mandante **no recibió notificación alguna.**
4. Mi representada, la Sociedad **INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA., identificada con el NIT: 890.404.085 – 1, NO FUE, NI HA SIDO NOTIFICADA** del acto administrativo que sirve de Título Ejecutivo, Contra la Firma **INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA.,** dentro del expediente No. 131306, es decir, la Resolución, No. 76902 DE FECHA 21 DE AGOSTO DE 2008, proferida por la secretaria de Hacienda de Cartagena, "Por medio de la cual se determina una obligación a cargo del predio con referencia catastral No. 01-05-0405-0012-000, ubicado en la siguiente dirección C 14 30247, de propiedad de **INVERSIONES-VARGAS-PUCHE-LTDA.**".(...)

7. Por lo tanto, al no haber sido notificada del TÍTULO contenido en la Resolución No. **76902 de FECHA 21 DE AGOSTO DE 2008**, mi Representada, la Sociedad **INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA.**, identificada con el NIT: **890.404.085 – 1**, no pudo hacer uso del recurso de Reconsideración, al cual tenía derecho, para ejercer el derecho constitucional a la defensa.
(...)

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 29, 228 y 338.
- Código Contencioso Administrativo artículo 2.
- Estatuto Tributario artículos 720, 730, 828 829 y 563.
- Estatuto Tributario Distrital adoptado a través del Acuerdo 041 de 2006 artículo 420.

Como concepto de la violación, la Sociedad demandante expuso los siguientes cargos de nulidad, a saber:

EL ACTO ACUSADO VIOLA EL DERECHO DE DEFENSA

Manifiesta, que el acto contenido en la Resolución No. 76902 de fecha 21 DE AGOSTO DE 2008, proferido por la Secretaría Distrital de Cartagena de Indias, que impuso sanción pecuniaria a la Sociedad Inversiones Vargas Puche, viola flagrantemente el derecho de defensa, puesto que no le fue notificado en legal forma a esa Sociedad, como quiera que no se tuvo en cuenta lo previsto en el Art. 420¹ del Estatuto Tributario Distrital en materia de procedimientos tributarios, el que a su vez, remite al Art. 563² del Estatuto Tributario Nacional,

ARTÍCULO 420.- COBRO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

DISTRITALES. – Para el cobro de las deudas fiscales por concepto de impuestos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Tesorería de Cartagena¹ i y C., deberá seguirse el procedimiento administrativo de cobro que se establece en el Título VIII del Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, en concordancia con los artículos 849-1 y 849-4 y con excepción de lo señalado en los artículos 824, 825 y 843-2 del mismo estatuto.

² "ARTICULO 563. La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso o mediante formato oficial de cambio de dirección. La antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Cuando el contribuyente responsable, agente retenedor o declarante no hubiere informado una dirección a la Administración de impuestos, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la Administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

referente al trámite que se debe emplear a efectos de notificar el acto administrativo que ocupa a esta Sala.

Con el mismo sustento, formula los cargos de INDEBIDA NOTIFICACIÓN y AGRAVIO INJUSTIFICADO AL CONTRIBUYENTE.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS contestó la demanda manifestando que, el asunto objeto de análisis en este caso, está encaminado en determinar si su apadrinada realizó una indebida notificación de la Resolución No. 76902 de fecha 21 de agosto de 2008, en virtud de la cual se puso en conocimiento a la sociedad demandante de la obligación derivada del predio de su propiedad. Expresa, que en el presente caso el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS realizó la notificación de la citada resolución, con observancia de las normas que regulan la forma y el procedimiento para materializarla. En ese sentido, señala que la dirección a la cual fue enviada la notificación a la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE, pertenece al predio de su propiedad, del cual se deriva la obligación que le fue impuesta.

Señala, que en los casos en los cuales las notificaciones sean enviadas a la dirección correcta y suceda que es devuelta, se debe dar aplicación a lo dispuesto por el Art. 568 del Estatuto Tributario Nacional, es decir, efectuar la notificación a través de aviso en diario de circulación nacional o regional, del lugar de la última dirección registra en el RUT.

Finalmente propone la excepción de caducidad de la acción y cualquier otra que se encuentre probada en el curso del proceso conforme lo dispone el Art. 164 de C.P.C.

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Con auto de fecha veintidós (22) de marzo de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.74-76 y en vista de que no existían pruebas que decretar, se prescindió del periodo probatorio y se fijó como fecha el 8 de mayo de 2013, para la

Quando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la Administración le serán notificados por medio de publicación en un diario de amplia circulación."

realización de la audiencia de fijación de hechos y alegaciones finales, en la cual, las partes y el Ministerio Público se pronunciaron de la siguiente manera:

1. Parte demandante (fl. 65-68):

Sostiene la apoderada de la parte demandante, que en el presente caso la entidad demandada no efectuó en legal forma la notificación de la Resolución No. 76902 de 21 de agosto de 2008, a su apadrinada la Sociedad INVERSIONES VARGAS PUCHE LTDA. Así lo considera, puesto que afirma el Distrito de Cartagena de Indias, que en el presente caso envió la respectiva notificación al inmueble de propiedad de su apadrinada, y en vista de que no encontraron a nadie, fue devuelta por la empresa de correos.

En ese sentido, explica que en el presente caso no le era dable al Distrito de Cartagena de que materializará la notificación del acto administrativo acusado, a través de aviso de prensa, toda vez que conforme la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es deber de la administración de comunicar por correo al administrado los actos administrativos que impongan o determinen sanciones, indagando en las guías telefónicas o en la información bancaria o comercial pertinente antes de procederse a efectuar la notificación por aviso en diario de amplia circulación.

2. Parte demandada:

El apoderado del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3. Intervención del Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo en esta oportunidad procesal.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 1º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, como quiera que se somete al control de legalidad de la jurisdicción, acto administrativo expedido por el Distrito de Cartagena de Indias.

Así mismo, es competente esta Corporación, conforme lo dispone el numeral 3º del Art.132 del C.C.A, en concordancia con el art. 134 E³ ibídem, como quiera que la pretensión de la sociedad demandante excede los 300 smmlv.

En ese sentido, señala la norma citada que en los casos donde se controvertan multas o sanciones, la cuantía se determinará por el valor de la misma. De tal suerte, que en este caso la sanción impuesta a la actora asciende a la suma de \$ 603.808.508, excediendo así el límite impuesto por la norma citada.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Expresa el apoderado del Distrito de Cartagena de Indias, que en el presente caso ha operado de pleno derecho la caducidad de la acción, por el solo paso del tiempo, puesto que el acto administrativo sometido a control de legalidad quedó ejecutoriado en el año 2010 y, la presente acción solo se presentó en el año 2012.

La Sala considera pertinente en este caso, abstenerse de resolver este medio exceptivo en este momento, ya que el mismo se encuentra estrechamente relacionado con el tema de fondo en este asunto, como quiera que se

³ **ARTÍCULO 134 E.** Adicionado por el art. 43 Ley 446 de 1998 Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda. Sin embargo, en asuntos de carácter tributario la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. Para los efectos aquí contemplados, se aplicarán las reglas de los numerales 1º y 2º del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. En las acciones de nulidad y restablecimiento no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, a pretexto de renunciar al restablecimiento. Para efectos accorales la cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados, excepto cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, en cuyo caso se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.

controvierte la forma como el Distrito de Cartagena de Indias notificó el acto acusado a la Sociedad demandante, condición *sine quanon*, para establecer la fecha desde la cual se debe contabilizar la caducidad en el *sub lite*.

En ese sentido es necesario realizar el estudio del caso, para que así la Corporación pueda obtener soluciones concretas y definitivas que pongan fin a esta controversia.

PROBLEMA JURÍDICO

Afirma la sociedad demandante que la Resolución No. 76902 de agosto 21 de 2008, por medio de la cual se liquidó una obligación a su cargo por concepto de impuesto predial unificado, no le fue notificada en debida forma como quiera que la respectiva comunicación no le fue remitida a su dirección comercial, sino a la dirección del inmueble gravado, que es un lote no edificado y en el que no funcionan sus oficinas, lo que resulta violatorio del art. 563 del Estatuto Tributario Nacional al que se llega por remisión ordenada en el art. 420 del Estatuto Tributario Distrital.

Conforme con lo anterior el problema jurídico en este caso se contrae a determinar, Si tuvo lugar una indebida notificación de la Resolución N° 76902 de fecha 21 de agosto de 2010, por parte del Distrito de Cartagena de Indias a la Sociedad INVERSIONES PUCHE LTDA., a través de la cual se le impuso la obligación de cancelar la suma de \$ 603.8080.508, por concepto de impuesto predial correspondiente a las vigencias fiscales del 2003 al 2007. del inmueble con referencia catastral N°. 01-05-0405—0012-000, propiedad de la mencionada sociedad.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda, por cuanto la actora solicita la nulidad de la Resolución No. 76902 del 21 de agosto 2008, aduciendo la violación del derecho de defensa y del debido proceso, por la indebida notificación de la citada resolución. La Sala considera, que en este caso el Distrito de Cartagena de Indias sí observó lo dispuesto por el Art. 563 del E.T, respecto al trámite para la notificación de los actos que impongan

sanción, puesto que, al no haber informado la sociedad demandante dirección para tal propósito, era deber de la entidad demanda de utilizar la dirección que repose en su base de datos oficial.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Reclama la Sociedad demandante la declaración de nulidad de la RESOLUCIÓN N°. 76902 DE 21 DE AGOSTO DE 2008, emanada de la SECRETARÍA DE HACIENDA DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS *"Por medio de la cual se impone una obligación a cargo del predio con referencia catastral No. 01-05-0405-0012-00 en la siguiente dirección c 14 30 247, de propiedad de **INVERSIONES-VARGAS-PUCHE-LTDA.**"*.

Conforme con lo previsto en el art. 135 del C.C.A., la demanda que declare la nulidad de un acto particular, debe agotar previamente la vía gubernativa; sin embargo, la misma norma en su inciso final dispone que, cuando las autoridades administrativas no brinden la oportunidad al administrado de interponer procedentes, se entiende agotada la vía gubernativa.

Al respecto debe anotar la Sala, que en este caso se demanda la nulidad del acto acusado por su indebida notificación, lo que le impidió que aquella presentará el recurso de reconsideración que procedía en su momento; por esa razón, en este caso es imposible que el administrado demuestre que agotó la vía gubernativa, puesto que ello hace parte de la controversia central en *sub lite*.

En conclusión, en aras de no vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia, se tendrá por cumplido este requisito

MARCO NORMATIVO

1. IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO

El impuesto predial es un gravamen real que recae sobre los bienes raíces ubicados en la jurisdicción del municipio correspondiente, cuyo hecho generador, de conformidad con los artículos 13 y 14 de la Ley 44 de 1990, está constituido por la propiedad o posesión que se ejerza sobre un bien

inmueble, en cabeza de su propietario o poseedor, quien, a su vez, tiene la obligación, según corresponda, de declarar y pagar el impuesto al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 *ibídem*.

El artículo 4º *ibídem* reguló la tarifa del gravamen, señalando que sería fijada por los respectivos concejos municipales, e indicando que la misma debe oscilar entre el uno por mil y el dieciséis por mil de la base gravable, a excepción de los terrenos urbanizables no urbanizados y los urbanizados no edificados, que pueden estar sujetos a tarifas superiores.

El Concejo Distrital de Cartagena, en ejercicio de las facultades legales otorgadas por la Ley 44 de 1990, expidió el Acuerdo 30 de 31 de diciembre de 2003, cuyo artículo 1º definió el impuesto predial como un gravamen real que recae sobre todos los predios o inmuebles urbanos o rurales ubicados en la jurisdicción territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y se genera por la existencia del predio, el cual debe pagarse sobre el avalúo catastral fijado por las autoridades catastrales.

Los artículos 8, 9 y 10 de ese acuerdo, precisaban quiénes son los sujetos activo y pasivo del gravamen y la responsabilidad entre comuneros, bajo el siguiente tenor:

"ARTICULO.8. SUJETO ACTIVO. El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, es el sujeto activo del Impuesto Predial Unificado que se cause en su Jurisdicción, y en él radican todas las potestades Tributarias."

"ARTICULO 9. SUJETO PASIVO. Es sujeto Pasivo del impuesto predial, las personas naturales, jurídicas, las sucesiones ilíquidas, las personas de derecho público del orden nacional o departamental y en general todas las personas y entidades propietarias o poseedoras de predios ubicados en la Jurisdicción del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias."

El inmueble sobre el cual recae el Impuesto predial será garantía del pago del mismo, independientemente de quien sea el propietario o poseedor del mismo y podrá ser perseguido para satisfacer la obligación tributaria.

*Todos los propietarios o poseedores de predios **están obligados a***

registrar los mismos ante las oficinas de catastro, al igual que sus modificaciones, cambio de uso mejoras, transformaciones, de conformidad con la legislación catastral." (Negillas fuera de texto)

"ARTICULO 10. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Responderán solidariamente por el pago del Impuesto, el propietario y el poseedor del predio. Cuando se trate de predios sometidos al régimen de comunidad serán sujetos pasivos del gravamen los respectivos propietarios, cada cual en proporción a su cuota, acción o derecho en el bien indiviso. En este caso, para facilitar la facturación del impuesto, esta se hará a quien aparezca registrado en la autoridad catastral correspondiente, entendiéndose que no por ello los demás dejan de ser solidarios y responsables frente al impuesto."

Posteriormente, fue proferido el Acuerdo 041 de 21 de diciembre de 2006, que igualmente reguló los sujetos activo y pasivo del impuesto predial en el distrito y la responsabilidad de los comuneros, como pasa a verse:

"ARTÍCULO 63: SUJETO ACTIVO. – Cartagena D. T y C. es el sujeto activo de todos los impuestos que se causen en su jurisdicción, y en él radican las potestades tributarias de administración, gestión, control, fiscalización, investigación, liquidación, discusión, recaudo, devolución, compensación, cobro e imposición de sanciones de los mismos y en general de administración de las rentas que por disposición legal le pertenecen."

"ARTÍCULO 64: SUJETO PASIVO. – Es sujeto pasivo del Impuesto Predial Unificado, la persona natural o jurídica o sociedad de hecho, propietaria o poseedora de predios ubicados en la jurisdicción de Cartagena D.T y C. Concejo Distrital de Cartagena de Indias D. T. y C.
Son solidariamente responsables por el pago del impuesto, el propietario y el poseedor del predio.

Si los predios están sometidos al régimen de comunidad, serán sujetos pasivos del gravamen los respectivos propietarios, cada uno en proporción a su cuota, acción o derecho del bien indiviso.

Si el dominio del predio estuviere desmembrado, como en el caso del usufructo, la carga tributaria será satisfecha por el usufructuario."

2. Determinación y cobro del impuesto predial.

A partir de la vigencia de la Ley 383 de 1997, los municipios y distritos deben aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario en el trámite de cobro coactivo de los impuestos administrados por ellos. Así se dispuso en el artículo 66 de esa normalidad, que reza: "*Los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional*".

La apertura de un proceso ejecutivo de cobro coactivo en materia tributaria implica necesariamente la preexistencia de un título ejecutivo debidamente ejecutoriado, donde conste a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, una obligación expresa, clara y exigible, esto es, un deber de prestación que aparezca de manera nítida en el cuerpo del título, cuyos elementos, además, se encuentren determinados en él, sin lugar a confusión alguna en cuanto a los sujetos, o al objeto mismo de la obligación y, claro está, cuyo cumplimiento pueda ser reclamado bien porque la obligación es pura y simple, ora porque el plazo expiró o la condición a la cual estaba sometida se verificó.

El artículo 828 del Decreto Ley 624 de 1989 "*Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*", establece que prestan mérito ejecutivo, entre otros, los actos administrativos debidamente ejecutoriados en los cuales se fijan sumas líquidas de dinero a favor del Fisco y las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas, los cuales se consideran ejecutoriados cuando vencido el término para interponer los recursos, no se hayan interpuesto o no se presenten en debida forma y puntualiza, además, que las cuestiones que debieron ser objeto de

discusión en sede administrativa no podrán debatirse en el procedimiento administrativo de cobro.

Ese estatuto contempla en sus artículos 563, 564 y 565 las reglas para la determinación de la dirección de notificación de las actuaciones tributarias y la forma de surtirla, con el siguiente tenor literal vigente para la época de los hechos:

"ARTÍCULO 563. La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso, o mediante formato oficial de cambio de dirección; la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiere informado una dirección a la Administración de impuestos, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la Administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la Administración le serán notificados por medio de publicación en un diario de amplia circulación.

Artículo 564. DIRECCIÓN PROCESAL. Si durante el proceso de determinación y discusión del tributo, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, señala expresamente una dirección para que se le notifiquen los actos correspondientes, la Administración deberá hacerlo a dicha dirección.

Artículo 565. FORMAS DE NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS. <Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 1111 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería

especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.

PARÁGRAFO 1o. La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario - RUT. En estos eventos también procederá la notificación electrónica."

..."

Así mismo, el Acuerdo Distrital 041 de 2006 reguló lo atinente a la dirección de notificación de las actuaciones tributarias en el artículo 338, que reproduce en forma idéntica el texto del artículo 329 del Acuerdo 030 de 2001, así:

Artículo 338.- Dirección para notificaciones. – La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria Distrital, deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto, o mediante formato oficial de cambio de dirección presentado ante la oficina competente.

Cuando se presente cambio de dirección, la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección.

Cuando no exista declaración del respectivo impuesto o formato oficial de cambio de dirección, o cuando el contribuyente no estuviere obligado a declarar, o cuando el acto a notificar no se refiera a un impuesto determinado, la notificación se efectuará a la dirección que establezca la administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Parágrafo Primero. – En caso de actos administrativos que se refieran a varios impuestos, la dirección para notificaciones será

cualquiera de las direcciones informadas en la última declaración de cualquiera de los impuestos objeto del acto.

Parágrafo Segundo. – La dirección informada en formato oficial de cambio de dirección presentada ante la oficina competente con posterioridad a las declaraciones tributarias, reemplazará la dirección informada en dichas declaraciones, y se tomará para efectos de notificaciones de los actos referidos a cualquiera de los impuestos Distritales.

Si se presentare declaración con posterioridad al diligenciamiento del formato de cambio de dirección, la dirección informada en la declaración será la legalmente válida, únicamente para efectos de la notificación de los actos relacionados con el impuesto respectivo.

Lo dispuesto en este parágrafo se entiende sin perjuicio de lo consagrado en el inciso segundo del presente artículo.

Parágrafo Tercero. – En el caso del impuesto predial unificado, la dirección para notificación será la que aparezca en los archivos magnéticos de la Tesorería General Distrital o la que establezca la oficina de catastro del Distrito."

En ese sentido resulta claro, que en el presente caso la administración tiene la obligación de notificar los actos que impongan sanciones a la dirección que repose en su base de datos en aras de darle a conocer la decisión adoptada por la administración.

Caso concreto

La parte actora soporta su censura hacia el acto acusado, afirmando que la entidad territorial demandada no la enteró del mismo en la forma como lo ordena el Art. 563 del Estatuto Tributario Nacional, al cual llega en virtud del principio de remisión previsto en el Estatuto Tributario Distrital en su Art. 420 (Acuerdo No. 041 de 2006); y, concretamente, uno de los cargos de violación a la norma que se exponen en la demanda, predica que el Acto Administrativo No. 76902 es violatorio del Estatuto Tributario Distrital, de manera que la violar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, causa un agravio injustificado a la sociedad demandante.

A su turno, la entidad demandada en su contestación de la demanda afirmó, que aquella surtió la notificación de la Resolución 76902 del 21 de agosto de 2008, a través de la forma que para tal efecto consagra el

Acuerdo 041 de 2006, que a su vez se remite al Art. 563 del E.T. Señala que en primera medida se le envió la respectiva notificación por correo, a la **dirección del inmueble que generó la obligación**, puesto que era la única dirección con la que disponía ese ente territorial. En ese sentido expresa, que al haber sido devuelta la notificación por correo, lo procedente era surtir la notificación a través de diario de amplia circulación; tal y como en este caso lo efectuó su poderdante.

Ahora bien, la Sala se adentra en la Solución del problema jurídico planteado para afirmar, que la notificación de la Resolución 76902 del 21 de agosto de 2008 que liquidó el impuesto predial del inmueble de propiedad de la sociedad actora, se efectuó en debida forma, pues según consta en la respectiva constancia de envío por correo certificado (fl.22), dicha resolución fue enviada a la dirección del inmueble gravado, conforme a la consulta realizada por el Distrito de Cartagena de Indias, en la información oficial que reposa en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi; siguiendo los lineamientos trazados en los artículos 563 a 565 del Estatuto Tributario, 329 del Acuerdo 030 de 2001 y 338 del Acuerdo 041 de 2006, que disponen que la notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse personalmente o por correo remitido a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto, salvo que el sujeto pasivo del gravamen informe una nueva dirección, o en su defecto emplear la información que se obtenga en guías de teléfono, información comercial, bancaria u oficial.

En torno de la dirección de notificación de los actos administrativos de liquidación de tributos, el Consejo de Estado⁴ precisó lo siguiente:

NOTIFICACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS – Los enunciados en el artículo 565 del Estatuto Tributario deben notificarse por correo o personalmente / DIRECCION PARA NOTIFICACIONES – Es la informada por el contribuyente en la última declaración de renta o mediante formato oficial de cambio de dirección

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá D.C. veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010) Radicación numero. 25000-23-27-000-2005-01690-01(16824) Actor: Urbanizacion Las Sierras del Chico Ltda Demandado: Direccion Distrital de Impuestos

El Estatuto Tributario en el artículo 565 vigente para la época, prescribía que tratándose de "los requerimientos, autos que ordenen inspecciones tributarias, emplazamientos, citaciones, traslados de cargos, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas", debían notificarse por correo o personalmente. Respecto de la dirección para notificaciones el artículo 7° del Decreto 807 de 1993 preceptúa que "deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente o declarante en la última declaración del respectivo impuesto, o mediante formato oficial de cambio de dirección", y prescribe que "la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección". Además, preceptúa que si no se ha informado una dirección, puede la Administración notificar la actuación a la dirección que establezca mediante verificación directa, o a través de las guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria. Y, que cuando no es posible ubicar la dirección por tales medios, los actos serán notificados por publicación en un diario de amplia circulación.

**NOTIFICACION POR CORREO – Eventos en los que procede /
NOTIFICACION POR AVISO – Procede cuando no ha sido posible efectuar
la notificación por correo**

Respecto a la notificación por correo, preveía el Estatuto Tributario en el artículo 566 que "se practicará mediante envío de una copia del acto correspondiente a la dirección informada por el contribuyente y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo. El mismo estatuto en el artículo 568 preceptuaba que las notificaciones devueltas por el correo por cualquier razón "serán notificadas mediante aviso en un periódico de amplia circulación nacional", y precisaba que "la notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la Administración, en la primera fecha de introducción al correo, pero para el contribuyente, el término para responder o impugnar se contará desde la publicación del aviso o de la corrección de la notificación". En cuanto hace a la notificación por aviso, la Sala, ha reiterado que ésta procede cuando no ha sido posible efectuar la notificación por correo como lo ordena el artículo 566 ib, porque no se ha podido establecer la dirección del contribuyente y se ha tratado de obtener por los medios señalados en el inciso segundo del artículo 563 ib., es decir que el aviso se publica después de realizar todas las diligencias posibles para ubicar al contribuyente."

"Observa la Sala que si no existe prueba dentro del expediente de que el contribuyente hubiese informado una dirección procesal diferente de la indicada en las declaraciones del impuesto predial presentadas, la Administración debió notificar el mandamiento de pago cuestionado a la

dirección informada en la última declaración del impuesto predial o a la indicada como nueva en el formato oficial establecido para el efecto.”⁵

En ese sentido, la sala no comparte los argumentos expuestos por la Sociedad actora, referentes a que la notificación de la resolución acusada no se surtió en debida forma, por cuanto si se tiene en cuenta la normatividad y la sentencia aludida anteriormente, el Distrito de Cartagena tenía la obligación de enviarle la respectiva notificación, a la dirección que hubiera reportado el contribuyente para tal propósito, o en su defecto, a la dirección que informó la Sociedad en su última declaración; y en todo caso, de no lograrse establecer aquella por los medios anteriores, acoger la información de guías de teléfono, información oficial, comercial o bancaria del contribuyente.

Conforme a lo anterior, la sociedad actora no demostró en el curso del proceso que haya informado dirección de notificación, ni tampoco afirma haberla aportado en su última declaración; de esa forma, en el expediente corre a folio 65 del expediente, información obtenida por la entidad demandada, correspondiente a los datos catastrales del inmueble gravado, a efectos de notificar la plurimencionada resolución, donde costa que el predio objeto de esta acción identificado con cédula catastral 01-05-0405-0012-000, se encuentra localizado en la dirección C 14 30 247 de la ciudad de Cartagena y cuya propiedad recae en la Sociedad Inversiones Vargas Puche. Por esa razón el Distrito de Cartagena de Indias remitió la notificación a esa dirección, con observancia de lo dispuesto por el Art. 563 del E.T, toda vez que aquella empleó la información oficial que tenía en su poder para tal propósito.

Por consiguiente, en este caso resulta irrelevante para la Sala, si la notificación enviada a la Dirección anotada fue devuelta por no encontrarse nadie en aquel lugar, puesto que tal como se explicó, la dirección sí correspondió al inmueble gravado, y de esa forma, lo procedente era la notificación de dicha providencia a través de aviso en diario de amplia circulación, tal como se demuestra a folio 66 a71 del expediente; máxime si se considera, que en este caso la entidad demandada, no desvirtuó por ningún medio probatorio, que el inmueble gravado no estaba localizado en el lugar al que se envió la notificación por correo.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente número 14.151, C.P. Ligia López de Díaz

En conclusión, se dirá por esta Corporación que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo acusado, como quiera que no se demostró que la entidad demandada haya inobservado el trámite dispuesto por el Art. 563 de E.T a efectos de notificar la Resolución 76902 del 21 a agosto de 2008.

COSTAS.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en los libros radiadores y el sistema judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELECCER FANDINO GALLO

F48

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



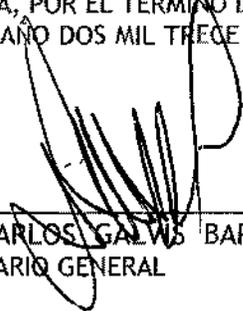
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1228
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION POPULAR
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: JAIRO OQUENDO PAUTT
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2009-00020-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO DE DESCONGESTION 002

AF 010-2009 00020-01
Página 1

- SALA DE DECISIÓN 004 -

Cartagena de Indias, D. T. y C., Octubre once (11) de dos mil trece (2013).

SENTENCIA No. 259 2013

Tema: Obligaciones estatales a fin de garantizar el derecho a la seguridad pública y prevención de desastres técnicamente previsibles – Hecho superado.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción : ACCIÓN POPULAR
Radicación : 13001-33-31-010-2009-00020-01
Demandante : JAIRO OQUENDO PAUTT
Demandado : ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL EPA y Otros.

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSAA 8347 de 29 de julio de 2011, PSAA12 9201 de 1º de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Distrito de Cartagena contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Decimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

LA DEMANDA.

JAIRO OQUENDO PAUTT, presentó demanda de Acción Popular contra el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL con el fin que se declaren las siguientes

PRETENSIONES.

"Proteger los derechos colectivos al goce a un ambiente sano, la seguridad y la salubridad públicas, acceso a una infraestructura de

servicios que garantice la salubridad públicas, derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de las construcciones edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de la comunidad del barrio LAS GAVIOTAS.

Que se ordene al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL EPA para que por sí o por intermedio de la dependencia correspondiente, realice todas las obras necesarias para la solución al problema del retiro y plantación de un nuevo árbol, en el sector aledaño a la Calle 30 C N° 65 – 125 del barrio LAS GAVIOTAS.

Tasar a favor del suscrito el incentivo contemplado en el artículo 39 de la ley 472 de 1998”.

HECHOS.

En el sector de la Calle 30 C N° 65 – 125 del barrio LAS GAVIOTAS frente al establecimiento de comercio denominado TIERRA DE CANTORES se observa un ÁRBOL SECO (MUERTO), el cual se encuentra inclinado hacia la carretera e igualmente se está cayendo a pedazos.

Esta inclinación así como el desprendimiento de las ramas secas como se puede apreciar en las fotos anexas, constituyen un peligro constante para los habitantes y transeúntes del sector, que se ha venido en aumento por las construcciones de TRANSCARIBE, ya que esta calle está siendo usada como vía de descongestión vehicular.

Es preciso anotar que dadas las condiciones de este árbol, se está constituyendo un peligro latente, puesto que de seguir desprendiéndose las ramas o se dé la caída del árbol, generaría un daño grave a cualquier persona o vehículo que transite por el sector.

Reitero que en este momento histórico la calle por donde se está dando este hecho está siendo muy transitada por vehículos particulares y públicos.

Por todo lo anterior es evidente que se debe retirar el árbol en el sector aledaño a la calle 30 C N° 65 – 125 del barrio LAS GAVIOTAS frente al establecimiento de comercio denominado TIERRA DE CANTORES y en lo posible ser reemplazado por uno nuevo, ya que su presencia (árbol) pone en riesgo a los habitantes del sector. Al igual que los vehículos y peatones que habitualmente usan este sector.

DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS O AMENAZADOS.

Afirma la demandante que los derechos o intereses colectivos que están siendo afectados son: el derecho colectivo al goce a un ambiente sano, la seguridad y la salubridad públicas, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad públicas, derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de las construcciones edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de la comunidad.

TRAMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Por medio de auto del 2 de marzo de 2009, se admitió la demanda, ordenándose la notificación personal del Director del Establecimiento Público Ambiental EPA, del Agente del Ministerio Público y del Defensor del Pueblo. Igualmente, se dispuso informar a la comunidad de la existencia de la acción. Con auto de fecha 6 de julio de 2009 se fijó el día 11 de septiembre de 2009, para la celebración de la audiencia especial de pacto de cumplimiento de que trata el Art. 21 de la Ley 472 de 1998, y que llegada la fecha (F. 49), sin la asistencia de la parte accionada, procedió el Despacho en la misma diligencia a disponer la continuidad del trámite de la acción. Mediante auto de 19 de octubre de 2009, se ordenó la vinculación al proceso del DISTRITO DE CARTAGENA. Con providencia de 1º de marzo de 2010 se decretó la apertura del periodo probatorio y se dispuso el correspondiente traslado para alegar de conclusión el día 7 de octubre de 2010. (F. 141).

LA DEFENSA DE LAS ACCIONADAS

EPA CARTAGENA

Mediante apoderado judicial constituido para el efecto, el EPA Cartagena se opuso de manera oportuna a las pretensiones de la demanda, manifestando que dicho ente llega al conocimiento de los hechos expuestos mediante la acción de la referencia, y que por tal motivo no

puede hablarse de una vulneración o amenaza con ocasión de un actuar a su cargo. Manifestó igualmente estar adelantando trámite de visita técnica al lugar de los hechos.

DISTRITO DE CARTAGENA

El ente distrital estructura su escrito de defensa a partir del argumento de no ser el competente para proceder con acciones tendientes a hacer cesar la amenaza descrita, sino el EPA Cartagena.

LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante sentencia de fecha 21 de septiembre de 2012, dispuso:

"PRIMERO: AMPÁRESE los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad pública, derecho a la seguridad pública y prevención de desastres técnicamente previsibles, y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

SEGUNDO: En consecuencia, RECONÓCESE al demandante el valor equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de incentivo, el cual deberá ser pagado por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Nada se dispone respecto a la protección de los derechos colectivos cuyo amparo se concede, toda vez que las medidas para ese efecto se adoptaron estando en curso la actuación procesal..."

Para llegar a la anterior decisión consideró la Juez A - quo, que si bien cesó la violación de los derechos colectivos invocados, esto se debió a la acción popular iniciada, y en tal sentido debe declararse probada la vulneración alegada, sin que resulte necesario ordenar medidas para la protección de los mismos, toda vez que en el trámite de la actuación se ejecutó la tala del árbol, desapareciendo así las circunstancias que venían produciendo la vulneración.

Decidió igualmente reconocer el incentivo al actor popular, argumentando la naturaleza e importancia del derecho e interés colectivo amparado en la sentencia, así como la actuación de la parte en el curso del proceso, sin que deba perderse de vista que el árbol objeto de la acción se encontraba ubicado en un sitio perteneciente a espacio público, cuyos responsables son los entes distritales, citando como respaldo jurisprudencial en torno al incentivo, sentencias proferida por el Consejo de Estado.

EL RECURSO DE APELACIÓN.

El Distrito de Cartagena, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia expedida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena dentro del presente asunto.

Sostiene, que la sentencia debe ser revocada, pues resulta notable, que en el proceso no se allegó prueba que diera cuenta de la vulneración alegada, y que lo único que ha debido concluirse es la configuración de un hecho superado, al haber sido retirado el árbol en cuestión, lo que hace inadmisibles declarar amenaza o vulneración, así como el reconocimiento del incentivo ordenado, atendiéndose además la derogatoria que frente al mismo trajo la Ley 1425 de 2010.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de 18 de marzo de 2013, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada - DISTRITO DE CARTAGENA, y con providencia del 17 de abril de 2013, se corre traslado común a las partes para que aleguen de conclusión.

El señor Agente del Ministerio Público delegado para actuar ante esta Corporación, luego de enunciar y desarrollar la normativa que consideró pertinente, determinó de que en efecto el riesgo que se prueba con la acción popular cesó o bien se atenuó debido a la acción del EPA, quien

ordenó la poda parcial del árbol, pues el tronco y sus raíces quedaron cimentadas en la referida calle del Barrio Las Gaviotas, de manera que la vulneración aparece más que demostrada por el actor, y en esa misma línea debe confirmarse el fallo apelado.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN.

Agotadas las etapas previstas en la Ley 472 de 1998 para el trámite de la acción popular¹, sin que se vislumbre causal de nulidad insanable que invalide lo actuado, la Sala se pronunciará acerca del recurso de alzada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

COMPETENCIA.

Es competente esta Corporación para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia adiada el 21 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el art. 15 y 16 de la Ley 472 de 1998.

Lo pretendido con la acción incoada

La presente acción popular ha sido promovida con el objeto de obtener el amparo de los derechos colectivos al goce a un ambiente sano, la seguridad y la salubridad públicas, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad públicas, derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de las construcciones edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de la comunidad, supuestamente vulnerados por parte del Establecimiento Público Ambiental EPA Cartagena y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

¹ La acción popular incoada, es un mecanismo judicial instituido en el artículo 88 de la Constitución Nacional para la protección de los derechos colectivos, norma desarrollada por la Ley 472 de 1998, en la que se establece (artículo 4°), que dicha acción puede ejercerse 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

Problema jurídico

Conocidas las teorías de las partes en el marco del recurso de alzada, encuentra la Sala que en el presente caso el problema jurídico se contrae a determinar, si aún verificándose la acción que para el actor representaba el cese de la vulneración o la amenaza: - tala del árbol del que se da cuenta en la demanda -, se logró probar la vulneración y/o amenaza alegada por el actor popular, y si por tal razón le asiste responsabilidad al DISTRITO DE CARTAGENA, hasta el punto de tener que pagar un incentivo, ya derogado.

En ese marco, para efectos de facilitar el estudio de la controversia planteada, se detendrá la Sala en hacer una aproximación conceptual acerca de la acción popular, de los derechos colectivos invocados como vulnerados y del incentivo que se ordenó a favor del actor popular.

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

Con el ejercicio de la presente acción el demandante solicitó lo siguiente:

a) *Proteger los derechos colectivos al goce a un ambiente sano, la seguridad y la salubridad públicas, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad públicas, derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de las construcciones edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de la comunidad del barrio LAS GAVIOTAS. b)* Que se ordene al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL EPA para que por sí o por intermedio de la dependencia correspondiente, realice todas las obras necesarias para la solución al problema del retiro y plantación de un nuevo árbol, en el sector aledaño a la Calle 30 C N° 65 – 125 del barrio LAS GAVIOTAS. **c)** *Tasar el incentivo contemplado en el artículo 39 de la ley 472 de 1998".*

En la sentencia impugnada la Juez a - quo amparó los derechos colectivos que con la demanda se indicaron vulnerados y amenazados, reconociendo el incentivo a favor del demandante con cargo al DISTRITO DE CARTAGENA, pero sin disponer nada respecto a la protección de derechos cuyo amparo concedió, por considerar que fueron adoptadas las medidas para tales efectos estando en curso la actuación procesal.

En efecto, a folios 98 a 99 reposa memorial aportado por el mismo actor popular, en el que manifiesta que el hecho que motivó la acción por él iniciada, cesó; pues el árbol ubicado en la acera de la calle 30 C N° 65 – 125 fue cortado, aportando como anexo registro fotográfico fechado 10 de marzo de 2009, donde se puede observar la tala del árbol en cuestión.

Así mismo, el EPA, haciendo claridad en sus facultades de autorización de tala de árboles, más no de ejecutarlas, allega al proceso concepto técnico y Resolución N° 311, por la cual le otorga al señor JAIRO OQUENDO PAUTT, autorización para la ejecución de la tala del árbol seco que motivó la acción de la referencia. (F. 109 a 111). En los considerados de dicha Resolución se lee: ***“Que el árbol se encuentra plantado en espacio público frente al Establecimiento Comercial Tierra de Cantores, ubicado en el Barrio Las Gaviotas...el árbol se encuentra totalmente seco, tallo inclinado... copa asimétrica. El árbol por su altura y por estar completamente seco es un peligro real y latente, dado la alta posibilidad de volcamiento del mismo o de caída de ramas, lo cual puede originar accidentes”***

Resulta claro entonces la tala del árbol ubicado en la acera de la Calle 30 C N° 65 – 125 del barrio LAS GAVIOTAS, y, siendo ésta la situación que motiva la presentación de la acción popular, preciso es aceptar que nos encontramos ante un hecho superado; situación que es reconocida tanto por el actor como por la entidad ambiental demandada.

Así mismo debe precisarse, que de conformidad con lo expuesto de manera técnica por parte del Establecimiento Público Ambiental EPA Cartagena, resulta evidente la omisión, - que hasta antes de procederse

con la acción de tala - amenazó o vulneró los derechos e intereses colectivos alegados con la demanda, de tal suerte, que aún cuando a la fecha ya no existe riesgo o peligro para la comunidad, no quiere decir que no existió, pues el concepto técnico al cual se hace referencia de manera parcial demuestra todo lo contrario.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, mediante fallo de 18 de marzo de 2010, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, estableció:

"No obstante, tal como aparece probado en el expediente, en desarrollo de la actuación procesal cesó la violación de los mencionados derechos colectivos, toda vez que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá celebró nuevo contrato con IDIPRON, para dar inicio a la ejecución y concluyó las obras necesarias para salvaguardar dichos derechos, consistentes éstas en la construcción de los andenes, sardineles y vías públicas y privadas.

En ese orden, al encontrarse probada la vulneración alegada por el actor debió el a quo amparar los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, sin que resultara necesario ordenar medidas para la protección de los mismos, toda vez en el trámite de la actuación se ejecutaron por la empresa de Acueducto y Alcantarillado las obras dirigidas a tal propósito."

Lo anterior, si se aplica al caso concreto, demuestra que le asistió razón a la Juez A-quo en cuanto concluye que las circunstancias que venían produciendo la vulneración de los derechos colectivos desaparecieron en el curso del proceso, y que aunque no se hace necesario ordenar la adopción de medidas para amparar los derechos e intereses colectivos - pues éstas se implementaron en el desarrollo de la actuación procesal -, sí resulta viable amparar los derechos e intereses colectivos conculcados.

No obstante lo anterior considera la Sala – de conformidad con la resolución de autorización de tala que emite el mismo Establecimiento Público Ambiental EPA Cartagena, y de la forma como se materializa tal acto administrativo – todo ello en ejercicio de las facultades legales del mencionado ente, y, en especial, de las conferidas en las Leyes 99 de 1993 y 768 de 2002; Acuerdos Distritales Nos. 029 de 2002, y 003 de 2003; y, las delegadas en la Resolución No. 071 de 2005, del Consejo Directivo –; que

no le asiste responsabilidad al DISTRITO DE CARTAGENA dentro de la causa que fue sometida a estudio, quedando entonces por decidir el asunto concerniente a la procedencia del incentivo de que trata el Art. 39 de la Ley 472 de 1998, el cual fue reconocido por parte del Juzgado de primera instancia.

Para resolver lo anterior acude la Sala a la reciente sentencia de unificación emitida por el máximo órgano de lo contencioso administrativo², en torno a la improcedencia del reconocimiento del incentivo económico que traía la ley 472, aún dentro de los procesos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1425 de 2010, en donde, retomándose el tema de los derechos adquiridos frente a las meras expectativas, así como el espíritu de la mencionada ley 1425, y los considerandos expuestos por la Corte Constitucional para declarar su exequibilidad, decide a manera de conclusión la improcedencia del incentivo aún en causas anteriores a la vigencia de la plurimencionada ley que lo deroga, y aún mas; que tal declaratoria negativa también debe darse, de mediar sentencias que lo reconozcan, sin importar que estas hayan sido proferidas antes del 29 de diciembre de 2010.

Resulta entonces pertinente citar apartes relevantes de la mencionada sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado:

Por consiguiente, el hecho de que a través de las sentencias materia de revisión, proferidas antes de la vigencia de la Ley 1425, se hubiere accedido al incentivo a favor del actor popular, naturalmente en aquellos procesos iniciados antes de la promulgación de dicha ley,

² CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSEJERO PONENTE Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., septiembre tres (03) de dos mil trece (2013) Proceso (AP)170013331001200901566 01 Actor: Javier Elías Arias Idárraga Demandado: Municipio de Chinchiná Referencia: Acción Popular Revisión de sentencia "...**F A L L A: PRIMERO: UNIFICAR** la Jurisprudencia en relación con la **derogatoria del incentivo económico** en el marco de las acciones populares a partir de la promulgación, en diciembre de 2010, de la Ley 1425, así como en torno a la **improcedencia de su reconocimiento**, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión..."

no puede entenderse como una situación consolidante del estímulo económico como un derecho adquirido, por la potísima razón de que el proceso no ha culminado por cuanto todavía se encuentra en curso la petición de revisión que, para el caso concreto, sólo finalizará con la expedición del presente proveído, cuestión que además le permitió a la Sala ocuparse del tema y, aún más, llegar a la determinación de que dentro del proceso de la referencia no podrá, en el evento en el cual resulte estimatoria la decisión respecto de las pretensiones formuladas en la demanda de acción popular –lo cual se estudiará más adelante al abordar el caso concreto–, acceder al incentivo, habida cuenta de la derogatoria de las disposiciones legales que lo preveían.

A lo anterior se adiciona la consideración, no menos significativa, de que si dentro de la respectiva sentencia el juez de primera o segunda instancia hubiere accedido al incentivo y, por esa razón, debiere entenderse que ya nació –o mejor– que ya se habría consolidado tal derecho en cabeza del accionante, no tendría entonces sentido alguno el ejercicio o la procedencia de los medios de impugnación, básicamente el de apelación y mucho menos el mecanismo de revisión frente a la providencia que hubiere reconocido tal prestación económica, porque de ser ello así el juez ad quem estaría atado a la decisión del juez a quo y, por consiguiente, no podría revisarla y menos enmendarla, cuestión que permite concluir, sin ambages, que de manera alguna puede ni debe entenderse que aquellas decisiones judiciales no ejecutoriadas que –como en este caso– se hubieren proferido con anterioridad a la promulgación de la Ley 1425 y que dentro de las mismas se hubiere reconocido el estímulo económico, habrían creado tal derecho a favor del actor popular.

...Así las cosas, si en la actualidad se llegara a optar por el reconocimiento del incentivo en las acciones populares por el hecho de que éstas se hubieren promovido con anterioridad a la expedición de la Ley 1425, para la Sala no existe el menor asomo de duda de que con ello se estaría inobservando el principio de favorabilidad – que rige desde luego en materia sancionatoria³–, por cuanto se estaría imponiendo o aplicando una sanción económica, a cargo de quien debiera pagarla, con base en una disposición que se

³ “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable

“ () ” (Se destaca)

encuentra derogada⁴ y, por consiguiente, su no aplicación resultaría a todas luces mas favorable para el sujeto pasivo de la conducta sancionada mediante el pago del incentivo, razón adicional para concluir de manera categórica acerca de la improcedencia del reconocimiento del incentivo, aún en aquellos procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la tantas veces aludida Ley 1425.

Conclusión.

El acceso al incentivo económico dentro de aquellos procesos iniciados en ejercicio de la acción popular antes de la expedición de la Ley 1425 resulta improcedente, habida cuenta de la inexistencia de los preceptos que, con ocasión de la expedición de dicha ley, preveían el reconocimiento de tal estímulo.

Acorde con lo anterior, se acogen los argumentos emitidos por la Juez de Primera Instancia, únicamente en lo que respecta al amparo de derechos que se demuestra fueron vulnerados, y a no disponer nada respecto de la protección de los mismos, por estarse frente a un hecho superado, sin embargo, procederá la Sala a modificar la decisión en cuanto debió exonerarse de responsabilidad al DISTRITO DE CARTAGENA, así como negar el incentivo solicitado por el actor popular.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de fecha veintiuno (21) de septiembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que quedará así:

⁴ “(...) *‘en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable’* (...).

La manifestación de esta protección constitucional no dista de la que sugiere e inspira el derecho penal, esto es, que una norma posterior más favorable que una anterior debe aplicarse en forma preferente. Este supuesto se presenta cuando una ley establece una sanción por la realización de una conducta, y posteriormente otra ley reduce la pena o incluso la extingue” [Sentencia de 23 de julio de 2010, exp 16 367, M P Dr Enrique Gil Botero]

“PRIMERO: AMPÁRESE los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad pública, derecho a la seguridad pública y prevención de desastres técnicamente previsibles.

SEGUNDO: Nada se dispone respecto a la protección de los derechos colectivos cuyo amparo se concede, toda vez que las medidas para ese efecto se adoptaron, estando en curso la actuación procesal, por tanto, en el presente asunto se han superados los hechos que dieron origen a la presente acción.

TERCERO: Exonerar de responsabilidad en este proceso al DISTRITO DE CARTAGENA.

CUARTO: Negar el incentivo solicitado.

QUINTO. Ordenar se disponga por Secretaría lo siguiente:

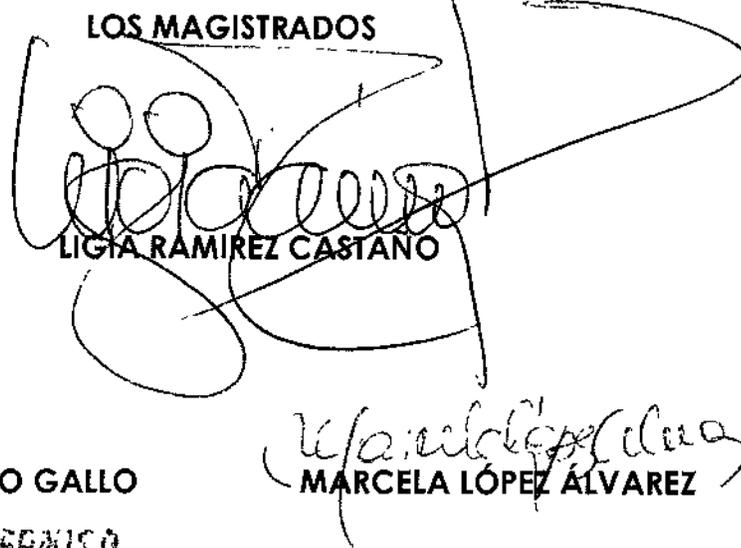
- *Inscribir el presente proveído en el programa Justicia Siglo XXI*
- *Remitir copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo (Art. 80 Ley 472 de 1998) para los efectos y fines pertinentes.*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

Gmh

AUSENTE CON PERMISO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1229
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

MAGISTRADA PONENTE-DRA: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

DEMANDANTE : YIRA KARINA REDONDO GARCIA

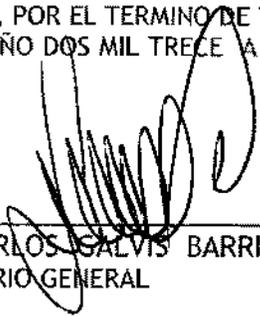
DEMANDADO : NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL

RADICADO J. XXI : 13-001-33-31-006-2009-00264-01

FECHA DE LA PROVIDENCIA: ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Octubre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 267/2013.

2º instancia

Tema: *Declaratoria de insubsistencia – Cargo en provisionalidad*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-006-2009-00264-01
Demandante: YIRA KARINA REDONDO GARCIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias D.T. y C., que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. La Resolución No 081, del 13 de febrero de 2009, por medio del cual se

declara a la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, insubsistente del cargo de Auxiliar de servicios Código N° 6- 1 Grado 05 Secretaria, de la Armada Nacional.

2. El oficio por medio del cual se le comunica a la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, el contenido de la Resolución No 081 de fecha 13 de febrero de 2009, que la declara insubsistente en el cargo de Auxiliar de servicios Código N° 6- 1 Grado 05 Secretaria, notificación que se surtió el día 05 de marzo de 2009.

SEGUNDA: Que ha título de Restablecimiento del Derecho se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se condene a la NACION — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL, a reintegrar a la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, al mismo cargo que venía desempeñado o a uno igual o de superior categoría.

2. Que se condene a la NACION — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — ARMADA NACIONAL, a cancelar a la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, los salarios, bonificación por servicio prestado, prima de servicio, prima extraordinaria por productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, Cesantías, y demás prestaciones Sociales, aportes a la seguridad social y demás emolumentos a que tenga derecho, así como los aumentos e incrementos ordenados por la ley, sobre el salario y demás prestaciones, desde la fecha en que fue desvinculada hasta que efectivamente se produzca el reintegro y en adelante teniendo en cuenta el último salario devengado.

3. Que se condene a la NACION — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — ARMADA NACIONAL, a cancelar los conceptos antes señalados como si jamás hubiera existido discontinuidad en la prestación del servicio.

4. Que se indemnice a la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA por concepto de daño moral la suma equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Mediante escrito que subsana la demanda visible a folio 48 del expediente, determinó como único acto demandado, el siguiente:

1. La Resolución No 081, del 13 de febrero de 2009, por medio del cual se declara a la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, insubsistente del cargo de Auxiliar de servicios Código N° 6- 1 Grado 05 Secretaria.

HECHOS RELEVANTES

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la demandante afirma que fue nombrada en provisionalidad en el cargo de D3 5036 SECRETARIA, mediante decreto o resolución Comando Armada NR. 612 del 19 de octubre del 2004 y posesionada en el cargo para el cual fue nombrada, el día 22 del mes de octubre del año 2004, según consta en el acta de posesión N° 069-2004.

Señala que mediante Resolución 081 del 13 de febrero del 2009, expedido por el Comandante de la Armada Nacional, se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Auxiliar de servicios Código 6-1 Grado 05 Secretaria, que venía desempeñando la señora YIRA KARINA REDONDO, sin motivación alguna.

Expresa que la Resolución N° 081 del 13 de febrero del 2009, por el cual se declara la insubsistencia del nombramiento de la demandante, le fue notificada el día 05 de marzo del año 2009, mediante comunicación de retiro suscrito por el capitán de Navío.

Indica que la Resolución N° 081 del 13 de febrero del 2009, por el cual se declara la insubsistencia del nombramiento de la actora, no fue motivado, por lo que no se le permitió a la señora YIRA KARINA REDONDO, ejercer el derecho de defensa, violándose con ello el debido proceso.

Que el último salario promedio devengado por la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, en el cargo desempeñado era la suma de \$985.000 mensuales, mas prestaciones sociales, y aportes a la seguridad social.

Que la desvinculación de la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, del cargo que desempeñó en el Ministerio de Defensa - Armada Nacional, desde el día 22 del mes de octubre del año 2004, hasta su desvinculación mediante el acto aquí demandado, le causó un gran perjuicio moral en su integridad emocional y psíquica, toda vez que no se le dijo el motivo por el cual había sido desvinculada, y menos se le dio la oportunidad de defenderse.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Nacional: Arts. 29, 36, 84, 135
- Código Contencioso Administrativo: Arts. 206.
- Código de Procedimiento Civil: Art. 323.

Como argumentos en el concepto de violación de la norma, manifiesta que la norma supralegal consagra el derecho fundamental de todas las personas en Colombia, del DEBIDO PROCESO, tanto en las actuaciones judiciales como administrativas, derecho que puede verse afectado, cuando no se le permite a una persona ejercer en debida forma el derecho de defensa, como sucedió con la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, quien había sido vinculada en provisionalidad en el cargo de carrera de D3 5036 Secretaria, mediante decreto o resolución del Comando Armada N°R. 612 del 19 de octubre de 2004, posesionada el día 22 del mes de octubre del año de 2004, y del cual fue desvinculada mediante el acto administrativo Resolución 0081 de del 13 de febrero de 2009, sin manifestarle los motivos o razones por las cuales fue desvinculada del cargo que venía desempeñando, privándole de la posibilidad de conocerlas y defenderse en debida forma.

Señala que en este caso, la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA, se desempeñaba en PROVISIONALIDAD, un cargo de carrera, por consiguiente, no le asistía fuero de estabilidad alguno, pero si existía la necesidad de que el nominador motivara su desvinculación expresamente, o por lo menos, que se consignara su causa en la respectiva resolución de desvinculación, lo cual no se hizo en la Resolución 081 de febrero 13 de 2009, violando con ello el debido proceso, máxime cuando había superado el periodo previsto en la ley para los

cargos ocupados en provisionalidad, la señora YIRA REDONDO, se encontraba en esta situación desde el año 2004, y se mantuvo en él hasta el año 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad pública demandada, contestó de manera oportuna la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones solicitadas por la parte accionante, por cuanto que el acto administrativo demandado fue expedido con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales, del cual no se advierte causal de nulidad alguna como abuso de poder, desviación de poder, falsa motivación, o violación de normas de carácter Constitucional, Legal o Reglamentario; por consiguiente con la decisión contenida en la Resolución No. 081 del 13 de febrero de 2009, no se vulneró el debido proceso, ni el derecho de defensa, ya que la demandante señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA se desempeñaba en un cargo ordinario de la Armada Nacional, EN PROVISIONALIDAD, por lo tanto podía ser declarada insubsistente en cualquier momento, sin que mediara motivación de dicha decisión, por tratarse de una facultad discrecional del nominador.

Manifiesta que las normas que sirvieron de fundamento al Acto Administrativo Demandado, fueron: El artículo 38 numeral 9 literal b) y artículo 44 del Decreto 1792 de 2000.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 17 de febrero de 2012, la Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia negando las pretensiones de la demanda, toda vez que no perteneciendo la actora al sistema de carrera especial previsto para civiles que laboran en la Armada Nacional y habiendo sido vinculada en provisionalidad, no se está en presencia de un acto arbitrario o desconocedor del artículo 29 de la Carta Política, en la medida en que quien lo expide lo hace fundado en facultad derivada del ordenamiento jurídico especial, al que se sujeta el manejo de personal de la Fuerza Pública,

dada la particularidad de las funciones asignadas al sector y del interés general que su ejercicio envuelve.

Considera la Juez a quo, que siguiendo la línea del Consejo de Estado, el buen comportamiento del servidor público es un deber y en casos de retiro discrecional debe mirarse la hoja de vida del actor inmediatamente anterior a la desvinculación, se concluye que en autos, no hay elementos que permitan inferir que la excelencia en el desempeño previo, de quien se retiró, debilitara el ejercicio de la aludida potestad discrecional.

Señala que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto que contiene una decisión de esta naturaleza este obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, carga que en el presente caso no se asumió de manera eficaz, no obrando prueba, siquiera alguna, en el proceso que indique que el retiro del empleo de carrera se produjo en contra del buen servicio.

Manifiesta que la hoja de vida de la actora allegada a autos, no muestra que había razones suficientes para que ella nombrada en provisionalidad, permaneciera en el servicio, en ese sentido, carece de elementos de juicio que conduzcan a concluir que con su retiro, hubo desmejoramiento del servicio o que su insubsistencia resulta incoherente, frente a sus antecedentes laborales. De ahí que deba indicarse que no cumplió la parte actora con su carga de demostrar que los hechos ciertos, objetivos y reales que precedieron su retiro, fueron desconocidos por su nominador y que éste aun conociendo la excelencia de la empleada, optó, entre las alternativas posibles, por desvincularla, sin considerar que su conducta le generaba el derecho a permanecer desempeñándolo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2012, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Sustenta su recurso aduciendo que la Armada Nacional no motiva el acto administrativo y desconoce la nueva jurisprudencia del Consejo de Estado al igual que la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que indica que el acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado.

Señala que la entidad demandada no alegó en el acto acusado, las razones que tenía para retirar del servicio a la actora, ni se le dio la oportunidad para refutar las razones en aquella oportunidad, ni aun dentro de este proceso, como se observa esta alegando en la contestación de la demanda, nuevos hechos que no fueron expuestos en el acto acusado, ya que en aquella oportunidad solo se dijo que se declaraba insubsistente para mejor servicio, excusa que a la luz de la jurisprudencia y la Ley 909 de 2004, no es suficiente, para retirar a un empleado público que este en provisionalidad ocupado un cargo de carrera.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 29 de mayo de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 17 de febrero 2012 (fl. 200); y, con providencia adiada en octubre 5 de 2012, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 202).

En esta oportunidad la parte demandante guardó silencio, la entidad demandada presentó su escrito de alegato dentro del término legal y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandada:

La apoderada de la parte demandada sostiene que la señora YIRA KARINA REDONDO, se desempeñaba en un cargo ordinario de la Armada Nacional, en provisionalidad, es decir no se encontraba en carrera, por lo tanto debía ser declarada insubsistente en cualquier momento, sin que mediara motivación de dicha decisión, por tratarse de una facultad discrecional del nominador, tal como lo preceptúan las disposiciones que sirvieron de fundamento legal al

acto demandado, artículo 38 numeral 9 literal b) y artículo 44 del Decreto 1792 de 2000.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Agente del ministerio Público Delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo manifestando que, un funcionario de la administración no puede exigirse que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos y procedimientos que la ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso, por cuanto el nombramiento no fue el resultado de un concurso público, sino que por el contrario, la designación se hace por mera discrecionalidad o liberalidad del agente nominador.

Considera que la resolución acusada está enmarcada de legalidad y no trasgrede bajo ningún tipo de vista las normas invocadas por el actor, máxime cuando el Consejo de Estado, ha decantado mediante reiterada jurisprudencia que el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad no es necesario que sea motivado y al no encontrarse motivado no se conculca el canon constitucional del debido proceso.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo

del Circuito de Cartagena de fecha 17 de febrero de 2012, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que la Resolución No. 081 de febrero 13 de 2009 fue notificada personalmente el día 5 de marzo de 2009 (fl. 7) la solicitud de conciliación se radicó el 23 de junio de 2009 habiéndose expedido la respectiva constancia el 9 de septiembre de 2009 (fl. 34) y la demanda fue interpuesta el 14 de septiembre de 2009 (fl. 1), es decir, antes del vencimiento de los cuatro meses que exige la Ley para tal efecto en este tipo de acciones.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico, a resolver consiste en establecer si el retiro de los empleados que ocupan cargos de carrera judicial, en provisionalidad, debe ser motivado o no; determinado lo anterior, se debe establecer si el acto administrativo acusado se encuentra debidamente motivado o no para determinar la legalidad del mismo.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser revocada, por cuanto se considera que el control que se debe ejercer al acto que declara insubsistente un nombramiento de un servidor público en provisionalidad debe ser de carácter constitucional y no legal, pues, eventualmente ante la inexistencia de motivación de tal acto, se vislumbra una infracción a preceptos de rango constitucional, particularmente, al debido proceso, produciendo con ello dificultad al efectivo acceso a la administración de justicia, pues no se podrían controvertir las causas que provocaron su retiro.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata de la Resolución No. 081 de febrero 13 de 2009, proferido por el Comandante de la Armada Nacional, mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA del cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS CODIGO 6-1 GRADO 05 SECRETARIA.

Dicho acto administrativo corre en copia simple y auténtica a folios 26 y 173 del plenario.

Conforme a las previsiones del artículo 135 del C.C.A., la vía gubernativa se encuentra debidamente agotada como quiera que contra esta clase de actos que decretan nombramientos o disponen remociones, por regla general, no procede recurso alguno; razón por la cual se encuentra habilitada la jurisdicción para hacer pronunciamiento acerca de la legalidad del acto administrativo censurado.

Lo probado en el proceso.

En el expediente están demostrados los siguientes supuestos, relevantes frente a los cargos de ilegalidad y las pretensiones de la demanda¹:

1. La señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA fue nombrada en provisionalidad -por haber reunido los requisitos para el empleo, teniendo en cuenta la necesidad del servicio-, en la Categoría de Adjunto Tercero Código 5038, en el cargo de Secretaria mediante Resolución No. 612 de 19 de octubre de 2004, emitida por el Comandante de la Armada Nacional (fl. 140), tomando posesión del cargo y grado D3 5036 Secretaria, según acta No. 069 de fecha 22 de octubre de 2004 (Fl.114).

2. En su hoja de vida laboral, (F. 89 a 173), allegada en copia auténtica por la defensa constan los estudios y experiencia de la actora; las distintas evaluaciones que de su desempeño laboral, fueron hechas por la entidad demandada, y en las que su calificación fue satisfactoria, con

¹ Se ha valorado las probanzas documentales enviadas por el ente demandado y las de otro tipo recaudadas en desarrollo del auto de pruebas

recomendaciones por lo general de compromiso institucional (dichas evaluaciones corresponden a los períodos 2004 a diciembre de 2007).

3. El 13 de febrero de 2009 por Resolución No. 081 el Comandante de la Armada Nacional declara insubsistente el nombramiento hecho a la actora en el cargo de Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 05 Secretaria, perteneciente a la Flotilla de Superficie de la Fuerza Naval del Caribe, de conformidad con lo establecido en el Decreto No, 1792 de 2000, el artículo 38 numeral 9 literal b, y el artículo 44 (F. 42 y repite, 173). Decisión que fue comunicada el 05 de marzo de 2009 (Fl. 41).

Del retiro de los empleados en provisionalidad del Ministerio de Defensa.

Del contenido del acto acusado se puede observar que se fundamenta en los artículos 38, numeral 9 literal b y 44 del Decreto 1792 de 2000², normas que indican:

ARTICULO 38. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de los empleados públicos del Ministerio de Defensa conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas, origina el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma y se produce en los siguientes casos:

1...

9. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en los siguientes eventos:

a) Como consecuencia de calificación no satisfactoria en la Evaluación del Desempeño Laboral anual o extraordinaria para los empleados de carrera o de la evaluación del período de prueba.

b) Derivada de la facultad discrecional del nominador para los empleados de libre nombramiento y remoción.

c) Por informe reservado de inteligencia.

10. Por revocatoria del nombramiento.

11. Por muerte real o presunta del empleado.

*ARTICULO 44. DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DERIVADA DE LA FACULTAD DISCRECIONAL. En cualquier momento, podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario³, **sin motivar la providencia**, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de remover libremente los empleados que no pertenezcan a la carrera.*

² Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial

³ Entendiéndose por nombramiento ordinario aquel que se realiza en un cargo de libre nombramiento y remoción, o de período fijo Decreto 1792 de 2000 **ARTICULO 47 NOMBRAMIENTO ORDINARIO** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Es aquel mediante el cual se proveen los cargos que, de conformidad con el presente Decreto, tienen el carácter de libre nombramiento y remoción o de período fijo

Al respecto, debe tenerse en cuenta que mediante el Decreto No. 1792 de 14 de septiembre de 2000⁴, se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, contenido en el Decreto 1214 de junio 8 de 1990, derogando casi toda su normatividad, con excepción de las relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional⁵.

Con este decreto se hizo el intento de establecer la Carrera Administrativa Especial para dicho personal civil, entendiendo por éste, *el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional* (parágrafo primero del artículo 1ro del decreto 1792 de 2000), sin embargo, por la revisión constitucional que, posterior a su promulgación, la Corte Constitucional hizo mediante sentencia C-757 de 17 de julio de 2001⁶, declaró inexecutable todo lo relacionado con la creación del régimen de carrera administrativa especial, por carecer el Presidente de la República de Colombia, de facultades extraordinarias para ello, toda vez a que la Ley 578 de 2000 con fundamento en el cual la expide, le otorga facultades para modificar el Decreto 1214 de 1990 y no la Ley 443 de 1998, siendo esta última la que regulaba lo relacionado con el régimen de carrera administrativa y la facultad de libre nombramiento y remoción aplicable al personal civil de las Fuerzas militares y de la Policía Nacional.

En efecto, hasta septiembre 22 de 2004, la Ley 443 de 1998, disponía:

"Artículo 3º. *Campo de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores.*

⁴ Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial

⁵ Que a su vez modificó el Decreto 2247 de septiembre 11 de 1984, y este al Decreto 610 de marzo 15 de 1977, y este el Decreto 2339 de diciembre 3 de 1971 por el cual se dicta el Estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional

⁶ Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis

Artículo 5º. De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:
(...)

En las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requeridas en quienes lo ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional.

Artículo 87. Vigencia. (...)

Parágrafo. El personal no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los demás aspectos de administración de personal, distintos a carrera administrativa, continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes para dicho personal al momento de la expedición de la presente ley." -subrayas fuera de texto-

Lo que quiere decir que, en efecto, la Ley 443 de 1998, regía todo lo concerniente a la carrera administrativa del personal no uniformado o civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con excepción, de la administración de dicho personal, el cual es regulado por el Decreto 1792 de 2000.

Ahora, estas normas fueron acogidas por la ley que la derogó, esto es, la ley 909 de 2004, que entró a regir el 23 de septiembre de 2004, en el inciso 5º del literal a) del numeral 1 del artículo 3º y el parágrafo del artículo 557.

Y solo en el año 2006, con la expedición de la Ley 1033⁸ de julio 18, se **establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados** al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la

⁷ Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

1 Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados

()

- Derogado por el art. 14, Ley 1033 de 2006. A los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional

Artículo 55. Régimen de administración de personal. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicioneen, se aplicaran a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3º de la presente ley

Parágrafo. Derogado por el art. 14, Ley 1033 de 2006. El personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los demás aspectos de administración de personal, distintos a carrera administrativa, continuara rigiendose por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de la presente ley

⁸ Por la cual el Congreso de la República establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política. Publicada en el Diario Oficial 46334 de julio 19 de 2006.

Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, así:

Artículo 1º. Establézcase un régimen de Carrera Especial para los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Esta ley, dispone que se expidan normas con fuerza de ley que contengan el sistema especial de carrera del Sector Defensa, para el ingreso, permanencia, ascenso, capacitación, estímulos, evaluación del desempeño y retiro de los empleados públicos civiles no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (art. 2) y que la vinculación de personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se deberá efectuar un estudio de seguridad de carácter reservado, a los aspirantes a ocupar cargos, el cual deberá resultar favorable para acceder a los mismos.⁹

Y respecto de los empleados ya vinculados, se dice que los cargos del Sector Defensa **continuarán siendo ocupados por los funcionarios de carácter provisional y los cargos vacantes podrán proveerse de manera provisional** (art. 5), mientras se expidan los decretos que la reglamentan, los cuales deben velar por (art. 6):

"(...)
e) No se podrá contemplar como causal de retiro del servicio del personal civil la derivada de la facultad discrecional para cargos de carrera"
(...)"

Ahora bien, la anterior ley, se desarrolló mediante el Decreto 91 de enero 17 de 2007, por el cual el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal¹⁰.

⁹ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-211 de 2007, en el entendido que el carácter reservado del estudio de seguridad es oponible a terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igualmente que el referido estudio realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana, así como que en caso de ser desfavorable el informe en el acto administrativo correspondiente -con excepción de los cargos de libre nombramiento y remoción o cuando se trate de proveer en provisionalidad un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito- se dará aplicación al inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁰ Decreto 91 de 2007, Artículo 1o. OBJETO El presente decreto contiene las normas por medio de las cuales se regula el Sistema Especial de carrera del Sector Defensa y establece las características referentes a su régimen de personal.

En él, se define el sector defensa como aquél integrado por el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas.

Y su artículo tercero, dispone que su regulación es aplicable a los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como a los miembros de la Fuerza Pública que desempeñen sus funciones o ejerzan los empleos de que trata el presente decreto.

Según dicha normatividad, la regla general es que los empleos que se ejercen en el Sector defensa, por el personal civil y no uniformado, son de carrera, pertenecientes al sistema especial de carrera administrativa del Sector defensa lo que resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política¹¹. En ese sentido deben proveerse, por el sistema de concurso de méritos, tal como lo dispone el artículo 15 y ss de dicho decreto¹², en el que se vele por la eficiencia y la calidad necesarios para la prestación de un buen servicio.

Ahora, dentro de las causales de retiro del personal civil y no uniformado del nombramiento que se le hiciera, el artículo 57 establece:

ARTÍCULO 57. CAUSALES DE RETIRO. Además de las causales de retiro previstas en la Constitución Política y en las disposiciones legales aplicables al personal civil y no uniformado de las entidades del Sector Defensa, los funcionarios del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, serán

¹¹ ARTÍCULO 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley ()

¹² ARTÍCULO 15 DEL SISTEMA ESPECIAL DE CARRERA DEL SECTOR DEFENSA El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa es un sistema técnico de administración del personal a su servicio, que tiene por objeto alcanzar dentro del marco de seguridad requerido, la eficiencia, la tecnificación, la profesionalización y la excelencia de sus empleados con el fin de cumplir su misión y objetivos, ofreciendo igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma

El ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa se hará considerando el mérito sin que para ello la filiación política, raza, sexo, religión, o razones de otra índole diferentes a la seguridad, puedan incidir de manera alguna

El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa regula la capacitación, los estímulos y la evaluación del desempeño de los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Sector Defensa

ARTÍCULO 16 CONCURSOS La provisión definitiva de los empleos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa se hará por concurso abierto, el cual tendrá por objeto establecer y comprobar la aptitud, idoneidad y condiciones de seguridad de los aspirantes

El concurso abierto se caracteriza por permitir la admisión libre para todas las personas que demuestren poseer los requisitos exigidos para el desempeño del empleo

retirados de la Carrera y por lo tanto del servicio, cuando obtuvieren una evaluación y/o calificación definitiva insatisfactoria.

No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados civiles no uniformados del Sector Defensa amparados con fuero sindical, en los siguientes casos:

- 1. Cuando no superen el período de prueba.*
- 2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.*
- 3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad, sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.*

Es decir, además de incurrir en violación del régimen disciplinario, la única razón válida para retirar el personal civil y no uniformado del Sector Defensa es la calificación insatisfactoria definitiva en el ejercicio y desempeño de su cargo, y en ningún momento, en virtud de la facultad discrecional.

Ahora bien, del anterior recuento normativo, se concluye que en un principio la carrera administrativa del personal civil y no uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, estaba guiado por la derogada Ley 443 de 1998 y luego por la Ley 909 de 2004, es decir, se le aplicaba el sistema de carrera administrativa general¹³.

Sin embargo, solo con la expedición de la ley 1033 de 2006 se creó el sistema específico de carrera administrativa de origen legal, para el personal civil y no uniformado del Sector Defensa, en el cual se manifiesta que los cargos que han sido provistos en provisionalidad, como en el caso de la actora, la cual siendo civil¹⁴ se le hizo el nombramiento de secretaria, en provisionalidad mediante la Resolución No. 612 de 19 de octubre de 2004 emitida por el Comandante de la Armada Nacional (fl. 140), podían continuar en el mismo.

Con la reglamentación de dicho régimen específico de carrera, previsto en el Decreto 091, que entró a regir el 17 de enero de 2007, solo es posible proveer

¹³ La jurisprudencia constitucional ha reconocido tres tipos de carreras la administrativa general, las especiales o específicas de creación legal y las especiales de creación constitucional "() la jurisprudencia ha dejado establecido que bajo el actual esquema constitucional coexisten tres categorías de sistemas de carrera administrativa la carrera general, regulado actualmente por la Ley 909 de 2004, y las carreras de naturaleza especial En relación con los regímenes especiales, ha destacado que éstos tienen origen constitucional, en el sentido de que existe un mandato expreso del constituyente para que ciertas entidades del Estado se organicen en un sistema de carrera distinto al general, y también tienen origen legal, en la medida que es el legislador, ordinario o extraordinario, quien toma la decisión de crearlos a través de leyes o decretos con fuerza de ley (sentencia C-1230/05)

¹⁴ Lo cual se extrae de la hoja de vida presentada y allegada en el expediente administrativo visible a folio 90 a 107

de manera provisional un cargo en carrera, en caso de vacancia temporal o definitiva y mientras se surte el proceso de selección por mérito, hasta por seis meses, con el único requisito de haberse realizado previamente un estudio de seguridad, y siendo posible, removerse en cualquier tiempo.

Sin embargo, el hecho de que se pueda remover del cargo, en cualquier tiempo, a una persona civil, nombrada en provisionalidad en un empleo de carrera, no quiere decir, que su acto de desvinculación no deba ser motivado, tal como lo prevé la Corte Constitucional en Sentencia C-753/08¹⁵ con Ponencia del Magistrado Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, al estudiar los nombramientos en provisionalidad o en encargo de cargos de carrera, para resolver la demanda de inconstitucionalidad del artículo 74 del Decreto 091 de 2007, que dice:

"(...) Por otra parte, cuando la vacante en el cargo público de carrera no es definitiva, sino temporal, el mismo debe ser provisto también en forma transitoria, por la misma razón anotada de la necesidad de continuidad en la prestación de la función pública, por el tiempo que dure la situación administrativa correspondiente de estricta necesidad, mediante encargo o mediante nombramiento provisional, de acuerdo con las mismas normas legales.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso."

Lo anterior significa, que el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera, tiene derecho a que el acto de retiro o desvinculación del empleo, debe hacerse de forma motivada, contando, por ello, con una estabilidad relativa, al no ser, dicho acto propiamente discrecional, en la medida en que el empleado nombrado en provisionalidad, tiene el derecho de conocer las razones de hecho y de derecho por las cuales lo retiran del servicio.

¹⁵ Sentencia C-753/08, Referencia expediente D-7162, Demandante Luz Patricia Trujillo Marín, Magistrado Ponente Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Bogotá, D. C., treinta (30) de Julio de dos mil ocho (2008)

Así, limitándose el acto acusado (fl. 42), a citar únicamente su fundamento legal, sin exponer los motivos de hecho por los cuales dicho retiro está justificado en razones del servicio, tal y como era obligación hacerlo, en guarda de la transparencia, debido proceso, derecho de defensa, entre otros derechos, principios y postulados propios de un Estado Social de Derecho. Razones que obligatoriamente debieron ser consignadas, sobre todo teniendo en cuenta que, de los documentos integrantes de la hoja de vida de la actora, no es viable establecer los motivos de hecho omitidos por el acto demandado, ya que no aparece registrada situación alguna de la que pueda derivarse, de manera certera, desde el modo de ver de esta judicatura, la causa de su retiro¹⁶.

En ese sentido, es evidente que el acto de retiro -declaración de insubsistencia- tal como arriba se ha expuesto, no contiene los motivos de hecho en que se soporta, motivos que no debían ser otros que los encaminados al mejoramiento del servicio, que debieron exponerse aunque fuera mínimamente, tal como lo ha exigido la Corte Constitucional y que al ocultarse, impiden a la actora conocerlos y contradecirlos, tal como lo cuestiona la demanda.

En conclusión, el cargo de violación al Debido Proceso de la actora fundado en la falta de motivación del acto de insubsistencia acusado, encuentra soporte en la normatividad y jurisprudencia citadas, no habiendo la entidad pública demandada demostrado las razones de hecho y de derecho expuestas en su defensa.

En el presente caso, el acto acusado no permite inferir las causas o móviles que valoró la administración para concluir que había razones del servicio que imponían la declaratoria de insubsistencia de la actora, lo que deviene en una clara vulneración de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso alegados por la accionante como violados.

Lo anterior, conduce a que la sentencia de primera instancia sea revocada, para en su lugar declarar próspera la pretensión de nulidad invocada, y al consecuente restablecimiento de su derecho.

¹⁶ Pues el hecho de la posible comisión del delito de hurto calificado y agravado que se le imputa a la actora, primero no fue allegado al conocimiento de dichas autoridades en debida forma para tener certeza de su existencia y segundo, en atención al principio de la presunción de inocencia, aun no había certeza de su comisión por parte de ella

LO QUE SE DECIDIRÁ

Se accederá a la pretensión de nulidad y al restablecimiento del derecho, con el siguiente alcance: se ordenará el reintegro de la actora, sin solución de continuidad, al empleo en el que venía vinculado o a otro equivalente y se condenará a la demandada al pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de pagar a la actora durante el tiempo que estuvo desvinculado y como si no lo hubiere estado.

En cuanto a los perjuicios morales, que se pide decretar, la jurisprudencia vigente no faculta a presumirlos, por lo que al no existir prueba suficiente en el proceso que sustente tal pedido, se denegará¹⁷.

COSTAS.

Atendiendo los criterios establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la demandada en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución N° 081 del 13 de febrero de 2009, proferida por el Comandante de la Armada Nacional, "*Por la cual se declara insubsistente el nombramiento a un Empleado Público de la Armada Nacional*".

¹⁷ En efecto de la declaración hecha en el proceso, visible a folio 80 del expediente, no vislumbra, otra cosa que la afectación que cualquier persona, puede padecer ante la ausencia de un trabajo, aun intempestiva, y lo traumático que en el momento resultaría verse en una situación como la sucedida. Pues como es normal, ante la falta de trabajo, los familiares o amistades más cercanos colaboren mientras que se consigue uno nuevo, el cual no era imposible para la actora obtener toda vez que no se trataba de una persona mayor o que tuviese alguna discapacidad. Además, el trauma que se dice padeció no llegó ni siquiera a buscar ayuda espiritual o profesional de la salud.

TERCERO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la entidad demandada a **reintegrar** a la señora YIRA KARINA REDONDO GARCIA al cargo de Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 05 Secretaria en la Categoría de Adjunto Tercero Código 5038, en condiciones por lo menos iguales a las que ostentaba al momento de su retiro y **cancelar** los sueldos mensuales, prestaciones y demás emolumentos laborales dejados de percibir, desde su desvinculación, hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada. Para todos los efectos legales, debe entenderse que no ha habido solución de continuidad.

CUARTO: Las anteriores condenas económicas serán reajustadas y actualizadas en los términos del Art. 178 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (Vp), se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de sueldos y demás emolumentos, desde la fecha de su causación (fecha de la desvinculación por acto de insubsistencia), por el guarismo que resulte de dividir el índice de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia (índice final) entre el índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió hacerse cada pago (índice inicial), teniendo en cuenta los aumentos legales producidos durante dicho período. Cada emolumento deberá ser liquidado por separado, mes por mes, de conformidad con la fórmula atrás señalada.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones formuladas en la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia..

SÉPTIMO: La presente sentencia, una vez ejecutoriada, se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 173, 176 y 177 del C.C.A. Por Secretaría, envíese los oficios correspondientes.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia **EXPEDIR** por Secretaría la primera copia, con nota de ser primera que presta mérito ejecutivo, y hágase entrega de la misma al demandante o al apoderado debidamente constituido para tal efecto, con las constancias debida.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

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

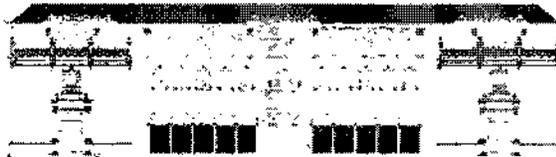
LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELÍEGER FANDIÑO GALLO

dlbt **AUSENTE CON PERMISO**


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1230
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE ARJONA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2009-00211-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) 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,
VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO 002 DE DESCONGESTIÓN

Página 1

SALA DE DECISIÓN N° 004

Cartagena de Indias D. T. y C., Octubre Once (11) de dos mil trece (2013)

Sentencia 257 -/2013

2º instancia.

Tema: Falla de servicio por obligación estatal.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 13-001-33-31-007-2009-00211-01
Demandante: CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE
Demandado: MUNICIPIO DE ARJONA - BOLÍVAR.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Julio 29 de 2011, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA instaurado a través de apoderado judicial por CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE, contra el MUNICIPIO DE ARJONA BOLÍVAR, providencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 86 del C.C.A., el señor CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE, por medio de apoderado judicial, presentó demanda de Reparación Directa contra el MUNICIPIO DE ARJONA (Bol.) para que previo el trámite a que haya lugar, se acceda a las siguientes

PRETENSIONES

“Primera: Que la entidad territorial Alcaldía Municipal de ARJONA (Bolívar), es administrativamente responsable de los perjuicios materiales (Daño Emergente y Lucro cesante) causados al señor CARLOS ADOLFO ESPINOSA FACIOLINCE, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo a la destrucción total del vehículo automotor TOYOTA – LAND CRUISER BLINDADA modelo 1.993, de Placas BCA 956 de propiedad del referido ciudadano.

Segunda: Condenar, en consecuencia, al Municipio de ARJONA (Bolívar), como reparación del daño ocasionado, a pagar al actor, los perjuicios de orden material (Daño Emergente y Lucro Cesante), los cuales se estiman como mínimo en la suma de \$120.000.000.00 (conforme a lo probado dentro del proceso).” (...)

LOS HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:

1. *“La Alcaldía Municipal de Arjona (Bolívar) (sic) celebro el día 25 de junio del 2.007, el convenio interadministrativo N° 1287, con el instituto Nacional de Vías (INVIAS) en el cual el Municipio se comprometió a realizar el MEJORAMIENTO DE LA RED VIAL EXISTENTE EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR EN LA VÍA ARJONA – ROCHA, EN EL MUNICIPIO DE ARJONA, convenio en el cual se (sic)pacto en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Octava que cualquier reclamación judicial o extrajudicial que se llegare a presentar con ocasión de los procesos de selección de los contratistas y de la ejecución de los contratos y de las obras del objeto contratado será RESPONSABILIDAD ÚNICAMENTE DEL MUNICIPIO.*
2. *En desarrollo de dicho convenio interadministrativo y para ejecutar el objeto del mismo el Municipio demandado (sic) celebro el día 29 de octubre del 2.007 con la sociedad CONSTRUCCIONES DEL CARIBE Ltda. (CONDECAR Ltda.) el contrato de obra N°. 0015 de dicho mes y anualidad.*
3. *El día 29 de febrero de 2.008, el vehículo automotor TOYOTA – LAND CRUISER BLINDADO Modelo 1.993 de Placas BCA 956 de propiedad de mi Poderdante CARLOS ADOLFO ESPINOSA FACIOLINCE el cual era conducido por el señor JORGE PEÑA se desplazaba a eso de las 630 PM por la carretera que de Arjona conduce a ROCHA, carretable que se*

encontraba siendo arreglada y sin las mas mínimas señalización de tránsito que indicaran prevención, se (sic) precipito por un hueco de gran tamaño que se encontraba cerca de un (sic) puente y que no fue visto por el conductor del vehículo debido a la falta de luz y señalización que indicara la presencia del mismo cayendo el vehículo junto con su conductor abajo del puente.

4. *Tal precipitación produjo daños al vehículo automotor quedando este último totalmente destruido y por lo tanto mi poderdante no lo ha podido utilizar, teniendo que acudir a contratar taxis para su desplazamiento, toda vez que era su único medio de movilización. (...)*

II. LA DEFENSA

La entidad demanda es el oportunidad procesal para ejercer su derecho de defensa y de contradicción, guardó silencio.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia adiada en julio 29 de 2011, negó las pretensiones de la demanda, por cuanto no se acreditaron la totalidad de los elementos que integran la responsabilidad extracontractual del Estado por falla de servicio.

Consideró el Juez *a - quo*, previo análisis legal y jurisprudencial que consideró pertinente, que el régimen de responsabilidad aplicable a este caso, era el de falla del servicio probada, puesto que, se estaba en presencia de un presunto defectuoso funcionamiento del Municipio de Arjona en cuanto al mantenimiento de la Red vial de dicho municipio, en especial, la vía que del Municipio de Arjona (Bol.) conduce a Rocha, corregimiento de su comprensión.

Posterior a la valoración conjunta de las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, consideró que en este caso no se acreditó la existencia del daño alegado por el actor, por cuanto la tarjeta de propiedad que lo acredita como propietario del automotor destruido, fue aportada en copia simple, lo que le impide su valoración en los términos del Art. 254 del C.PC., aplicado a

esta clase de procesos en virtud del principio de remisión normativa dispuesto por el Art. 267 del C.C.A.

En ese mismo sentido, sostuvo el Juez *a quo*, que el hecho dañoso tampoco se acreditó en el curso del proceso, toda vez, que el informe de tránsito que describe las circunstancias bajo al cuales ocurrió el siniestro, es un documento aportado en copia simple; además de ello, determinó que se trataba de un documento apócrifo, pues no fue signado por funcionario alguno, y finalmente, cuando se requirió a dicha entidad para que allegara dicho documento al proceso, manifestó que en sus archivos no fue encontrado. En ese mismo sentido, sobre el testimonio de la señora LEIDI HERRERA MONTOYA, señaló que resultó contradictorio, entre otras cosas, porque se refirió en su declaración a dos automotores distintos, sin que se precisara en su declaración si se trataba del vehículo objeto de este proceso.

Por otro lado, con referencia a las fotografías allegadas al proceso, el Juez *a quo* le restó valor probatorio, por cuanto no evidenció certeza de la autoría o autenticidad de las mismas, amparándose para tal propósito en Jurisprudencia del H. Consejo Estado.

Finalmente determinó, que de igual forma no se logró acreditar la imputación del daño a la entidad demanda, puesto que los contratos aportados al proceso, no dan cuenta de la zona específica objeto de mantenimiento, circunstancia que no le brindó certeza sobre la responsabilidad o no del Municipio sobre el puente donde acaeció el accidente.

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión fue interpuesto recurso de apelación por el apoderado de la parte demandante, quien repara de la decisión de primera instancia para afirmar, que en el presente caso el Juez *a quo* efectuó una valoración errada de la pruebas así:

Como primera medida sostuvo, que el fallador de primera instancia debió dar valor probatorio a la copia simple de la tarjeta de propiedad del vehículo de placas BCA 956 aportada por el actor al proceso, conforme lo ordena el Art. 11 de la Ley 1395 del 2010 que modificó el Art. 252 del C.P.C, lo que da cuenta de

la existencia del daño en este proceso; contrario a lo expresado por el Juez a quo.

En igual sentido, expresó su inconformidad sobre la valoración efectuada al Informe de Tránsito N°. 13052 del 19 de febrero de 2008, puesto que si bien manifestó el operador judicial que dicho documento fue aportado en copia simple, además de ser tenido como apócrifo, también lo es que, a su apoderado no se le puede trasladar la carga de aportar un documento que debe reposar en la entidad demandada; razón por la cual estima que dicho documento debe ser apreciado en su integridad.

Por otro lado, expresa que no comparte el análisis que realizó el Juez a quo respecto del testimonio de la señora LEIDIS HERRERA MONTOYA, cuando afirma que aquel es contradictorio. Señala el apoderado del actor, que de la lectura del testimonio aludido, se demuestra con meridiana claridad las circunstancias de tiempo modo y lugar en que sucedieron los hechos planteados en la demanda.

Finalmente señala, que en este caso los contratos aportados al proceso, sí dan cuenta de que el Municipio de Arjona acordó el mantenimiento de la vía que de ese Municipio conduce al corregimiento de Rocha.

VII. TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiado el 28 de octubre de 2011 se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y mediante providencia del 17 de febrero de 2012 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo; oportunidad que sólo fue aprovechada por la parte demandada, quien insistió en los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

VIII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La Agencia del Ministerio Público, delegada para este asunto, emitió concepto de fondo en esta oportunidad, manifestado que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, por cuanto los documentos que fueron aportados con el propósito de probar los elementos que integran la responsabilidad

extracontractual del Estado por falla del servicio, se encontraban en copia simple; situación que les restaba mérito probatorio.

Así mismo consideró, que el testimonio rendido por la señora LEIDI HERRERA MONTOYA resulta contradictorio, y su valoración en conjunto con los demás medios de prueba, no brindan certeza de las circunstancias en el descritas.

XI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del veintinueve (29) de julio de 2011, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

Caducidad

La presente acción fue iniciada oportunamente, en razón a que los hechos de los cuales da cuenta la demanda, encontraron ocurrencia el día 29 de febrero del 2008, y la demanda fue presentada el 11 de mayo de 2009, de manera que su presentación se entiende acorde al plazo de caducidad de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 del C.C.A.

Problema jurídico.

De la lectura del fallo de primera instancia, y del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se observa que el problema jurídico se circunscribe a determinar, si efectivamente hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Municipio de Arjona (bol.), por encontrarse acreditados los elementos que integran el régimen de responsabilidad por falla

del servicio, conforme a los documentos en copia simple y demás pruebas allegadas al proceso; o sin por el contrario, el Juez a quo realizó una valoración acorde a los parámetros legales de las pruebas mencionados, que lo determinaron a proferir sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

TESIS DEL DESPACHO

La Sala confirmará la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que, si bien es cierto que actualmente el H. Consejo de Estado ha reconocido valor probatorio a los documentos aportados en copia simple, que para el caso sería darle pleno valor probatorio a la tarjeta de propiedad del vehículo siniestrado, con el cual el actor prueba la propiedad sobre aquel, también lo es, que dicho documento solo da cuenta de la configuración del daño en este caso; sin embargo, respecto de los demás elementos que integran la responsabilidad del Estado por falla del servicio, en especial el hecho dañoso, no se allegó prueba alguna que brindara certeza a la Sala de la existencia de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que acaecieron los hechos en este caso.

Así se considera, puesto que de la valoración realizada al Informe de Tránsito N°. 13052, con el cual el actor pretende probar la existencia del hecho dañoso, se concluye que es un documento del que se desconoce su autoría, procedencia y autenticidad, por cuanto no se encuentra signado por ninguna persona. Así mismo, en el periodo probatorio cuando dicho documento le fue solicitado a la entidad pertinente, aquella manifestó desconocer la existencia de aquel. Igual suerte corren el testimonio rendido por la señora LEIDI HERRERA MONTOYA, y las fotografías allegadas al proceso, los cuales no brindan certeza de la configuración del hecho dañoso.

De tal suerte, ante la ausencia del hecho dañoso en este caso, deviene en la confirmación del fallo apelado, como quiera que no se demostró la falla del servicio alegada por el actor.

CONSIDERACIONES

La responsabilidad extracontractual del Estado

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

En efecto, los estatutos citados disponen:

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

ART. 86 CCA.—Modificado. L.446/98, art. 31. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa..."

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluayan los siguientes elementos¹:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

¹ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación

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

Así las cosas, en el presente caso se analizará desde la teoría de la falla del servicio. Al respecto el Consejo ha señalado lo siguiente:

"(...)

La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.²

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..., " debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera."³

Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión -, han de mirarse en

² Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993 expediente No. 8163

³ Sentencia del 8 de abril de 1998 expediente No. 11837

concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.⁴

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

La jurisprudencia de esta Corporación⁵ ha señalado que, en aquellos supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

4 Sentencia del 3 de febrero de 2000 expediente No. 14 787

5 Sección Tercera marzo 8 de 2007 expediente No. 27 434

(...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente".⁶

Por lo anterior, tenemos que cuando el daño se produjo por un mal funcionamiento de la Administración, como consecuencia de una violación – conducta activa u omisa- del contenido obligatorio, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, el litigio deberá ser decidido con arreglo al título de imputación de falla del servicio probada, en el marco del cual el demandante estará obligado a demostrar (i) el daño, (ii) la falla del servicio y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos. En esta hipótesis, la entidad pública demandada podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligatorio que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada o si acredita la configuración de una causa extraña⁷.

⁶ Consejo Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2008, Exp Rad 15.263 C P Myriam Guerrero Escobar.

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera sentencia de noviembre 8 de 2007, Exp 15971, C P Ramiro Saavedra Becerra.

CASO CONCRETO

A continuación, la Sala analizará cada uno de los elementos que integran las responsabilidades extracontractuales de Estado por falla del servicio probada a saber, DAÑO, HECHO DAÑOSO y NEXO CAUSAL, para así determinar si existió o no la falla del servicio alegada por el señor CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE.

DAÑO

En su oportunidad el Juez de primera instancia consideró que este elemento no se probó en este caso, por cuanto el actor no logró acreditar la propiedad sobre el automotor que resultó destruido como consecuencia de la presunta falla del servicio endilgada al Municipio de Arjona (Bol.).

Así lo consideró, por cuanto la tarjeta de propiedad de dicho automotor fue aportada al expediente en copia simple (fl.8), circunstancia que le resta valor probatorio alguno a dicho documento. En ese sentido, como quiera que no se acreditó en debida forma la propiedad del vehículo afectado, no evidenció la existencia del daño en este caso.

A su turno, en el recurso de alzada el apoderado de la parte actora disintió de lo considerado por el Juez a quo sobre este elemento de la responsabilidad para afirmar, que en este caso sí se probó el daño como elemento integrante de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio.

Señala, que la tarjeta de propiedad del vehículo Toyota Land Cruiser modelo 1993 de placas BCA 956, aportada en copia simple, y en la cual fungía como propietario el señor CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE, debió ser apreciada íntegramente por el Juez de primera instancia, toda vez que, conforme lo dispone el Art. 11 de la Ley 1395 de 2010, los documentos aportados al proceso, emanados de las partes no requerirán de presentación personal y se presumirán auténticos. En tal sentido explica, que en el *sub lite* el actor sí demostró el daño que alega le causó el Municipio de Arjona.

Ahora bien, la Sala considera que el eje central respecto del que gira la prueba o no de este elemento de la responsabilidad, se circunscribe en determinar la postura que ha sostenido el H. Consejo de Estado sobre la valoración de los documentos aportados al proceso en copia simple. En ese sentido, para el momento en que se profirió el fallo objeto del recurso de alzada, primaba la tesis de que los documentos aportados en copia simple solo eran susceptible de valoración en aquellos casos en que fueran documentos que provinieran de las partes, y que no fueron objeto de contradicción en el curso del proceso; tesis que además es compartida por la suscrita ponente.

Sin embargo, actualmente la Corporación de Cierre de la Jurisdicción ha adoptado una postura menos rigurosa en cuanto a la valoración de los documentos aportados al proceso en copia simple, afirmando que aquellos serán susceptibles de plena valoración por parte del operador judicial; tal como se cita en la siguiente sentencia⁸:

"VALORACIÓN COPIAS SIMPLES APORTADAS POR UNA ENTIDAD PÚBLICA-Pleno valor probatorio / PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES-Que han obrado en el expediente. Pleno valor por haberse surtido el principio de contradicción

El aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actuación procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte. Éste es el caso sub iudice. ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES-Regulación normativa / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES-Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., veinticuatro (23) de abril de dos mil trece (2013) Radicación número. 07001-23-31-000-2000-00118-01(26621) Actor: MIGUEL JOAQUIN SANJUAN ESCALANTE Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C. (...) las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-ARTICULO 267

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES-Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010

Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-ARTICULO 252 / LEY 1395 DE 2010-ARTICULO 11

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES-Artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la promulgación de la ley 1437 de 2011-nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo-se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción (...) la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011-C.P.A.C.A.- era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento-público o privado- así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor-las partes o terceros-. (...) con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. (...) las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto

daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011-ARTICULO 215 / LEY 1437 DE 2011-ARTICULO 308 / LEY 1395 DE 2010"

De tal manera que en este caso, conforme a la nueva postura adoptada por el H. Consejo de Estado, resulta dable la valoración de la tarjeta de propiedad aportada por el actor en copia simple, documento con el cual se logra acreditar el derecho de propiedad que el señor CARLOS ESPINOSA FACIOLINCE detenta sobre el vehículo objeto de controversia y, en consecuencia se demuestra la existencia del daño alegado por aquel.

En ese sentido, si bien la suscrita magistrada ponente no comparte la nueva postura adoptada por el H. Consejo de Estado, aquella será acatada a título de precedente judicial de obligatoria observancia. Solo por esa razón, la Sala considera que le asiste la razón al apoderado del actor, en lo que concierne a lo expresado en su recurso de alzada, sobre este elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, como quiera que se subsume en una de las situaciones planteadas en el fallo citado, respecto del cual es viable la valoración de dichos documentos, cuando quiera que aquellos hayan sido aportado al proceso y no hayan sido objeto de contradicción por la contraparte; tal como sucedió en este caso

Ahora bien, estando acreditada la existencia del daño, procede la Sala a realizar el estudio del siguiente elemento, esto es, el hecho dañoso.

HECHO DAÑOSO

Sobre este elemento de la responsabilidad, en su oportunidad el Juez de primera instancia consideró que en el *sub lite* no se logró acreditar, toda vez que, el informe de tránsito N°. 13052 (fl. 9-10), las fotografías (fl. 11-16) y el testimonio de la señora LEIDI HERRERA MONTOYA (fl. 92-93), no dan cuenta de la configuración de ese elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Pues bien, la Sala comparte los argumentos empleados por el Juez de primera instancia, al tener por no acreditado a este elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así se considera, puesto que de la valoración realizada por la Corporación al Informe de Tránsito N°. 13052 (fl.910), se concluye que efectivamente es un documento apócrifo, toda vez que no fue signado por persona alguna. En ese sentido, la Sala carece de la certeza absoluta respecto de la autoría y autenticidad de dicho documento, lo que enerva toda capacidad demostrativa para acreditar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que sucedieron los hechos objeto de esta acción.

La afirmación anterior encuentra pleno respaldo, en el sentido de que dicho documento le fue solicitado al Transido de Arjona, y dicha entidad manifestó desconocer la existencia y procedencia del aaquel, situación está que termina por fulminar totalmente el valor probatorio de dicho documento.

En ese sentido, la Sala no comparte el argumento traído en el recurso de alzada por el apoderado del actor, según el cual, a su apadrinado no se le puede trasladar la obligación de aportar documentos al proceso que estén en poder de la entidad demandada. Así lo estima la Sala, puesto que con base en las reglas de la experiencia, es apenas normal que en los casos en los cuales la Policía de Tránsito y Transporte adelante los procedimientos de su competencia, tales como la imposición de multas o tal como lo es para el caso el levantamiento de croquis, siempre se le brinda la oportunidad a la persona de obtener copia de dicha diligencia o en su defecto la persona a motu propio la solicita a efectos de realizar las reclamaciones del caso; siendo así su responsabilidad la aportar ese documento al proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, en este caso la deficiencia probatoria es de tal envergadura, que resulta irrelevante si el Informe de Transito N°. 13052 fue allegado al proceso en copia simple o en original, por la sencilla razón de que es un documento que genera más dudas que certeza con relación a las situaciones en las descritas, puesto que no fue suscrito por ninguna persona; máxime si se considera, que su existencia fue desconocida por la entidad que presuntamente lo expidió.

Situación diferente sería, si el actor hubiera aportado el documento a lo menos firmado por el funcionario que realizó la diligencia, puesto que en ese caso, sí

habría lugar a darle valor; por más que la entidad hubiera negado su existencia, bajo el entendido que se estaría invirtiendo en ese caso la carga de la prueba.

Ahora bien, con relación a las fotografías allegadas al proceso, con las cuales el actor pretende acreditar el estado en que quedó el vehículo siniestrado, debe afirmar esta Sala, que conforme a la tesis que maneja el H. Consejo de Estado⁹, aquellas carecen de eficacia probatoria, puesto que no se tiene certeza de la persona que las capturó, ni mucho menos de su fecha. En ese sentido, ha considerado la Corporación de Cierre de la Jurisdicción, que para otorgarles pleno valor probatorio a las fotografías, es necesario que aquellas sean ratificadas por testigos en el proceso o en su defecto, que sean cotejadas con otras pruebas.

Sin embargo, en este caso dichas fotografías no fueron ratificadas por la señora LEIDIS HERERA MONTOYA, única declarante en el proceso; y, su cotejo con otros medios probatorios es imposible dada la escases de pruebas allegadas al plenario.

De tal suerte, que la Sala de decisión discrepa de lo planteado por el apoderado del actor en el recurso de apelación, donde afirmó que las fotografías aportadas eran dicientes en cuanto a la prueba de los hechos aducidos; puesto que tal como se explicó, la valoración de las fotografías está sujeta a ciertas condiciones que no fueron observadas en este caso.

Finalmente, con relación a la valoración del testimonio de la señora LEIDIS HERRERA MONTOYA, que realizará el Juez Séptimo Administrativo de Cartagena, debe decir esta Corporación que se adhiere a las consideraciones efectuadas por aquel. Así lo determina la Sala, puesto que si bien es cierto en dicho testimonio se dejan entrever circunstancias de tiempo modo y lugar en que acaeció el accidente, también lo es, que en un aparte del mismo se hace referencia a dos camionetas diferentes, sin que se aclare si se refería al automotor siniestrado u a otro distinto.

En ese sentido, como es bien sabido el operado judicial debe realizar una valoración de las pruebas en conjunto, con base en las reglas de la sana crítica,

⁹ Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 54001-23-31-000-2002-01289-00 CP GERMAN RODRIGUEZ
Sentencia del 18 de marzo de 2010, radicado 2500-23-26-000-1995-099501 CP RUTH ESTELLA CORREA
Sentencia del 18 de marzo de 2009, radicado 13001-23-31-000-1998-01406 01 CP RUTH ESTELLA CORREA

ejercicio mental del que debe surgir de forma diáfana con grado de certeza, la veracidad de los hechos que con aquellas se pretenda acreditar. De esa forma, la Sala al efectuar el referido ejercicio mental, no obtiene convencimiento absoluto de la existencia de las circunstancias de tiempo modo y lugar que se pretendían acreditar con las pruebas arrimadas y en especial con el testimonio de la señora LEIDIS HERRERA MONTOYA.

Así lo estima la Sala, puesto que ante la deficiencia probatoria anteriormente advertida, era necesario que el único testimonio rendido en el proceso fuera lo más claro y preciso posible, situación que no sucedió en el *sub lite*.

Sin perjuicio de lo anterior, y muchos menos querer afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico se aplique el régimen de la tarifa legal, el actor tenía la libertad de hacer comparecer al proceso a todas las personas que considerara tenían conocimiento directo de los hechos aducidos, para que así el operador judicial hiciera uso de la facultad que le confiere el Art. 219 del C.C aplicado a estos procesos en virtud del principio de remisión normativa que consagra el Art. 267 del C.C.A., limitando los testimonios hasta que tuviera certeza de la existencia de los hechos declarados.

En conclusión, la Sala observa en el presente caso, que el demandante incumplió con la carga probatoria que le correspondía conforme lo dispone el Art. 177 del C.P.C, por cuanto era su deber acreditar la ocurrencia de las circunstancias de tiempo modo y lugar en las cuales sucedió el daño que alega le causó el Municipio de Arjona; circunstancias que no fueron demostradas en el proceso, puesto que el escaso material probatorio recabado, no da certeza del mismo. En ese orden de ideas, ante la usencia de este elemento integrante de la responsabilidad extracontractual del Estado, se hace nugatoria la configuración de responsabilidad de la entidad demandada, razón por la cual se hace inocuo el estudio del nexo causal.

Por todo lo anterior esta sala de decisión procederá a confirmar el fallo adiado 29 de Julio de 2011 proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

COSTAS.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en fecha 29 de Julio de 2011, que negó las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

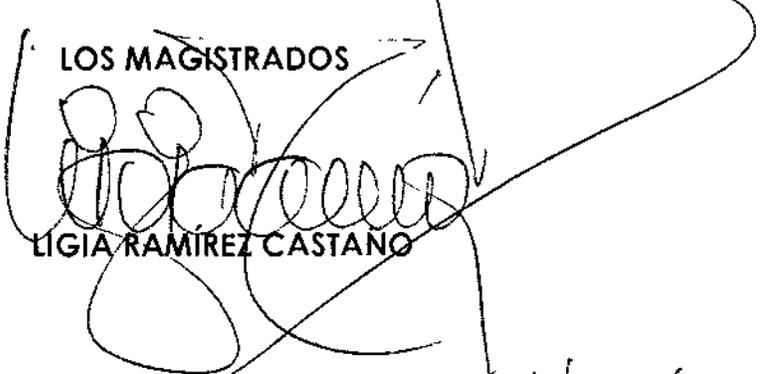
SEGUNDO: SIN costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

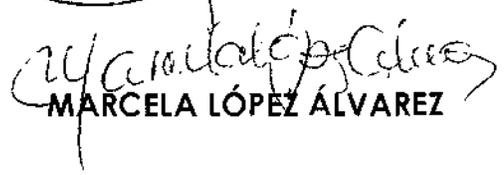
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

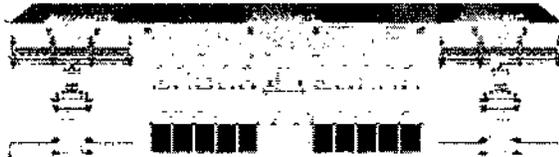

LIGIA RAMIREZ CASTANO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

FAB

AUSENTE CON PERMISO



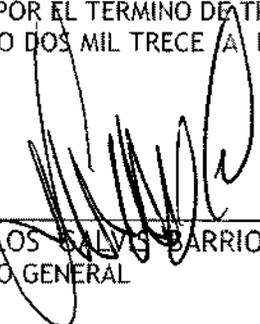
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1231
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: COOPERATIVA D E TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MEDICOS
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2011-00716-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Octubre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 266 /2013.

1ª Instancia

Tema: Sanción por no envío de información

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-23-31-000-2011-00716-00
Demandante: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MEDICOS
Demandado: U.A.E. DIAN

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS, quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACION- DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

Como pretensiones la sociedad demandante solicitó como principales las siguientes:

1.- Que se anule la Resolución Sanción No. 062412010000193 de mayo 21 de 2010 y la Resolución No. 900.114 del 20 de junio de 2011 que resuelve el recurso de reconsideración, expedida por la DIAN.

2.- Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS, no está obligada a pagar dicha sanción determinada en actos administrativos demandados.

HECHOS

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la demandante estimó los siguientes:

Afirma que la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena, en desarrollo del programa de Incumplimiento de Obligación de Informar, expidió pliegos de cargos No. 062382009000408 de 26 de octubre de 2009, en el cual propuso imponer la sanción en cuantía de \$220.971.000, por el hecho sancionable previsto en el artículo 651 del Estatuto Tributario.

Señala que el día 1º de diciembre de 2009, se dio respuesta al pliego con el radicado No. 17028 la División de Gestión de Liquidación de esa misma seccional impuso sanción mediante la Resolución No. 062412010000193 del 21 de mayo de 2010.

Manifiesta que mediante memorial radicado con No. 1667 de julio 26 de 2010, se interpuso recurso de reconsideración contra la anterior resolución y la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección Jurídica, profiere la Resolución No. 900.114 del 20 de junio de 2011 que resuelve el recurso de reconsideración, confirmando el acto recurrido, notificada el día 8 de julio de 2011.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículo 29.
- Estatuto Tributario: artículos 651 y 683.

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante se puede destacar lo siguiente:

Afirma que, se vulnera el Estatuto Tributario, por cuanto los procedimientos consagrados en las normas procesales fiscales hacen parte del derecho al debido proceso, lo que exigen que los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones los deben observar con el fin de garantizar a los administrados la efectividad de los derechos sustanciales.

Sostiene que la DIAN al aplicar el porcentaje de la sanción solo tuvo en cuenta la primera parte del literal a) del artículo 651 del E.T., vulnerando el debido proceso y al tomar la sumatoria de los renglones de la declaración de renta del año 2006 y el porcentaje, no tuvo en cuenta que si no podía establecer la base para tasarla debió aplicar lo señalado en el párrafo segundo del literal a) del artículo 651.

Manifiesta que teniendo en cuenta que al momento de fijar la sanción la DIAN no conocía la base para aplicarla, debió calcularla sobre los ingresos netos del año gravable 2006, es decir aplicar el 0.5% sobre este valor, y no el 5% sobre el total de los renglones de la declaración de renta de acuerdo a la segunda parte del literal a) del artículo 651 del E.T.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida el 16 de marzo de 2012 (Fl. 59).
- ✓ Se notificó en debida forma al Director General de la UAE DIAN, el 30 de abril de 2012 (fl. 64).
- ✓ El proceso se fijó en lista del 25 de julio al 8 de agosto de 2012 (fl. 60 rev).
- ✓ La demanda fue debidamente contestada por parte del apoderado de la UAE DIAN el 8 de agosto de 2012 (FL. 66-75).

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La NACIÓN- DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por intermedio de apoderado constituido para el efecto, contestó la demanda y solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Sobre la violación del debido proceso: Sostiene que la parte actora debía presentar la información en medio magnético correspondiente al año gravable 2006, a más tardar el día 29 de marzo de 2007 de acuerdo a la Resolución No. 12807 del 2006, obligación que no cumplió, toda vez que presentó la información requerida hasta el 26 de julio de 2010, por lo cual, se hizo acreedor a la sanción establecida en el artículo 651 del Estatuto Tributario.

Señala que la alegada vulneración al debido proceso no se dio, toda vez que desde el inicio de la investigación, el contribuyente tuvo la oportunidad de controvertir la sanción propuesta por la administración en el pliego de cargos y los actos administrativos fueron proferidos en el tiempo y notificados de conformidad con la ley garantizando el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste al contribuyente.

Sobre la violación al artículo 683 del Estatuto Tributario: manifiesta que no existe violación al principio de justicia, como tampoco se evidencia violación a lo largo del proceso de la imposición de sanción.

Afirma que los funcionarios se ciñeron a la estricta aplicación de la norma sin interpretaciones o esguinces arbitrarios o caprichosos, pero lo que sí está demostrado es el incumplimiento de la obligación de informar en medio magnético dentro de la oportunidad establecida por el Gobierno Nacional por parte del contribuyente, omisión que genera la sanción impuesta.

Señala que se verificó que el contribuyente presentó los formatos 1001. 1007. 1008. 1009. 1011 y 1012 los días 26 y 27 de julio de 2010, los cuales figuran en el sistema de la entidad como "solicitud de error". Con base en lo anterior, se encuentra demostrado que el contribuyente no subsanó la omisión en debida forma y no presentó la totalidad de los formatos requeridos, con lo cual se

define que no hay lugar a graduar la tarifa de la sanción impuesta, la cual se mantiene en concordancia con el artículo 1º de la Resolución No. 11774 del 7 de diciembre de 2005.

Propone como excepción inepta demanda por incumplimiento del numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., por omisión del concepto de la violación de los artículos 29 de la Constitución Política y los artículos 651 y 683 del Estatuto Tributario.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha nueve (9) de abril de dos mil trece (2013), se prescindió el periodo probatorio y se fijó fecha para la celebración de la audiencia de alegaciones finales (fl. 157-158), conforme lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1395 de 2010.

D. ALEGACIONES FINALES.

Mediante Audiencia Especial de Alegaciones Finales celebrada el día dieciocho (18) de junio del 2013, solo asistió la apoderada de la parte demandada, quien alegó en los siguientes términos:

Alegatos de la parte demandada: Sostiene que, la accionante debía presentar la información correspondiente al año gravable 2006, a más tardar el día 29 de marzo de 2007 en medio magnético, según lo establecido en la Resolución No. 12807 de 2006, obligación que no cumplió toda vez que presentó la información requerida el día 26 de julio de 2010, por lo cual se hizo acreedor a la sanción establecida en el artículo 651 del Estatuto Tributario, además no subsanó la omisión en debida forma y no presentó la totalidad de los formatos requeridos, lo que trajo como consecuencia que no hubiese lugar a graduar la tarifa de la sanción impuesta, la cual se mantiene en concordancia con el artículo 1º de la Resolución No. 11774 del 7 de diciembre de 2005, por lo tanto fue procedente aplicar a la tarifa el 5% .

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 3º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el segundo acto administrativo demandado, esto es la Resolución No. 900.114 del 20 de junio de 2011 fue notificada personalmente el día 8 de julio de 2011 (fl. 24) y la demanda fue interpuesta el 8 de noviembre de 2011 (fl. 13), es decir, antes del vencimiento de los cuatro meses que exige la Ley para tal efecto en este tipo de acciones.

EXCEPCIONES:

Antes de entrar al estudio de fondo del presente asunto es necesario pronunciarse frente a la excepción propuesta por la parte demandada, como lo es:

Inepta demanda por incumplimiento del numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., por omisión del concepto de la violación de los artículos 29 de la Constitución Política y los artículos 651 y 683 del Estatuto Tributario.

La Dian en su escrito solicita se declare probada la excepción de inepta demanda por omisión del concepto de violación respecto de los artículos 29 de la Constitución Política y los artículos 651 y 683 del Estatuto Tributario, debido

a que al formular los cargos en la demanda, no se concreta cual fue la conducta de acción u omisión de las normas citadas tampoco define el alcance o sentido de la violación, por tanto no se cumplió el requisito de indicar el concepto de la violación contemplado en el artículo 137 numeral 4º del C.C.A.

Sobre el particular, a juicio de la Sala, la excepción pretendida no tiene vocación de prosperar y se declarará no probada, toda vez que la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigna la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Naturalmente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se evidencie de forma manifiesta la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración, sin que los resultados del proceso dependan de un modelo estricto de técnica jurídica. Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, a contrario sensu, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem.

Se concluye que el demandante cumplió con la carga procesal que le asistía de precisar las razones por las cuáles debía accederse a la pretensión invocada; cosa distinta es que el aludido concepto de violación sea pertinente y suficiente para declarar la nulidad deprecada, situación que atañe a las consideraciones de la decisión final que deba tomarse dentro de la acción, ámbito en el cual se retomarán los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y de la contestación con el objetivo de verificar la legalidad o ilegalidad de los artículos acusados.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en este caso se contrae a establecer si los actos administrativos en virtud de los cuales la demandada impuso al actor la sanción por el envío extemporáneo de la información en medios magnéticos correspondiente a la vigencia fiscal de 2006, se ajustan a derecho, o si por el

contrario, como lo sostiene el demandante, dichos actos contravienen el ordenamiento jurídico.

ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS:

1. Resolución Sanción No. 062412010000193 de mayo 21 de 2010, expedida por la División de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cartagena, al contribuyente COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS (fl. 44)
2. Resolución No. 900114 del 20 de junio de 2011, expedida por la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la U.A.E de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto en contra la Resolución Sanción N° 062412010000193 de mayo 21 de 2010, confirmándolo en su totalidad (fl. 21-24)

ANÁLISIS JURÍDICO:

De la Sanción por no informar o informar extemporáneamente en asuntos tributarios y la valoración del daño irrogado. Carácter objetivo.

La facultad sancionadora que tiene el Estado en cabeza de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN", es consecuencia del deber genérico que tienen todos los ciudadanos en la aportación y cancelación de tributos.

Para poder hablar de la sanción por no informar o informar extemporáneamente, es menester hacer alusión al concepto de infracción tributaria, la cual es entendida como "toda acción u omisión que importe la violación de normas tributarias", definición genérica que ha sido estudiada e interpretada por la Corte Constitucional, donde se destaca las apreciaciones realizadas en la Sentencia C-160 de 1998, mediante la cual se estudió la exequibilidad del artículo 651 del Estatuto Tributario.

En dicha oportunidad el Alto Tribunal Constitucional, resaltó los aspectos sustanciales y formales de la obligación tributaria, que llevan ínsitos los deberes

de tributar y de colaboración con la gestión fiscalizadora de la administración.
Al efecto se expuso:

*"La infracción tributaria, ha sido definida por algunos autores así:
Héctor B. Villegas, la define como "la violación de las normas jurídicas que establecen las obligaciones tributarias sustanciales y formales" (Curso de finanzas y derecho financiero tributario. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1976).*

Fernando Sainz de Bujanda, la define como "el incumplimiento de una obligación material, esto es, cuyo objeto consista en realizar una prestación pecuniaria de índole tributaria, como el incumplimiento de un deber formal de colaboración con los órganos gestores del tributo." (Lecciones de derecho Financiero, décima edición. Universidad Complutense. Facultad de derecho. 1993). (subrayas fuera de texto).

Como se observa, estas definiciones encierran en el término "infracción tributaria", tanto el desconocimiento de normas que regulan el deber de tributar (obligaciones tributarias sustanciales), como el de todas aquellas que si bien no desarrollan directamente este deber, sí señalan cargas que facilitan la función fiscal de la administración (obligaciones tributarias formales). Son obligaciones accesorias o secundarias a la de carácter sustancial, y pueden consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Parte fundamental del funcionamiento del Estado, depende de la existencia de recursos para financiar los proyectos y gastos que le permitan cumplir con sus funciones y fines. Por ello, la importancia del deber que consagra el artículo 95, numeral 9º de la Constitución, según el cual "es deber de las personas y de los ciudadanos contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de equidad y justicia". Deber de colaboración que no está circunscrito a la observancia de la obligación tributaria de carácter sustancial, sino que abarca las accesorias que de ella se desprenden, y que complementan y facilitan la actividad fiscal de la administración."¹(Subraya, referencias y comillas del texto).

Por lo tanto, el Estado a través de sus órganos y en ejercicio del poder punitivo, hace uso de tipologías sancionatorias que buscan no sólo sancionar, sino prevenir y reprimir conductas que lesionen o pongan en peligro el interés general, panorama en el cual se circunscribe la sanción que se impone cuando el contribuyente: i) no informa; ii) informa extemporáneamente o por fuera de los plazos establecidos y, iii) informa con errores.

Como quiera que en el asunto que nos ocupa lo que se discute es si hay lugar o no a la imposición de sanción por no enviar la información tributaria en medio magnético, esta Sala se permitirá citar la normativa correspondiente a

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-160 de 1998 M.P Dra. Carmenza Isaza de Gómez

esta especialidad a saber, el artículo 631-1 y 651 del Estatuto Tributario que estipulan:

“Artículo 631. Para estudios y cruces de información. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 684 y demás normas que regulan las facultades de la Administración de Impuestos, el Director de Impuestos Nacionales podrá solicitar a las personas o entidades, contribuyentes y no contribuyentes, una o varias de las siguientes informaciones, con el fin de efectuar los estudios y cruces de información necesarios para el debido control de los tributos:

a). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las **personas o entidades que sean socias, accionistas, cooperadas**, comuneras o asociadas de la respectiva entidad, con indicación del valor de las acciones, aportes y demás derechos sociales, así como de las participaciones o dividendos pagados o abonados en cuenta en calidad de exigibles.

b). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las **personas o entidades a quienes se les practicó retención en la fuente**, con indicación del concepto, valor del pago o abono sujeto a retención, y valor retenido.

c). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o **entidades que les hubieren practicado retención en la fuente**, concepto y valor de la retención y ciudad donde les fue practicada.

d). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los **beneficiarios de los pagos que dan derecho a descuentos tributarios**, con indicación del concepto y valor acumulado por beneficiario.

e). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los **beneficiarios de pagos o abonos, que constituyan costo, deducción o den derecho a impuesto** descontable, incluida la compra de activos fijos o movibles, en los casos en los cuales el valor acumulado del pago o abono en el respectivo año gravable sea superior a diez millones de pesos (\$10.000.000, base año gravable de 1995), con indicación del concepto, retención en la fuente practicada e impuesto descontable. (Literal Modificado Ley 223/95, art. 133).

f). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de las **personas o entidades de quienes se recibieron ingresos**, en los casos en los cuales el valor acumulado del ingreso en el respectivo año gravable sea superior a veinticinco millones de pesos (\$25.000.000, base año gravable de 1995), con indicación del concepto e impuesto sobre las ventas liquidado cuando fuere el caso. (Literal Modificado Ley 223/95, art. 133)

g). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las **personas o entidades de quienes se recibieron ingresos para terceros** y de los terceros a cuyo nombre se recibieron los ingresos, con indicación de la cuantía de los mismos.

h). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los **acreedores por pasivos de cualquier índole**, con indicación de su valor.

i). Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los **deudores por concepto de créditos activos**, con indicación del valor del crédito.

j). Descripción de los **activos fijos adquiridos en el año, cuyo costo de adquisición** exceda de quinientos mil pesos (\$500.000), (Valor año gravable base 1987), con indicación del valor patrimonial y del costo fiscal.

k). La discriminación total o parcial de las partidas consignadas en los formularios de las declaraciones tributarias.

l). El valor global de las ventas o prestación de servicios por cada uno de los establecimientos comerciales con indicación del número y tipo de máquina registradora y/o intervalos de numeración de facturación de venta utilizada en el año, ciudad y dirección del establecimiento. (Literal Adicionado Ley 383/97, art. 14).

m). Cuando el valor de la factura de venta de cada uno de los beneficiarios de los pagos o abonos, que constituyan costo, deducción u otorguen derecho a impuesto descontable, incluida la compra de activos fijos o movibles, sea superior a cinco millones de pesos (\$5.000.000) (Valor base año gravable 1997), se deberá informar el número de la factura de venta, con indicación de los Apellidos y Nombres o Razón Social y NIT del tercero. (Literal Adicionado Ley 383/97, art. 14)

Parágrafo 1. La solicitud de información de que trata este artículo, se formulará mediante resolución del Director de Impuestos Nacionales, en la cual se establecerán, de manera general, los grupos o sectores de personas o entidades que deben suministrar la información requerida para cada grupo o sector, los plazos para su entrega, que no podrán ser inferiores a dos (2) meses, y los lugares a donde deberá enviarse.

Parágrafo 2. Cuando se trate de personas o entidades que en el último día del año inmediatamente anterior a aquél en el cual se solicita la información, hubieren poseído un patrimonio bruto superior a doscientos millones de pesos (\$200.000.000) o cuando los ingresos brutos de dicho año sean superiores a cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000), la información a que se refiere el presente artículo, deberá presentarse en medios magnéticos que sean procesables por la Dirección General de Impuestos Nacionales. (Valores año gravable base 1987).

Parágrafo 3. La información a que se refiere el presente artículo, así como la establecida en los artículos 624, 625, 628 y 629 del Estatuto Tributario, deberá presentarse en medios magnéticos o cualquier otro medio electrónico para la transmisión de datos, cuyo contenido y características técnicas serán definidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por lo menos con dos meses de anterioridad al último día del año gravable por el cual se solicita la información. (Parágrafo Adicionado Ley 383/97, art. 14).”.

Norma de la cual se desprende la obligación que tienen las personas o entidades, contribuyentes y no contribuyentes, de suministrar información

cuando la DIAN así lo estime pertinente, a efectos de llevar un debido control de los tributos.

"Artículo 651. Sanción por no informar. Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria así como aquellas a quienes se les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirán en la siguiente sanción:

a) Una multa hasta de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), la cual será fijada teniendo en cuenta los siguientes criterios:

Hasta del 5% de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida, se suministró en forma errónea o se hizo en forma extemporánea

Cuando no sea posible establecer la base para tasarla o la información no tuviere cuantía, hasta del 0.5% de los ingresos netos. Si no existieren ingresos, hasta del 0.5% del patrimonio bruto del contribuyente o declarante, correspondiente al año inmediatamente anterior o última declaración del impuesto sobre la renta o de ingresos y patrimonio,

(...)

Cuando la sanción se imponga mediante resolución independiente, previamente se dará traslado de cargos a la persona o entidad sancionada, quien tendrá el término de (1) mes para responder.

La sanción a que se refiere el presente artículo, se reducirá al diez por ciento (10%) de la suma determinada según lo previsto en el literal a), si la omisión es subsanada antes que se notifique la imposición de la sanción; o al veinte por ciento (20%) de tal suma, si la omisión es subsanada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se notifique la sanción. Para tal efecto, en uno y otro caso, se deberá presentar ante la oficina que está conociendo de la investigación, un memorial de aceptación de la sanción reducida en el cual se acredite que la omisión fue subsanada, así como el pago o acuerdo de pago de la misma.

(...)" (Subraya de la Sala)

Esta disposición contempla, cuatro hechos sancionables:

1. No suministrar información estando obligado a ello;
2. Suministrar la información en forma extemporánea;
3. Que la información suministrada presente errores, y
4. Que la información suministrada no corresponda a la solicitada.

Ahora bien, el actor invoca como vulnerada, aparte de las normas que regulan directamente la obligación de remitir información en medios magnéticos y la sanción por su incumplimiento, el artículo 29² de la Constitución Política.

Debido Proceso: El artículo 29 de la Constitución Política, que subsume en su texto los principios de legalidad y el derecho de defensa de los administrados, exige que todo acto administrativo sea proferido por la autoridad competente, que se aplique la legislación vigente al momento de cometer el acto (para el evento en estudio la infracción sancionable) y se apliquen las formalidades prescritas para cada caso.

Sometida a estudio la documentación obrante en el expediente, se deduce la plena observancia de los elementos exigidos para la validez y eficacia de los actos oficiales por parte del ente fiscal tanto en la etapa preparatoria (auto de apertura, pliego de cargos) como definitiva (resolución sanción, fallo del recurso), en los que se agotó paso a paso el proceso legalmente descrito para tal fin, garantizando en cada etapa el derecho de defensa y con sujeción estricta a la normatividad aplicable, derechos que el actor no puede estimar vulnerados por el solo hecho de no haber obtenido un resultado acorde a sus intereses.

Tan es así, que el mismo apoderado manifiesta no discutir los fundamentos de hecho de la sanción, ni el marco legal de las normas que regulan la información en medios magnéticos contenida en el artículo 631 E.T, ni la aplicación del artículo 651 *ibidem*, sino el solo hecho de no aceptarle la sanción del 5% sobre el total de los renglones de la declaración de renta, en la forma como resolvió determinarla.

De lo anterior se desprende claramente que no existió por parte de las autoridades tributarias violación alguna al debido proceso ni al derecho de defensa del actor al imponer la sanción que se discute.

El contribuyente COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS estando en la obligación de enviar a la DIAN la información aludida

² Artículo 29 Constitución Política "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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"

dentro del término fijado por la Resolución N° 12807 del 26 de octubre de 2006, incumplió con el deber de hacerlo, habiéndose tipificado la causal sancionable. Otra cosa es que posteriormente hubiese "subsanaado" la falencia cometida, conducta que no lo exonera en ningún caso de pagar la sanción impuesta.

Dilucidado lo anterior, se centra el punto en discusión en determinar, en los términos de las normas fiscales, si se ajusta a derecho la Sanción fijada por la DIAN hasta por el cinco (5%) de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida dentro del plazo señalado por parte del contribuyente y que fue establecida por el ente tributario en los actos administrativos que se discuten.

CASO CONCRETO

En sede gubernativa la DIAN le concedió al contribuyente COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS, todos los mecanismos para que ejerciera su derecho de defensa, tal como se desprende del expediente administrativo, el cual inicia con la expedición del pliego de cargos N° 062382009000408 (fol. 106 – 111), en el que se le informa al contribuyente que no ha cumplido con la obligación impuesta por la Resolución N° 12807 del 26 de octubre de 2006, y que a juicio de la DIAN debió cumplirse, concediéndole el término de un (1) mes desde la notificación del referido pliego de cargos para que dé respuesta al mismo.

Notificado el pliego de cargos, procede la Cooperativa a efectuarlo el día 1° de diciembre de 2009 (fl. 114-117), manifestando que no aceptaba la sanción, pues el Requerimiento Ordinario No. 901.650 de agosto 28 de 2007 expedido por la División de Fiscalización Tributaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Cartagena, no le fue notificado, debiendo la DIAN agotar todos los mecanismos a su servicio para lograr la notificación del Requerimiento Ordinario antes de publicarlo mediante aviso en un periódico de alta circulación.

Es así como DIAN, después de haber recibido respuesta al pliego de cargos, expide la Resolución Sanción N° 062412010000193 del 21 de mayo de 2010 (fol.

119), en la cual considera que el concepto sancionable corresponde a la información suministrada en forma extemporánea y propuso la imposición de la sanción de \$220.971.000 y manifiesta de que el hecho de que el contribuyente haya alegado la SANCION POR FUERA DEL TERMINO, los fundamentos jurídicos y las pruebas aducidas por éste no dan lugar a la exoneración de las sanciones que en su oportunidad le fueron formuladas, razón por la cual se hace merecedor de la sanción plena por valor \$220.971.000, ordenando notificársele y concediéndole el término de 2 meses para interponer el recurso de reconsideración a partir de su notificación.

La mencionada Resolución de Sanción N° 062412010000193 del 21 de mayo de 2010, fue notificada al contribuyente mediante correo el día 25 de mayo de 2010 (fol. 119 rev.), procediendo la Representante Legal de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS a interponer el recurso de reconsideración el día 26 de julio del 2010 (fl. 126-129), manifestando que la DIAN tanto en el pliego de cargos como en la resolución sanción propone como base para establecer la sanción la sumatoria de los renglones de la Declaración de Renta del año gravable 2006 de fecha 2007-04-17, sumatoria que da un valor de \$4.419.428.000 aplicando el 5% el cual asciende a \$220.971.400 y propone aplicar este valor como sanción, cometiendo un error pues, al no conocer la base para aplicarla, debió calcularla sobre los ingresos netos del año gravable 2006, es decir aplicar el 0.5% sobre este valor, y no el 5% sobre el total de los renglones de la declaración de renta de acuerdo a la segunda parte del literal a) del artículo 651 del Estatuto Tributario.

Luego de ser estudiado el recurso por la administración expide la Resolución No. 900114 del 20 de junio de 2011, por la cual confirma la Resolución Sanción N° 062412010000193, considerando que la cooperativa debió presentar la información en medio magnético correspondiente al año gravable 2006 a más tardar el día 29 de marzo de 2007 de acuerdo a la Resolución No. 12807 de 2006, obligación que no cumplió, toda vez que presentó la información requerida hasta el 26 de julio de 2010, por lo cual se hizo acreedor a la sanción establecida en el artículo 651 del E.T.

Señala que no hubo vulneración al debido proceso, toda vez que desde el inicio de la investigación, el contribuyente tuvo la oportunidad de controvertir la sanción propuesta por la administración en el pliego de cargos y los actos administrativos fueron proferidos en tiempo y notificados de conformidad con la ley, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste al contribuyente.

Manifiesta que la información por la cual se está sancionando al contribuyente si tiene cuantía determinada y la base para imponerla corresponde a la suma total de los valores que se encontraba obligado a informar, los cuales pueden determinarse en las declaraciones de renta y ventas presentadas por el contribuyente, por el año 2006, la cual en el presente caso se determinó de la siguiente manera:

“Literal e) art. 631 del Estatuto Tributario (Formato 1005):

Se determinó el valor de \$2.210.538.000, por concepto de pagos que constituyen costos y deducciones, el cual fue informado en los renglones TOTAL COSTOS por valor de \$2.100.310.000 y TOTAL DEDUCCIONES en la suma de \$10.228.000 de la Declaración de Renta y Complementarios de la vigencia fiscal 2006.

Literal f) art. 631 del Estatuto Tributario (Formato 1007):

Se determinó el valor de \$2.112.612.000, por concepto de ingresos recibidos, los cuales fueron informados en el renglón TOTAL INGRESOS NETOS de la Declaración de Renta y Complementarios de la vigencia fiscal 2006.

Literal f) art. 631 del Estatuto Tributario (Formato 1006):

Se determinó el valor de \$157.645.000, por concepto de pagos de pasivos y deudas, las cuales fueron informadas en el renglón PASIVOS de la Declaración de Renta y Complementarios de la vigencia fiscal 2006.

Literal h) art. 631 del Estatuto Tributario (Formato 1009):

Se determinó el valor de \$31.839.000, por concepto de cuentas por cobrar, las cuales fueron informadas en el renglón CUENTAS POR COBRAR CLIENTES de la Declaración de Renta y Complementarios de la vigencia fiscal 2006.

Literal k) art. 631 del Estatuto Tributario (Formato 1011-1012):

Se determinó el valor de \$4.720.000, por concepto de patrimonio y el valor de \$2.074.000, por concepto de rentas exentas, los cuales fueron informados en los renglones TOTAL PATRIMONIO LIQUIDO y TOTAL RENTAS EXENTAS de la Declaración de Renta y Complementarios de la vigencia fiscal 2006.

Por lo anterior, existía base determinable para imponer la sanción, por lo que fue procedente el valor impuesto por la administración, al aplicar la tarifa del cinco por ciento (5%), tal y como lo dispone el literal a) del artículo 651 del Estatuto Tributario."

De acuerdo a lo antes expuesto, se tiene que la obligación de la sociedad COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS de radicar la información en medios magnéticos por el año gravable de 2006, deviene del artículo 1º de la Resolución 12807 de 2006. Para cumplir con la misma contaba con un término perentorio que precluyó el 29 de marzo de 2007 y solo hasta el 26 de julio de 2010 el declarante envía (en forma extemporánea) la información requerida, actuación que derivó en la notificación del correspondiente pliego de cargos proponiendo una sanción (máxima permitida) de \$220.971.400, al tenor de lo dispuesto en el artículo 651 del Estatuto Tributario.

Teniendo en cuenta lo anterior y, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 651 del Estatuto Tributario, la División de Liquidación profiere la Resolución Sanción por la suma de \$220.971.400 que es el 5% del valor Informado y aceptado.

Así las cosas, de la información suministrada por la contribuyente COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS, respecto de las declaraciones de rentas y ventas correspondiente al año 2006, se determina que si tiene cuantía y la base para imponerla corresponde a la suma total de los valores que se encontraba obligada a informar, tal y como se evidencia en el acto acusado Resolución No. 900114 del 20 de junio de 2011 (fl. 23), lo que hace procedente la aplicación del segundo inciso del literal a) del artículo 651 del E.T., el cual fija los parámetros para liquidar la sanción, "Hasta de un 5% de las sumas respecto de las que no se suministró la información... o se hizo en forma extemporánea".

Por lo tanto, no es dable la aplicación del ítem siguiente de la norma, que permite la tarifa del 0.5% ya que esto es únicamente aplicable cuando no sea posible establecer la base para tasarla o la información no tiene cuantía, que no es el evento que nos ocupa, pues la parte actora no ejerció la carga de la prueba tendiente a demostrar lo contrario.

En ese orden de ideas, la sanción impuesta a la hoy demandante obedece a que se debe tener presente la función que cumple la Administración Tributaria, la cual es necesaria para el sostenimiento de las cargas públicas y por ello, requiere de toda la colaboración por parte de los contribuyentes, con lo cual, el hecho de dificultarla y hacerla más gravosa es suficiente para que se configure la sanción, de manera que al no haber cumplido la actora con la obligación de presentar la información del año gravable del 2006 dentro del plazo estipulado, resulta para la Sala válido imponer la sanción contemplada en el artículo 651 del Estatuto Tributario, tal como lo aplicó la administración en sede gubernativa.

Así las cosas encuentra la Sala que los actos acusados se ajustaron a la legalidad, de tal suerte que no se observa motivo alguno que permita su anulación, razón por la cual se denegarán las súplicas de la demanda.

COSTAS

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, acorde con los parámetros contemplados en el artículo 171 del C.C.A., reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de inepta demanda por incumplimiento del numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., propuesta por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE PROFESIONALES MÉDICOS contra la NACION – UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIRECCION SECCIONAL DE IMPUESTOS NACIONALES DE CARTAGENA, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHIVASE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

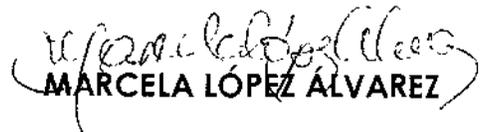
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

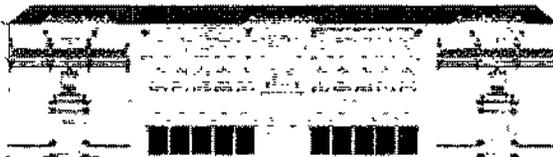
Constancia. El proyecto de esta Sentencia fue considerado y aprobado en Sala de Decisión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
ALLENTE CON PERMISO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



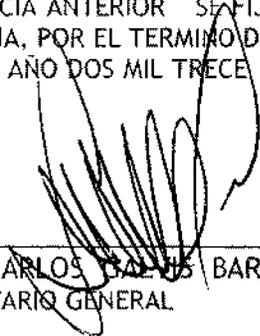
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1232
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION POPULAR
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: PEDRO MANUEL DIAZ RODRIGUEZ
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS
RÁDICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2010-00286-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) 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,
VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., octubre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 258/2013

2º Instancia

Tema: Obligaciones estatales a fin de garantizar el goce del espacio público.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: POPULAR

Radicación: 13-001-33-31-002-2010-00286-01

Demandante: PEDRO MANUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha Cinco (05) de Marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El señor PEDRO MANUEL DÍAZ RODRÍGUEZ, en nombre propio, demanda al DISTRITO DE CARTAGENA, para que previo el trámite señalado en la Ley 472 de 1998 y con la ritualidad de la ACCIÓN POPULAR y con citación y audiencia de la entidad demandada, se accedan las siguientes peticiones:

"Declárese el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS ha sido (sic) omisivo en la adecuada construcción y obras que permitan el adecuado tránsito vehicular en la calle 42 (calle principal) del barrio La María.

Declárese que como consecuencia de dicha omisión, (sic) esta siendo afectados a los habitantes del barrio La María, los derechos colectivo a la salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y continúa, al ambiente sano, y uso y goce del espacio público.

Condénese al Distrito de Cartagena de Indias a efectuar dentro del término de seis (6) meses, contado desde el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia que será proferida en este proceso, la (sic) obras que requiere la calle 42 (calle principal) del barrio La María en esta ciudad, de manera que pueda ser transitada tanto vehicular como peatonalmente en las mejores condiciones."

1. SUPUESTO FACTICO

Las anteriores pretensiones las fundamenta el actor en los hechos que sucintamente se resumen a continuación:

1. "El barrio La María de Cartagena tiene 50 años de (sic) Existencia.
2. En el barrio La María residen aproximadamente cinco mil personas.
3. La calle la María tiene una calle principal, denominada calle 42. Esta calle presenta los siguientes problemas. No se encuentra pavimentada en su totalidad y el poco pavimento que tiene se encuentra en estado avance de deterioro. Cuando llueve la vía se llena de lodo, situación que impide el libre tránsito vehicular.
4. Desde el año 2005, la reconstrucción de la vía en mención se encuentra incluida en el banco proyectos del Distrito de Cartagena de Indias, pero hasta la presente fecha no han sido las obras requeridas.
- 5 En las condiciones actuales de la vía ningún carro puede transitar por la (sic) ciotada vía, motivo por el cual la comunidad padece serias condiciones de transitabilidad."

DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS O AMENAZADOS

Afirma la parte demandante que los derechos o intereses colectivos que están siendo afectados son: i) Goce de un ambiente sano, ii) Seguridad y salubridad

pública iii) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Distrito de Cartagena: A través de apoderado judicial designado para tal efecto, esta entidad dio contestación a la acción popular afirmando que, en este caso de las fotografías allegadas al proceso, si bien se logra evidenciar que efectivamente la calle que se muestra se encuentra sin pavimentar en su totalidad, también lo es, que no se tiene certeza de que la mencionando calle sea efectivamente la señalada por el actor.

Así mismo señala, que tal como lo afirma el accionante, la citada calle sí se encuentra incluida en el banco de proyectos a realizar por el Distrito de Cartagena de indias; sin embargo, expresa que no puede perderse de vista que en materia de la ejecución de proyectos, se debe observar las normatividades que regulan lo pertinente al gasto público y contratación estatal, situación que impide que la realización de la obra solicitada se efectúe de forma inmediata, por cuanto a la fecha de su interposición, se encontraba en ejecución el presupuesto del año 2010.

Expresa, que conforme a lo anterior, se deben realizar las gestiones administrativas necesarias en aras de incluir a dicho proyecto en el presupuesto del próximo año, y así se surtan las formalidades previas exigidas para la celebración de contratos estatales, tal como lo dispone la Ley 80 de 1993.

Finalmente propone como excepciones: i) inexistencia de la vulneración; y ii) La Innominada.

III. LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Como se observa en acta levantada el día 17 de mayo de 2011 (fl. 49), la audiencia para el establecimiento de las condiciones para el pacto de cumplimiento fue declarada fallida al no existir las condiciones para alcanzar alguna clase de acuerdo entre las partes.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 5 de marzo de 2013, el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia, concediendo las pretensiones de la demanda, como se lee de su parte resolutive.

"PRIMERO: Declarar no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: Amparar el derecho colectivo (sic) la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, consagradas en el artículo 4º, Literal m) respectivamente, de la Ley 472 de 1998, vulnerados pro el Distrito de Cartagena de Indias.

TERCERO: Ordenar al Alcalde Mayor del Distrito Cartagena de Indias, que en un plazo máximo de un (1) año contado a partir de la ejecutoria de la presente providencia, adelante las siguientes acciones:

- > Adelantar el proceso de planificación de la obra de pavimentación en el barrio de la María- calle 42, de la ciudad de Cartagena, donde se incluya la formulación del proyecto, siguiendo las etapas de identificación, perfil preliminar y prefactibilidad, para ello se le otorgará un término de tres (3) meses, luego de la ejecutoria de la presente sentencia.*
- > Adelantar todo lo relacionado con el trámite del presupuesto, así como la realización de los estudios técnicos y jurídicos del caso. En los estudios técnicos a adelantar se debe realizar visita al sitio de la obra y determinar el tipo de obras que se deben adelantar para solucionar la problemática que aqueja a la comunidad, así como determinar el presupuesto de la misma, la programación de la obra y la programación de la contratación estatal como tal, para ello se le otorga el término de tres (3) luego de vencido el término dispuesto para la planificación.*
- > Adelantar el proceso contractual y la ejecución de la obra para lo cual se le otorga el término de seis (6) meses culminada la etapa anterior, es decir, la ejecución de la obra debe finalizarse un año después de ejecutoriada la presente sentencia.*

CUARTO: conformar un Comité integrado por el actor popular, un delegado del Distrito de Cartagena de Indias y un delegado de la Defensoría del Pueblo Regional de Bolívar, que tendría por objeto verificar el cumplimiento de lo dispuesto mediante la presente sentencia; comité que deberá rendir a este Juzgado informes con relación a las gestiones adelantadas respecto a lo ordenado en el numeral segundo del resuelve, el cual deberá rendirse cada tres (3) meses contados dese la ejecutoria de la presente providencia y un informe final al culminar sus labores, por lo que deberá integrarse y reunirse a la menor brevedad."

Estimó el Juez *a quo*, que del material probatorio obrante en el proceso, se concluye efectivamente la vulneración de los derechos colectivos alegados por el actor, toda vez, que conforme al experticio rendido por el Ingeniero Civil Orlando Enrique Gimeno Gómez, se determinó que son muchas las obras requeridas por los habitantes del sector. Así mismo, de acuerdo al material fotográfico aportado por aquel, resultó diáfana que la vida de esas personas corría serio peligro.

De tal suerte, el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, ordenó al Distrito de Cartagena de Indias, que realizará las obras necesarias para hacer cesar la vulneración de los de los derechos colectivos de esa comunidad., otorgándole para tal propósito el término de un (1) año contado desde le ejecutoria de la sentencia.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El Distritito de Cartagena de Indias, en voces de su apoderado Judicial, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 5 de marzo de 2013, dentro del término previsto en el art. 37 de la Ley 472 de 1998, solicitando su revocatoria.

Sustenta su recurso manifestando que el Juez de primera instancia desconoce las normatividades que regulan el tema del gasto público y del presupuesto, toda vez que, la orden dirigida a su apadrinada, resulta imposible cumplirla, sin que se trasgredan las normas sobre presupuesto y gasto público.

Señala, que la ordenación del gasto, conforme lo dispone la Ley 136 de 1994, es un proceso complejo en el cual intervine el Concejo distrital, entidad a la cual hay que presentar para su aprobación, el proyecto de presupuesto del Distrito, antes del 5 de octubre de cada año. De tal manera, que la elaboración de dicho proyecto debe estar precedida de mesas de trabajo en las cual se establezcan las prioridades del distrito correspondientes al año siguiente.

En ese sentido, explica que la ejecución del presupuesto debe estar ceñida al principio de la anualidad, es decir, que solo puede erogarse dinero del

patrimonio que corresponda efectiva a las necesidades previamente establecidas para cada vigencia fiscal.

Por las anteriores razones considera, que en este caso el Juez de Primera instancia desconoció que para el cumplimiento de la orden impartida, se debe observar las normas que regulan la ordenación del gasto a nivel Distrital.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha doce (12) de agosto de dos mil trece (2013), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 174).

Con auto de fecha septiembre 2 de 2013 (fl. 177), se corrió traslado para alegar por un término común de diez (10) días.

En esta oportunidad, solo la parte accionante presentó alegatos conclusión, reiterando los argumentos expuesto den su demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO: El señor agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, guardó silencio en esta oportunidad.

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 5 de Marzo de 2013, por medio de la cual se concedieron las súplicas de la

demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 y 16 de la Ley 472 de 1998.

PROBLEMA JURÍDICO.

De la lectura de la demanda y del expediente que con ella se origina, observa la Sala, que la entidad en su recurso de apelación no muestra inconformidad alguna con el amparo de los derechos colectivos que realizó el Juez de primera instancia, puesto que del escrito de alzada no se formula cargo alguno que pretenda enervar los argumentos utilizados por el Juez a quo para fundamentar su decisión. En ese sentido, la inconformidad del actor radica, en el escaso término que le concedió el Juez a quo para dar cumplimiento al fallo.

De tal manera, que el problema jurídico en este caso se circunscribe a determinar si el plazo otorgado en las sentencias de acción popular para la planeación y construcción de obras públicas debe establecerse con base en los resultados de los estudios previos elaborados en tal sentido por la Administración o debe ser estimado por el juez en la sentencia a su prudente arbitrio.

EL DERECHO COLECTIVO PROTEGIDO

Por vía de esta acción de naturaleza constitucional, se reclama por el demandante la protección de los derechos colectivos de i) Goce de un ambiente sano, ii) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Los derechos colectivos invocados se encuentran consagrados como tales en el Artículo 4º literales a), y m) de la Ley 472 de 1998, y por ello su protección es susceptible de ser pretendida por esta vía judicial.

MARCO NORMATIVO

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

"ART. 88- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el

ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

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

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

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

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

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

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

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

“(…)

En este orden de ideas se observa que el inciso primero del artículo 88 de la Carta, al consagrar las denominadas Acciones Populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas,

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza

que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

El término para la ejecución de obras públicas deberá estar determinado por la etapa de planeación, estudios previos y pliegos de condiciones.

La contratación estatal, cuyo objeto fundamental es propender por la prestación de los servicios públicos a los asociados, es una manifestación de la función administrativa que debe ceñirse a los principios establecidos en los artículos 209, 339 y 341 de la Carta Política y en la Ley 80 de 1993, especialmente a los de transparencia y economía, orientados a que los negocios jurídicos celebrados por el Estado sean *“debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público”*¹ y cuya eficacia depende en buena medida de que en la actividad contractual estatal se cumpla con el deber de planeación.

En aplicación de los postulados aludidos, el legislador dispuso que antes de iniciar cualquier procedimiento de contratación, la entidad estatal contratante debe realizar una serie de estudios de distinta índole, con el fin de determinar la conveniencia y viabilidad del contrato proyectado y las condiciones del mismo, de conformidad con los numerales 7º y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993², que respectivamente señalan:

“La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar..., se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso” y,

“Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda”. “Cuando el objeto de

¹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. Estudios sobre la reforma contractual. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42

² El numeral 12 del artículo 25 fue modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011

la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño".

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 30, numeral 1º de la misma ley, al disponer que el acto de apertura de la licitación debe estar precedido de un estudio realizado por la entidad estatal donde se analice la conveniencia y oportunidad del contrato.

Los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones o del contrato, de manera que los proponentes o el eventual contratista respectivamente, puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad así como la distribución de riesgos que la misma propone.

Los pliegos de condiciones deben ser elaborados según los lineamientos establecidos en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y en ellos se detallarán, entre otros, los siguientes aspectos: fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación, evaluación y ponderación de las ofertas, la adjudicación del contrato, las condiciones de celebración del contrato, el presupuesto, la forma de pago, las garantías y demás asuntos relativos al mismo.

Desde esta perspectiva, se advierte que el plazo dentro del cual debe ser ejecutado el objeto de los contratos estatales debe ser determinado con base en los estudios previos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones correspondiente.

CASO CONCRETO

Tal y como quedó dicho en forma previa, en el asunto bajo estudio no se discute la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda o la decisión de su amparo contenida en la sentencia de primera instancia y tampoco se controvierte el mandato impartido al Distrito para la pavimentación de la calle principal del barrio La María cuya nomenclatura es la calle 42.

Por tal razón, el objeto del análisis de la Sala se limitará, se insiste, al cuestionamiento formulado por el distrito en su condición de apelante único, relativo a que, en su opinión, el plazo para la planeación y construcción de la obra ordenada es insuficiente para el efecto.

Al respecto se destaca que en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el juez está facultado en la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular tanto para emitir las órdenes precisas de hacer y de no hacer necesarias para hacer cesar la vulneración de los derechos colectivos quebrantados, como para señalar un plazo **prudencial**, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y, posteriormente, culminarse su ejecución.

De esta forma, se advierte que el juez popular está dotado de amplias facultades que le permiten librar órdenes de hacer entre las que se encuentran las de realización de obras públicas de infraestructura de pavimentación, cuando se encuentre acreditada la vulneración de derechos colectivos relacionados con aquella.

Ahora bien, como se señaló previamente, el legislador en los numerales 7º y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, *ut supra* transcritos estableció, en aplicación de los principios de transparencia y economía, que previo a la celebración de los contratos estatales debe surtirse la etapa de planeación, en el marco de la cual se habrán de realizar los estudios, diseños y proyectos sobre la conveniencia del negocio jurídico, los pliegos de condiciones

correspondientes a los que debe sujetarse y, en el caso específico de los contratos de obra pública, los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto.

El debido agotamiento de la fase de planeación y, especialmente, la realización de los estudios de viabilidad económica y técnica de la obra que sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, permite garantizar en una mayor medida que las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia y, así mismo, que durante la ejecución del negocio jurídico se optimicen los recursos en aras de salvaguardar el interés general y el patrimonio público, y a custodiar la sostenibilidad fiscal y la correcta inversión y distribución de los recursos estatales.

Precisamente con base en los estudios y documentos previos y en los pliegos de condiciones, la administración determinará el plazo de ejecución del contrato.

Desde esta perspectiva, debe concluirse que las facultades otorgadas al juez popular para librar órdenes de hacer deberá ejercerse, en el específico caso de la construcción de obras públicas, dentro de los lineamientos consagrados en el estatuto contractual, con plena observancia de los principios de transparencia y economía que rigen la contratación estatal y el debido agotamiento de la fase de planeación, sin pretermir los estudios que sirven de fundamento técnico a esta actividad y cuya realización garantiza que los negocios jurídicos celebrados por el Estado sean "*debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público*"³

Así las cosas, siempre que en sede de acción popular se disponga la ejecución de una obra pública, deberá fijarse un plazo **prudencial** para que la administración realice los estudios, diseños y proyectos sobre la conveniencia y viabilidad de la misma y, además, disponerse que luego de ello, en un plazo razonable determinado con base en dichos estudios, adelante las siguientes etapas contractuales de selección del contratista, celebración del negocio

³ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. Estudios sobre la reforma contractual Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p 42

jurídico y ejecución de la obra, sin que pueda el juez, sin contar con los estudios técnicos correspondientes, entrar a señalar términos específicos perentorios para su culminación pues, se reitera, el plazo del contrato deberá ser estipulado con base en las conclusiones que arroje la etapa de planeación contractual.

En tal medida, se revocarán los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar al Distrito de Cartagena que en un término máximo seis (6) meses realice los estudios, diseños y proyectos definitivos de la pavimentación de la calle 42 del barrio La María de esta ciudad y que, una vez efectuados esos estudios, elabore con base en los mismos el pliego de condiciones del contrato para la construcción de esa obra pública y adelante en forma eficiente las etapas del proceso selectorio y de celebración del contrato y, que se ejecute dicho negocio jurídico dentro de los plazos razonables determinados en los estudios previos respectivos.

Así mismo, con el fin de garantizar que luego de surtida la etapa de planeación contractual, la obra se ejecute en forma oportuna, se ordenará al distrito que, **si no lo ha hecho**, realice la debida apropiación presupuestal para la ejecución de la pavimentación de la calle objeto de controversia del sector mencionado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales Tercero y cuarto de la decisión proferida mediante sentencia de fecha Cinco (5) de Marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que quedará así:

TERCERO: ORDENAR al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, para hacer efectivo el amparo, que dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, realice los estudios, diseños y proyectos definitivos sobre la conveniencia y viabilidad de la obra consistente en: **Pavimentación de la calle 42 del barrio la María de este ciudad:**
PARÁGRAFO 1: El estudio deberá señalar un plazo prudencial para la ejecución de la obra pública que demanda el señalado sector.

PARÁGRAFO 2: *Culminados los estudios ordenados; procédase por parte del DISTRITO DE CARTAGENA a adelantar las etapas precontractuales y contractuales en el marco de la contratación estatal, que culminaran con la ejecución de la obra pública arriba descrita, adoptando las medidas administrativas presupuestales que sean requeridas en esta fase de contratación.* **PARÁGRAFO 3:** *Que, si aún no lo ha hecho, realice la debida apropiación presupuestal para la ejecución de la pavimentación de la calle 42 del barrio la María.*

CUARTO: ORDENAR, *para efectos del seguimiento que deberá hacerse al cumplimiento de esta sentencia, la conformación de un comité integrado por: el accionante; el Alcalde de la Localidad con jurisdicción sobre la zona; el Secretario de Infraestructura Distrital, o dos funcionarios que designe el Distrito y que hagan las veces de los mencionados, dos representantes de la comunidad residentes en el barrio La María, elegidos entre ellos mismos, el Personero Distrital o su delegado y el Defensor del Pueblo o su Delegado. Dicho comité deberá conformarse dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y estará revestido de facultades para que exija informe de las gestiones que culminaran con la ejecución de la obra pública correspondiente, y para que compruebe el cumplimiento de los términos reseñados por la administración para su ejecución. Por Secretaría, en firme esta providencia, librense las comunicaciones a quienes integran el aludido Comité.*

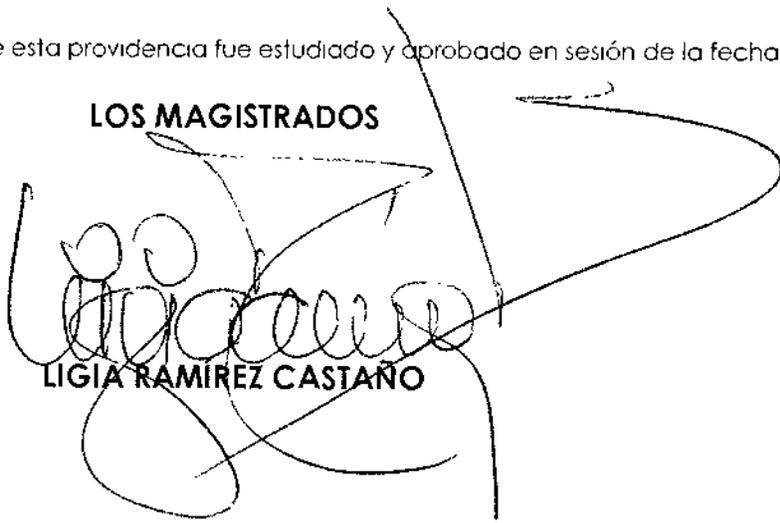
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

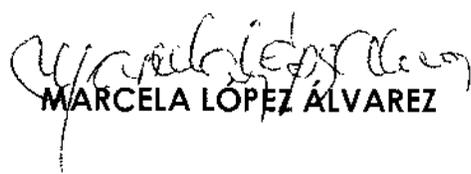
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

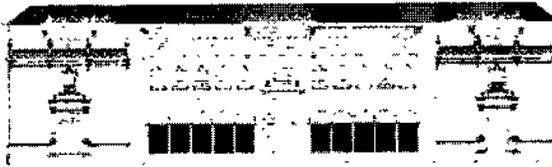
LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

FAB **AUSENTE CON PERMISO**


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



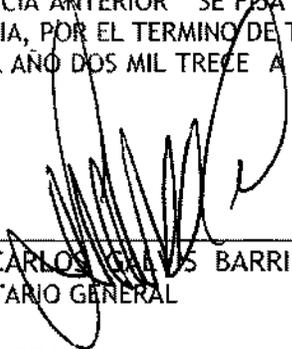
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1233
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL D E LA NACION
RÁDICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2010-00067-00
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, VEINTIDOS (22) 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,
VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

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

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 203 / 2013

1ª instancia

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-000-2010-00067-00
Demandante : EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO
Demandado : NACIÓN -FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1 de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO, quien a través de apoderado judicial demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. pretensiones:

El señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO, solicita se declare administrativamente y patrimonialmente responsable a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por su detención y retención injustificada, inconstitucional e ilegítima.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar al demandante, como reparación

del daño ocasionado, los perjuicios materiales e inmateriales que resulten probados dentro del proceso y se actualicen los rubros indemnizatorios reconocidos de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

2. Hechos relevantes:

"1- El señor EMIRO RAFAEL MENDOZA, tenía una función laboral, trasportaba personas en el municipio del Carmen de Bolívar, como le correspondía laborar en las veredas del Carmen, se ganó un enemigo gratuito, que buscando beneficio económico lo acusa injustamente, es decir, fue víctima de los llamados informantes.

2- Con base en esta información tendenciosa, se ordena su captura sin formula de juicio, y se da inicio a una investigación penal, y es recluido en la Cárcel Nacional de Sumariados de Ternera.

3- En esa situación estuvo por varios meses, sin logar que se revocara la misma, se dicta Medida de Aseguramiento, luego de mucho luchar, por parte de la Fiscalía Seccional de (sic) procede a dictar Resolución de Preclusión de la instrucción.

4- Para mi poderdante y su familia el hecho de captura y posterior detención, lo tenía y tiene aún mucha angustia.

5- Fue injusta y errónea la forma como se (sic) trato el caso por los funcionarios de la Fiscalía que tuvo la investigación por una conducta que nunca cometió mi Apadrinado.

6- en providencia de fecha julio 12 de 2006, emanada de la Fiscalía Seccional 36 de esta ciudad, se dicta Resolución de Preclusión de la Instrucción, en la que se recalca que mi Apadrinado no cometió el delito de Rebelión (...)

B. LA CONTESTACIÓN

Dentro del término de ley, el apoderado de la Nación- Fiscalía General de la Nación contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, señalando que los hechos afirmados por la parte demandante no dan cuenta de la participación de la Fiscalía General de la Nación, en la

producción de la providencia que ordenó la captura del señor EMIRO RODELO MENDOZA, ni mucho menos de haber sido la entidad que profirió la medida de aseguramiento que lo privó de la libertad. En igual sentido expresa, que la parte actora no señala las fechas correspondientes a los hechos que constituyen el daño en este caso, así como las circunstancias de tiempo modo y lugar en que acaecieron, lo que resta veracidad a lo afirmado por aquella.

Sin perjuicio de lo anterior, manifiesta que no le asiste razón a la parte actora en la solicitud de resarcimiento de los daños que en su sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación, puesto que no siempre que una persona haya sido privada de la libertad, como consecuencia de una orden de captura o medida de aseguramiento y posteriormente la recupere, se configura falla en el servicio como fuente de responsabilidad administrativa, toda vez que la Fiscalía General de la Nación, en estos casos actúa con un justo título, cual es, el estar encargado de la investigación penal, conforme al Art. 250 de la C.P.

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Con auto de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil once (2011), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.109-110); y, mediante auto de fecha veintiocho (28) de febrero del 2013 (fl.190), se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente. En esta oportunidad procesal solo la parte demandada alegó de conclusión y a su vez el Ministerio Público rindió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandada: Manifiesta el apoderado de la entidad accionada que, la medida de aseguramiento de que fue víctima el señor EMIRO MENDOZA RODELO, no puede tildarse de injusta, pues dicha medida estuvo fundada en pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación, y con ella no se vulneró ningún derecho fundamental, ajustándose la providencia que la determinó a las exigencias tanto de fondo como de forma que prevé la ley penal como quiera que existían indicios graves de responsabilidad penal en los hechos investigados.

Agrega que el requisito *sine qua non* para que una entidad del Estado pueda comprometer su responsabilidad patrimonial, es que en desarrollo de sus funciones haya incurrido en falta o falla del servicio, bien sea por simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones de la misma naturaleza que hayan causado un perjuicio a un tercero, siendo ésta la causa común y frecuente de la responsabilidad estatal y en consecuencia será necesario que se configuren los requisitos ya citados, situación que no se presenta en este caso.

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, rindió concepto de fondo en esta oportunidad, solicitando de forma respetuosa que se nieguen las pretensiones de la demanda. Así lo consideró, puesto que atendiendo al material probatorio allegado al proceso, la parte actora no demostró la existencia del daño endilgado a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto no acreditó que dicha entidad halla proferido la resolución que lo privó de la libertad al señor EMIRO MENDOZA RODELO, así como tampoco que le haya dictado medida de aseguramiento.

Por razones consideró que no se probó el daño en este caso, y ello enerva las pretensiones de la demanda.

II. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

III. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A., en concordancia con los artículos 65 a 73 de la ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

La presente acción fue iniciada oportunamente, toda vez que la resolución por la cual la Fiscalía 36 Seccional de Cartagena precluyó la investigación adelantada en contra del señor EMIRO MENDOZA RODELO Y OTROS, fue notificada a las partes el día 27 de julio de 2006 y, su ejecutoria se produjo el 1º de agosto de la misma anualidad.

En ese orden de ideas, la demanda se instauró el día 10 de abril de 2007, por lo que se encuentra acorde al plazo de 2 años que para tal efecto dispone el Art. 136 numeral 8º del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si el señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO fue objeto de alguna medida restrictiva de la libertad, que le haya causado un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar, y si dicha decisión generó responsabilidad para el Estado, cuando posteriormente se precluyó la investigación del punible de rebelión, por el que era investigado.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión No. 004 de este Tribunal no dará despacho favorable a las pretensiones de la demanda, como quiera que no se encuentra demostrado en el proceso que sobre el señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO haya recaído alguna medida restrictiva de la libertad, demostración que tiene el carácter de sustancial en esta clase de asuntos y su carga corre por cuenta de la parte actora, de acuerdo con las reglas que informan el principio de la carga de la prueba.

Marco normativo y jurisprudencial**De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.**

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el "Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados

por la acción o la omisión de las autoridades públicas"; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que textualmente reza:

"Indemnización por privación injusta de la libertad-. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, referida a quien ha sido privado injustamente de la libertad y la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones puntuales: i. El hecho no existió, ii. El sindicado no lo cometió y iii. La conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas¹. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

- a. Una primera línea jurisprudencial que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que "la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace

¹Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ, doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

- b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., esto es, absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención.
- c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del in dubio pro reo².

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o

²Sección Tercera, Consejera ponente MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ocno (8) de julio de dos mil nueve (2009)

preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporta esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia³.

CASO CONCRETO

Se afirma en este proceso que el señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO fue sujeto de una investigación penal, dentro de la cual se le impuso medida injustificada de detención o privación de la libertad.

Lo precario del acervo probatorio sólo permite destacar las siguientes pruebas que resultan relevantes:

- Copia auténtica de la Resolución de fecha julio de 12 de 2006, a través de la cual la Fiscalía Seccional 36 de Cartagena, precluyó la investigación adelantada en contra del señor EMIRO MENDOZA RODELO y otros, por el tipo penal de rebelión. (fl. 134-147)
- Testimonios de WILLIAM ALBERTO GÓMEZ MEZA, GUIOMAR MARÍA LOZADA MUÑOZ y ANTONIO RAFAEL OLEA MARTINEZ, quienes depusieron sobre la actividad económica del señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO, así como sus calidades personales y su vida familiar. (fl. 181-183)

Pues bien, conforme al marco normativo expuesto precedentemente, en los

³Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO CAMBOA treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

casos de privación injusta de la libertad, el H. Consejo de Estado ha establecido que el régimen de responsabilidad aplicable es eminentemente objetivo; en ese sentido, le corresponde a la parte actora demostrar la existencia del daño y del hecho dañino, puesto que la entidad demandada solo puede exonerarse en estos casos demostrando la existencia de una casusa extraña, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

A continuación se avoca la Sala al estudio del daño alegado por el demandante.

DAÑO

En su oportunidad sobre este elemento de la responsabilidad, expresó el apoderado del actor, que su poderdante fue privado injustamente de la libertad, en virtud de orden de captura y medida de aseguramiento dictada por la Fiscalía General de la Nación; y agrega, que su apadrinado recuperó su libertad a través de la Resolución de fecha 12 de julio de 2006 expedida por la Fiscalía Seccional 36 de Cartagena, quien precluyó la investigación que se adelantaba en contra del señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO, por cuanto los testimonios que sirvieron de fundamento para el inicio de la investigación por el delito de rebelión, carecían de veracidad.

A su turno, el apoderado de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, se opuso a la prosperidad de la acción, por cuanto el actor no demostró la existencia del daño que le endilga a su representada, pues considera, que de las pruebas aportadas con la demanda no se acredita, qué entidad expidió la orden de captura en su contra, así como quién profirió la medida de aseguramiento.

Ahora bien, la Sala advierte sobre este elemento de la responsabilidad, que el mismo carece de asidero factico que acredite su existencia en el proceso, puesto que la única pieza probatoria que se allegó al plenario referente a la investigación penal adelantada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en contra del señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO, solo da cuenta de que dicha investigación finalizó por preclusión de la investigación; pero la sola lectura de dicha providencia no brinda certeza a esta Colegiatura, sobre la

materialización de la privación de la libertad de la que dice el actor fue víctima.

En ese sentido, en el plenario se echa de menos la prueba contundente de la cual pueda colegir esta Corporación, que el señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO estuvo efectivamente privado de la libertad; circunstancia que se erige en el punto central de este elemento de la responsabilidad, como quiera que ese es el daño alegado por el actor.

En ese sentido, ha de recordarse que corresponde a las partes probar el supuesto fáctico sobre el cual descansa la prosperidad de sus pretensiones, y en especial para este caso, la existencia del daño alegado a saber, la privación de la libertad, conforme lo dispone el Art. 177 del C.P.C., aplicado a estos casos en virtud del principio de remisión normativa dispuesto por el Art. 267 del C.C.A.

Sobre la carga probatoria que incumbe a las partes, el H. Consejo de Estado⁴ se ha pronunciado en los siguientes términos:

CARGA DE LA PRUEBA - Compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte / CARGA DE LA PRUEBA - Noción. Definición. Concepto

Como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C., y si bien la ley faculta al juez para decretar pruebas de oficio, tal posibilidad no puede convertirse en un instrumento que supla las obligaciones que corresponden a las partes en el proceso. Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, conoce de antemano cuáles de los hechos interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente. GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ Bogotá, D.C., veintitres (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número 76001-23-24-000-1997-04109-01(20477) Actor ANDRES FELIPE LOAIZA CONTRERAS Y OTROS Demandado NACION-MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL, MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

la necesidad de que así sea, más aún tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos. Siendo así las cosas, por deficiencia probatoria no es posible atribuir responsabilidad alguna a la Administración Pública, pues es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para ello, todos los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda y no solo la mera afirmación de los mismos, para poder establecer cuál fue la actividad del ente demandado que guarda el necesario nexo de causalidad con el daño y que permita imputarle la responsabilidad a aquel, situación que no se dio en el sub lite. Ante la deficiencia probatoria anotada, la Sala debe concluir que no se encuentra acreditada la responsabilidad de las entidades demandadas, presupuesto necesario para enjuiciar la conducta desarrollada por aquellas. Por lo tanto, los actores no cumplieron en esta ocasión con la carga probatoria mínima que le era exigible, relativa principalmente a acreditar la responsabilidad de las entidades demandadas."

La Sala observa en el presente caso, que el demandante incumplió con la carga probatoria que le correspondía, por cuanto era su deber acreditar la ocurrencia el daño que afirma le fue ocasionado por la entidad demandada; circunstancia que no fue demostrada en el curso del proceso, puesto que el escaso material probatorio recabado, no da certeza del mismo.

Si bien en el curso del proceso, se practicaron los testimonios de WILLIAM ALBERTO GÓMEZ MEZA, GUIOMAR MARÍA LOZADA MUÑOZ y ANTONIO RAFAEL OLEA MARTINEZ, aquellos solo hicieron referencia a las relaciones personales del actor y a la actividad económica desarrollada por aquel, sin que hayan realizado afirmación alguna respecto de la presunta privación de la libertad que aduce el señor EMIRO RAFAEL MENDOZA RODELO.

En ese orden de ideas, la Sala negará las pretensiones de la demanda, puesto que la actividad probatoria desplegada por la parte actora en el curso del proceso, no fue suficiente para cumplir con la sustancial carga que le cabía, sobre la prueba del daño como elemento de la Responsabilidad extracontractual del Estado, pues teniendo esa obligación, hizo caso omiso de la misma; si bien es cierto que el H. Consejo de Estado ha considerado que la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad es de naturaleza objetiva, ello no releva a la parte actora del deber de probar el daño en el presente caso.

COSTAS.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponerle condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ECTER MANDIÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



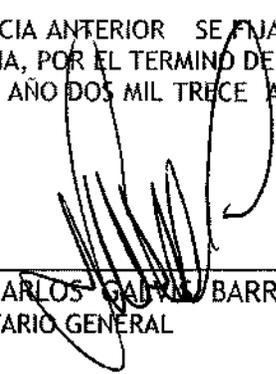
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1234
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2011-00262-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIRMÓ EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C.

Octubre Once (11) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 264/2013.

2ª Instancia

Tema: Reajuste Asignación de Retiro – Prima de Actividad

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-009-2011-00262-01
Demandante: PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En atención a los artículos 115 de la Ley 1305 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde, por tratarse de un asunto que ya ha sido decantado por este Tribunal y por encontrarse en litigio los derechos de la tercera edad.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el señor PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD

Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

"PRIMERO: Que se declare Nulo el Acto Acusado contenido en el oficio CREMIL 72968 de fecha 16 de septiembre de 2010 emanado por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – Subdirección de Prestaciones Sociales que negó el pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD en un porcentaje del 49.5% del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro devengada por mi poderdante a partir del 1º de Enero del año 2009 tal y como fue ordenado por el artículo 30 del Decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en aplicación del principio de Oscilación y Derechos Adquiridos de ratificación y alcance en la Ley 923 de 2004.

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar a favor de mi poderdante PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO la PRIMA DE ACTIVIDAD por el devengada en un porcentaje del 49.5% sobre el sueldo básico, junto con sus reajustes de Ley a partir del día 1º de Enero de 2009 tal y como fue ordenado por el artículo 30 del Decreto 737 de Marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en aplicación del Principio de Oscilación y Derechos Adquiridos de ratificación y alcance en la Ley 923 de 2004.

"TERCERO: Así mismo se ordene a la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar a favor de mi poderdante, de manera retroactiva las diferencias dinerarias indexadas que se hayan generado por concepto de PRIMA DE ACTIVIDAD entre lo pagado y lo realmente debido desde el día 1º de enero de 2009, y las que se generen hacia el futuro como consecuencia de la reliquidación de la base pensional hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago.

(...)."

HECHOS RELEVANTES

Como soporte fáctico de las pretensiones, se expone:

Que el señor PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO recibe en la actualidad una Asignación de Retiro de parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES en calidad de Suboficial Jefe ® de la Armada Nacional, en la cual se le computa y paga la partida denominada PRIMA DE ACTIVIDAD en un 30% sobre el sueldo básico, tal y como consta en el acto acusado de nulidad.

Manifiesta que desde el 1° de enero del año 2.009 se le viene cancelando al demandante la prima de actividad en un porcentaje del 30% de su sueldo básico, y no lo correspondiente del 49.5% ordenado por el Decreto 737 de 2.009 promulgado el día de marzo de 2009, lo que ha producido diferencias económicas entre lo pagado y lo realmente debido en su asignación de retiro como sueldo básico.

Sostiene que en aras de agotar la vía gubernativa el actor elevó reclamación solicitando el pago de la prima de actividad en un porcentaje del 49.5% del sueldo básico como partida computable de la Asignación de Retiro por ella devengada a partir del día 1° de Enero del año 2.009 tal y como fue ordenado por el artículo 30 del Decreto 737 de Marzo 6 de 2.009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1.990 en aplicación del Principio de Oscilación y Derechos Adquiridos de ratificación y alcance en la Ley 923 de 2.004. En ese mismo orden de ideas solicitó el pago retroactivo de las diferencias entre lo pagado y lo realmente debido por concepto de Prima de Actividad desde el día 10 de Enero de 2.009 hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago con sus respectivos reajustes, intereses de mora e indexaciones.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en su negativa a la solicitud, respondió mediante Oficio CREMIL No. 72968 de fecha 16 de septiembre de 2.010.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora invoca como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: artículos 13, 25, 29, 48 y 53.

Legales: artículo 30 del Decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, Ley 923 de 2004.

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

Sostiene que las normas antes indicadas han sido transgredidas en su totalidad al negar a la actora el reajuste de la Prima de Actividad por ella devengada conforme a las reglas establecidas en el Decreto 737 de 2.009 promulgado el día 6 de marzo de 2.009, modificadorio del artículo 84 del Decreto 1211 de 1.990 que en su artículo 30 dice lo siguiente: "La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%)".

Manifiesta que es claro que dicha norma, modifica todas las anteriores en lo que respecta al pago de la Prima de Actividad para los Pensionados de las Fuerzas Militares y la misma por aplicación de los principios constitucionales de Derechos Adquiridos y la aplicación prevalente de la Condición más Beneficiosa para el trabajador como materialización del principio de FAVORABILIDAD LABORAL, al igual que deja sin efectos lo normado por el Decreto 2863 del 27 de julio del 2007, donde el Gobierno Nacional autorizó el aumento de la Prima de Actividad en un 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto, la cual es retroactiva a partir del 01 de julio de 2007.

Afirma que dicho reajuste fue aplicado por el Gobierno Nacional para el personal en retiro en cumplimiento del Principio de Oscilación consagrado en la misma norma de la siguiente manera: "Artículo 4º. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la

Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 10 de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones y condenas, manifestando que con la expedición del Decreto 2863 de julio de 2007, dispuso el incremento de la prima de actividad en el 50% del porcentaje que venía siendo liquidada, la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en la norma, de tal suerte que antes del mes de julio de 2007, el actor tenía una prima de actividad del 20% y a partir del mes de julio de 2007 devenga un porcentaje de prima de actividad del 30%.

Afirma que la Caja de Retiro, le reconoció al actor asignación de retiro a través de la Resolución No. 3296 de 1971 y acreditó un tiempo total de servicio de 19 años, 1 mes y 19 días.

Agrega que el actor venía devengando el 30% de la prima de actividad, hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual se incrementó dicho porcentaje en un 50%, quedando este en el 45%, sobre este punto es importante anotar, que con la expedición del Decreto 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, no se entró a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

Propone como excepciones las siguientes:

- No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
- Inepta demanda por inexistencia de unidad jurídica.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda, destacándose lo siguiente:

Estimó la *a quo*, que no es posible incrementar la prima de actividad del actor en un 49.5% del sueldo básico, ya que el mismo solo está destinado para el personal que se encontraba activo al momento de entrar en vigencia el Decreto 2863 de 2007, lo cual excluye al actor, ya que obtuvo su asignación de retiro en el año 1971.

Afirma la Juez que, tampoco podía reclamar el incremento del 50% de su prima de actividad, en virtud de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, toda vez que la demandada ya realizó dicho reajuste, al incrementarla de un 20% al 30% del sueldo básico, por lo tanto los artículos citados por el actor no modifican la normatividad que regulan su prima de actividad, por el contrario ratifican el porcentaje en que la percibe actualmente, de modo que el incremento solicitado es solo para el personal activo en vigencia del Decreto 737 de 2009 y este al no regular de manera expresa situaciones constituidas con anterioridad a su vigencia, hace improcedente lo pretendido por el actor, en virtud del principio de irretroactividad de la norma.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primera instancia, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, interpuso recurso de apelación el apoderado de la **parte demandante** contra la sentencia del treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), manifestando su inconformidad y solicitando revocar dicha sentencia para que

en su defecto se accedan a las pretensiones de la demanda, pues considera que la Juez de primera instancia muy a pesar de realizar una cronología de las normas que consagran dicha prima de actividad, la misma es insuficiente, puesto que no precisa la génesis de la partida computable dentro de la asignación de retiro del actor, así como también existe ausencia de argumentación en lo concerniente al principio de oscilación que rige las prestaciones entre personal activo y en uso de buen retiro.

Manifiesta que el Decreto 737 de 2009, promulgado el 6 de marzo de 2009, modificadorio del artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, establece el porcentaje de 49.5% para el personal en actividad, el cual en aplicación del principio de oscilación debe ser materializado para todo el personal en retiro, al igual que el derecho constitucional de igualdad, puesto que no habría razón para discriminar normativamente a aquellos que una vez fueron servidores activos de la Fuerza Pública.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 29 de julio de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 126); y, con providencia adiada agosto 26 de esta misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 129).

En esta oportunidad procesal la parte demandante guardó silencio, la parte demandada alego de forma extemporánea y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia adiada treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar en primer lugar, si el demandante tiene derecho al incremento de la prima de actividad al 49,5% a partir del 1º de enero de 2009 de acuerdo a lo ordenado con la entrada en vigencia de Decreto 737 de 2009.

Una vez superado el primer problema jurídico, analizará la Sala si en consecuencia el señor PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO, tiene o no derecho a la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro en el sentido de incluir los incrementos de la prima de actividad, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 2070 de 2003, Decreto 4433 de 2004, Decreto 2863 del 2007 y Decreto 737 de 2009.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata del Oficio Cremil No 72968 de fecha 16 de septiembre de 2010, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual negó la reliquidación de la asignación de retiro por concepto de reconocimiento de la prima de actividad al señor SJ ® PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO (fl. 11).

En sede administrativa el señor PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO por intermedio de apoderado, presentó derecho de petición de fecha 7 de septiembre de 2010, según se desprende del acto acusado, el cual fue decidido por la entidad hoy demandada mediante Oficio Cremil No 72968 de fecha 16 de septiembre de 2010, agotando así la vía gubernativa como lo dispone el art. 63 del C.C.A. y, por tanto, habilitando a la jurisdicción de lo contencioso

administrativo para efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado en la forma como lo establece el art. 135 ib.

MARCO JURÍDICO

Para resolver el asunto objeto de debate es necesario tener en cuenta las normas reguladoras de la prima de actividad a fin de determinar con claridad cuáles son los factores a tener en cuenta para liquidarla.

1. Naturaleza y Evolución de la Prima de Actividad.

La prima de actividad se consagró como un factor que tiene relevancia, como su nombre lo indica, para aquellos servidores de la Fuerza Pública en estado de servicio activo que es una retribución que se le asigna al servidor como un porcentaje de su sueldo básico.

Así mismo, la prima de actividad por expreso mandato normativo, constituye un factor que integra los conceptos que ha de tener en cuenta la Caja de Retiro correspondiente a efectos de liquidar la Asignación de Retiro de los miembros de la fuerza Pública.-

En ejercicio de la referida por la Ley 19 de 1.983¹ se expidió el **Decreto 089 de 1.984**, mediante el cual se reorganizó la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares.

Esta disposición estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo en cuantía equivalente al 33 (%) por ciento del respectivo salario o sueldo básico (Art.80). En el mismo sentido se incluyó la Prima de Actividad como factor o concepto integrante para liquidar la Asignación de retiro (Art.151).-

Posteriormente, como efecto de las facultades conferidas de la ley 5ª de 1.988², se expide el **Decreto 095 de 1.989** regulando la prima de actividad en su artículo 82 con el siguiente tenor literal:

¹Que revistió al Presidente de la Republica de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

²Que revistió de facultades al Presidente de la República para reformar los estatutos de carrera de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; el régimen disciplinario para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; el estatuto de Capacidad Psico-física, Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; y Reformar los Reglamentos de Calificación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

"Art.82: Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio Activo tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."

Igualmente la citada normatividad dispuso incluir la prima de actividad para el cómputo de las prestaciones y en la asignación de retiro, regulados así:

"Artículo 154. Cómputo de la Prima de Actividad. A los oficiales o suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

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

Se anota que el Decreto 095 de 1.989 derogó de manera expresa, el Decreto de 089 de 1.984.-

Siguiendo el orden cronológico normativo, el Congreso de la República expide la **Ley 66 de 1989** mediante el cual le otorgó facultades protempore al Presidente de la República para, entre otros, reformar los estatutos del personal de **Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional**, en las siguientes materias: disposiciones preliminares; jerarquía; clasificación, escalafón, ingreso, formación y ascenso; administración de personal; asignaciones, subsidios, primas, dotaciones y descuentos, traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias; suspensión, retiro, separación y reincorporación; régimen general de prestaciones sociales; reservas, normas para alumnos de las escuelas de formación; trámite para reconocimientos prestacionales y disposiciones varias.

Amparado en ella expide el **Decreto 1211 de 1.990** "por medio el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas

militares". Este Decreto no tuvo variación en cuanto a la regulación de la Prima de Actividad tanto para el personal en servicio activo como para el retirado, conservando los porcentajes en relación con el tiempo servido para efecto de cuantificar su inclusión en la asignación de retiro respecto de las disposiciones del Decreto 095 de 1.989. En efecto, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1.990 consagró la Prima de Actividad para el personal en servicio activo así:

"ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".

Por su parte, en relación con su inclusión en la asignación de retiro, sus porcentajes con relación al tiempo servido se reguló en el artículo 159 de la siguiente manera:

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

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

- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).

- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)".

Se tiene entonces que el Decreto 1211 de 1.990 estableció el cómputo de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 en la siguiente forma:

"ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de

asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias".

Hasta este momento se tiene que existen unas disposiciones que regularon de manera uniforme, y más o menos pacífica, la inclusión de la prima de actividad, tanto en el Salario o sueldo básico de los miembros en servicio activo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, y luego como concepto o factor para liquidar las asignaciones de retiro, en un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su pase a retiro.-

Luego de las disposiciones anteriores al Decreto 1211 de 1.990, se expide la **ley 797 de 2.003** mediante el cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

"ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política".

En desarrollo de la precitada normatividad, se expide el **Decreto 2070 de 2.003** "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares". En el Decreto que nos ocupa, al regular la Asignación de Retiro y de manera especial y concreta las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares dispuso:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 **Prima de actividad.**

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.

13.2 Soldados profesionales.

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

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

Por su parte, en relación con los porcentajes de las partidas computables para efectos de liquidar la Asignaciones de retiro de las Fuerzas Militares, el artículo 15 del Decreto 2070 de 2003 señaló:

"ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20)

hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables".

Debe decirse respecto del Decreto 2070 de 2.003 que fue declarado inexecutable mediante la Sentencia **C-432 de 2.004** con fundamento en los siguientes argumentos:

"Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

15. Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias."

Y Agregó en relación con toda la normatividad en estudio:

"18. En el asunto bajo examen, tanto el Decreto-Ley 2070 de 2003 "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional" como su ley habilitante, al conformar un solo conjunto regulador sujeto a unos mismos principios y reglas, constituyen un sistema normativo entrelazado, frente al cual esta Corporación debe proferir un fallo unívoco.

En efecto, todo el contenido normativo del Decreto-Ley 2070 de 2003, se destina a regular el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública, señalando, entre otras materias: Su campo de aplicación (art. 1º), la garantía de los derechos adquiridos en materia de asignación de retiro y otras pensiones (art. 2º), los principios que regulan las prestaciones de asignación de retiro y otras (art. 3º), los factores salariales susceptibles de constituir el ingreso base de liquidación de las citadas prestaciones (arts. 4º, 5º y 6º), la forma de computar el tiempo

de servicio para la debida liquidación prestacional (arts. 7º, 8º, 9º y 10), el régimen de beneficiarios (arts. 11 y 12), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de las fuerzas militares (arts. 13 a 22), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de la policía nacional (arts. 23 a 29), la pensión de invalidez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional (arts. 30 a 33), otras disposiciones relacionadas (arts. 34 a 45) y la vigencia (art. 45).

Por ello, si todo el Decreto-Ley 2070 de 2003 es contrario a la Constitución Política por vulnerar la reserva de ley marco, debe integrarse cabalmente la unidad normativa, en el entendido que conforma un sistema normativo integral con la ley habilitante. Lo anterior, con el propósito de impedir que en el ordenamiento jurídico continúen produciendo efectos en derecho disposiciones que desconocen la naturaleza jerárquica del Texto Superior.

Por lo anterior, la Corte declarará en la parte resolutive de esta providencia inexecutable tanto el numeral 3º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, como el Decreto 2070 de 2003, por vulnerar la reserva de ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición del Texto Superior."

Por manera entonces que el Decreto 2070 de 2003, en su integridad, fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional generando como efecto de derecho, el que la legislación que le precedía y que regulaba las asignaciones de retiro, concretadas en el Decreto 1211 de 1990, recobrarán toda su vigencia y validez. Así lo dispuso la sentencia que viene relacionada en los siguientes términos:

"24. Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que "la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta"³⁶.

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

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

Surge como *ratio decidendi* de la sentencia de constitucionalidad que se cita, que el régimen prestacional de la Fuerza Pública sólo puede ser expedido en desarrollo de una ley marco creada por el Congreso de la República y por tanto, el Presidente de la República carece de facultades para regular la materia mediante una norma jurídica distinta.

El discurrir normativo nos conduce a la expedición de la **Ley 923 de 2.004** "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política". Con apoyo en la citada ley, se expide el **Decreto 4433 de 2.004**, que en su artículo 13 dice:

ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

3.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 **Prima de actividad.**

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 10 del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Del artículo anterior, la Sala observa que hubo un cambio frente a la redacción que tenía el artículo 158 del Decreto Ley 1211 de 1990, puesto que en el nuevo artículo se expresa que entre las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro, está la prima de actividad, pero sin agregarle lo atinente a los porcentajes que entre el 15% y el 33% que traía el artículo 159 del Decreto ley 1211 de 1990.

Adviértase además que tanto el declarado inexecutable Decreto 2070 de 2.003, como el Decreto reglamentario 4433 de 2.004, son explícitos y claros en señalar el ámbito de aplicación temporal y material de sus disposiciones. En efecto, todos los Decretos que vienen enunciados con posterioridad al 1211 de 1.990, apuntan a prescribir, que la regulación en ellas contenidas³⁴, desde el punto de vista material y personal, comprenden a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos, o que se encuentren en servicio activo la entrada en vigencia y sean retirados.

De manera pues que si bien es cierto que el numeral 13.1.2. del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, tuvo una redacción diferente a la del artículo 158 del Decreto Ley 1211 de 1990, pues en el primero nada se dijo referente a porcentajes atados a tiempo de servicios para incrementar la prima de actividad como factor computable de las asignaciones de retiro, no obstante la Sala considera que ello no significó que el gobierno hubiese derogado mediante dicho decreto las disposiciones que sobre la materia trae el art. 159 del Decreto Ley 1211 de 1.990.

Así las cosas, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2.004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo a la variación porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo tanto en ese aspecto, a juicio de la Sala siguió en plena vigencia y eficacia, el contenido de los artículos 84, 159 y concordantes del Decreto 1211 de 1990.

³ "Art. 13 del Decreto 2070 de 2 003 " que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto" artículo 14 " Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, que sean retirados " y artículo 15 Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto

⁴ "Artículo 14 del Decreto 4433 de 2 004 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados"

En ese mismo orden de ideas, para todos los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la Asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el status de retirado antes del Decreto 1211 de 1990, hasta ese momento debía estarse a la normativa bajo cuya vigencia el Oficial y suboficial alcanzó el reconocimiento de dicha prestación, normas estas que en nada se oponen al contenido del Decreto 4433 de 2.004.-

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, tenemos que fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, el cual en su artículo 2º dispuso:

"Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)". (Negritas fuera del texto)

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

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

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones". (Negritas fuera de texto)

Es decir, que a partir de la expedición del Decreto Reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno Nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y

suboficiales de las Fuerzas Militares obtenidas antes del 1º de julio de 2007, y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

De igual manera se expidió con relación a la prima de actividad, el Decreto 673 de marzo 4 de 2008, que en el artículo 31 dispuso lo siguiente:

"Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68 del decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%)

Para el computo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del decreto ley 1211 de 1990 y 141 del decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)". (Negrillas fuera de texto)

Y finalmente el Decreto 737 de marzo 6 de 2009, el cual en su artículo 30 estipuló:

Artículo 30. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

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

Ahora, con relación al denominado principio de oscilación, cabe señalar que el mismo es un sistema de reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares de acuerdo con las variaciones o modificaciones que se introduzcan anualmente en las asignaciones de actividad para cada grado por el gobierno nacional y que tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro.-

Dicho principio de oscilación, para el ramo de las fuerzas militares, ha venido consagrado de forma inalterable desde hace varios años pudiendo citar por ejemplo el art. 139 del Decreto 2337 de 1971, que decía lo siguiente:

"Artículo 139. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto

se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de este decreto. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.

Otras disposiciones como el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990 lo consagraron de la siguiente manera:

“Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. *Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.*

Posteriormente los Decretos 2070 de 2003 art. 42 y 4433 de 2004 artículo 42, mantuvieron la misma redacción que tenía el principio de oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.

DEL CASO EN CONCRETO.

Posición de la Sala frente al reconocimiento del 49.5% de la prima de actividad conforme a los Decretos 2070 de 2003, Ley 923 de 2004, Decreto 4433 de 2004, 2863 de 2007 y 737 de 2009.

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

Revisada la foliatura se observa que a páginas 31 a 32 del expediente al señor SJ ® PLINIO JOSE GARCIA CAMACHO le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 3296 de octubre 22 de 1971 y aprobada con Resolución No. 07717 de diciembre 7 de 1971, en las que se tuvo en cuenta su grado de Suboficial Jefe de la Armada Nacional con que se retiró del servicio y

además tiene legalmente reconocida la asignación de retiro a partir del 1° de octubre de 1971.

Según certificación expedida por el Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se relaciona el valor de la asignación de retiro con sus correspondientes porcentajes de la prima de actividad como partida computable desde el año 2009 hasta el 2012 devengado por el actor y en el mismo se observa que el reajuste de la prima de actividad fue realizado al incrementarse de un 20% a un 30% del sueldo básico (fl. 56).

De lo anterior se puede verificar, que en el año 2007, la prima de actividad le fue liquidada en un porcentaje de 30%, es decir que se cumplió por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, es decir, que se aumentó en un 50% lo que se le venía cancelando al señor PLINIO GARCIA CAMACHO, por concepto de prima de actividad.

El señor PLINIO GARCIA CAMACHO, interpone demanda de nulidad y restablecimiento contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que se le reconozca, reliquide y pague la prima de actividad en un porcentaje del 49.5% a partir del 1° de enero de 2009 conforme al Decreto 737 de 2009.

El *a quo* en su sentencia declaró que con relación al aumento del porcentaje de la prima de actividad al 49.5%, no es posible, por cuanto al haberse producido el retiro del actor y habiéndosele reconocido asignación de retiro en el año 1971, no se le puede dar aplicación al porcentaje establecido en el Decreto 737 de 2009.

El demandante al no encontrarse de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia interpone recurso de apelación contra la misma, en el que sostiene que la sentencia impugnada quebranta la ley pues considera que, el Juez de instancia no realizó el ejercicio jurídico correspondiente alegando que sólo aplicó los decretos anteriormente citados de forma literal, sin además analizar la ponderación de los principios como el de la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, la igualdad y la oscilación.

En lo que respecta a la aplicabilidad de dicha disposición a quienes perciben asignación de retiro, o son beneficiarios de la misma, con anterioridad al proferimiento de la norma en comento – Decreto Ley 737 de 2009 –, debe decirse que el mismo cuerpo normativo previó dicha situación al dejar vigente, de manera expresa, en virtud de la disposición 37, el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, según el cual, a quienes disfruten de asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 1º de julio de 2007, deberá aplicarse el beneficio a que hace referencia el artículo 2º del Decreto 2863 del 2007, es decir, la misma seguirá siendo sujeto pasivo del incremento del 50% de la prima de actividad consagrado en dicha disposición.

En suma, es claro para la Sala que la prima de actividad y su cómputo para liquidar la asignación de retiro, son materias que han sido objeto de regulación expresa por parte de las autoridades competentes, y que para resolver casos concretos, pertinente es determinar las norma vigentes al momento del reconocimiento de la prestación, así como el mandato de aquellas que expresamente hubieren extendido su aplicación, a situaciones que venían consolidadas bajo el imperio de reglas anteriores.

Así mismo, debe decirse que de manera expresa, la Ley 737 de 2009, en su artículo 37, señaló que se encuentra vigente el artículo 4º contenido en el Decreto 2863 del 2007, en virtud del cual, se establece, que a quienes sean beneficiarios de asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 1º de julio de 2007, cual es el caso de la demandante, se les deberá reconocer el incremento del 50% en la prima de actividad a que hace referencia el artículo 2º del Decreto 2863, tal como lo ha venido haciendo la entidad demandada, según constancia visible a folio 56, que llevó del 20% al 30% el porcentaje en que se computa la prima de actividad para efectos de la liquidación de la asignación de retiro cuyo reajuste se pretende, por lo tanto la entidad demandada dio cumplimiento al incremento ordenado, aumentando un 10% a la prima de actividad del actor, porcentaje que corresponde al 50% de lo que él venía percibiendo por concepto de prima de actividad.

En ese orden de ideas, para la Sala resulta claro que la negativa de la entidad demandada en reajustar la asignación de retiro de que goza el actor, -

teniendo como factor de liquidación la prima de actividad en un porcentaje del 49.5%, en los términos planteados por el accionante -, se encuentra ajustada a derecho, por lo que se confirmará en todos sus apartes la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la Sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

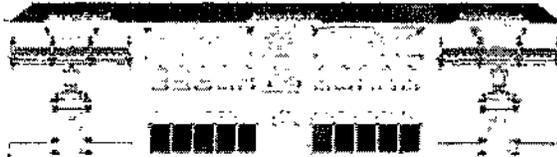

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO

DLBT

AUSENTE CON PERMISO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1235
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

MAGISTRADA PONENTE-DRA: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

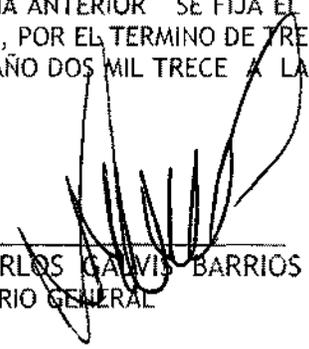
**DEMANDANTE : AGENCIA D E ADUANAS DHL GLOBAL
FORWARDING COLOMBIA NIVEL I
DEMANDADO : U-A-E DIAN**

RADICADO J. XXI : 13-001-33-31-010-2010-00041-01

FECHA DE LA PROVIDENCIA: ONCE (11) 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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002**

- SALA DE DECISIÓN 004 -

Cartagena de Indias, D. T. y C., Octubre (1) de dos mil trece (2013).

SENTENCIA No. **260** 2013

**Tema: Aplicación de Reglas de interpretación de nomenclatura – arancel
aduanero.**

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación :	13001-33-31-010-2010-00041-01
Demandante:	AGENCIA DE ADUANAS DHL GLOBAL FORWARDING COLOMBIA S.A. NIVEL 1
Demandado:	UAE DIAN

Procede esta Sala de decisión, según facultades consignadas en el Acuerdo PSAA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA 9201 de febrero 1° de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 , emanados del Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Marzo 27 de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del circuito de Cartagena, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho instaurada a través de apoderado judicial, por la Sociedad AGENCIA DE ADUANAS DHL GLOBAL FORWARDING COLOMBIA S.A. NIVEL 1, contra la UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La demanda persigue las siguientes

PRETENSIONES

“1. Se decrete la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 001-048-241-654-000940 del 20 de Mayo de 2009 y su

confirmatoria la Resolución N° 048-236-2008-2009-0181-002274 del 29 de octubre de 2009, emanadas de la División de Gestión de Liquidación Aduanera y de la División de Gestión Jurídica Aduanera respectivamente, de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. Como consecuencia de lo anterior se acceda a la Liquidación Oficial de Corrección y se autorice la Devolución del Arancel e IVA liquidado y pagado en exceso, condenándose así a la U.A.E Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la devolución de las siguientes sumas:

2.1. Por daño emergente el valor del arancel e IVA pagado en exceso, es decir por la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE (\$ 3.560.516) más sus intereses.

2.2. Por lucro cesante la actualización de la suma anterior, según el índice de precios al consumidor, más un 6% desde el momento de los hechos hasta el día en que se realice efectivamente el reintegro al demandante.

HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos bajo los cuales se soportan las anteriores pretensiones, se consignan así:

Con documento de transporte HB/L N° 37110020-4353-804.028 de abril 16 de 2008 proveniente de HAMBURG – AEMANIA, arribó por puerto de Cartagena el 29 de abril de 2008, mercancía consignada a nombre de la sociedad OSRAM DE COLOMBIA ILUMINACIONES S.A. consistente en 1 contenedor de 40” conteniendo lámparas de varios tipos.

Dicho documento de transporte fue debidamente presentado, y la referida mercancía fue nacionalizada con las declaraciones de importación iniciales, con las cuales se pagó por concepto de tributos aduaneros, la suma de \$82.366.270.

Por un error cometido en la clasificación arancelaria, por parte del funcionario encargado de su análisis, algunas de las mercancías objeto de importación, amparadas en la declaración con autoadhesivo N° 14502050583166 de fecha mayo 15 de 2008, fueron clasificadas equivocadamente por la subpartida

85.39.29.90.00, liquidando y pagando por concepto de tributos aduaneros una tarifa de Arancel del 20% y un IVA del 16%, cuando lo correcto era clasificarlas por la subpartida 85.39.21.00.00., subpartida que establece un gravamen arancelario del 5%, toda vez que las mercancías objeto de importación corresponden a "*Lámparas Halógenas de Wolframio (Tungsteno)*", productos que de acuerdo a las reglas interpretativas y a las notas explicativas consignadas en el arancel de aduanas deben clasificarse por esta subpartida.

La solicitud de liquidación oficial de corrección para efectos de devolución, tiene su fundamento técnico y legal en la debida aplicación de las Reglas Generales 1 y 6 para la interpretación de la Nomenclatura común – NANDINA 2007 del arancel de aduanas, pues la mercancía debió clasificarse bajo la subpartida 85.39.21.00.00, tal y como se puede evidenciar con el análisis integral de los documentos soporte de la importación (factura comercial, catálogos y fichas técnicas de los productos).; y no de la forma como se hizo, como quiera que la clasificación arancelaria de las lámparas halógenas tiene una posición específica.

Mediante escrito radicado el 09 de septiembre de 2008, se solicitó ante la DIAN Cartagena, devolución del valor correspondiente al arancel y el IVA pagado en exceso.

Por medio de la Resolución 000940 del 20 de mayo de 2009 se negó la anterior solicitud, y tal negativa fue confirmada mediante Resolución 00274 de 29 de octubre de 2009, también demandada.

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la sociedad accionante relacionó las normas que a su juicio fueron violadas por la DIAN, así:

- Artículo 234 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 1232 de 2001 en su art. 24.
- Artículo 513, 548 y ss Decreto 2685 de 1999.
- Artículo 438 de la Resolución 4240 de 2000.
- Artículo 29 y 83 de la Constitución.

➤ Decreto 4589 de 2006 "Arancel de Aduanas" Notas explicativas.

El actor elabora los siguientes cargos en contra de los actos acusados:

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY.

Afirmó que con lo consignado en los actos acusados se vulneró el principio de buena fe, y debido proceso constitucionalmente garantizados; así como el de justicia que dispone el artículo 2 del E.A, lesionando no sólo el buen nombre del importador, sino también su patrimonio.

Que no resulta admisible el argumento de rechazo de la solicitud de devolución bajo el sustento de que el declarante debió solicitar inspección física de la mercancía, para que mediara una actuación de un inspector de la DIAN que determinara si la subpartida arancelaria declarada correspondía a la mercancía que físicamente llegó al país; ya que en ninguna parte de la normatividad aduanera vigente se exige como requisito de procedibilidad para la solicitud de liquidación oficial de corrección, por error en la subpartida arancelaria, que se deba realizar inspección física de la mercancía, de manera que no le resulta dable al funcionario realizar interpretaciones extensivas de la norma, ni exigir más de lo que la misma ley ordena, desconociendo además la calidad de Usuario Aduanero Permanente del importador, que al solicitar levante, el sistema se lo arroja automático, siendo entonces inadmisibles solicitar inspección física, pues el error se detectó con posterioridad a dicho levante.

PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN PARA EFECTOS DE DEVOLUCIÓN.

Que el legislador contempló la posibilidad de que existieran errores al diligenciarse las declaraciones de importación, y uno de estos puede perfectamente recaer en una subpartida arancelaria, de manera que la figura de la liquidación oficial de corrección, además de ser legal, es viable jurídicamente.

3. DEFENSA – UAE DIAN –

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F.46) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta lo estipulado en Decreto 2685 de 1999, en sus artículos

513 y 548 del E.A., así como el 438 de la Resolución 4240 de 2000, señalando como oposición de los cargos, que en la actual instancia es imposible tener la certeza de que se presentó un error al momento de clasificar la mercancía importada y declarada, para tal efecto, el interesado debió solicitar previamente una inspección física de la mercancía en donde mediara la verificación por parte del inspector, en el sentido de determinar si la subpartida arancelaria declarada correspondía a la mercancía que físicamente llegó al país.

Que teniendo en cuenta que el entonces recurrente aportó al expediente administrativo pruebas con las cuales pretendió demostrar que la mercancía descrita en la declaración de importación como: "Lámparas para Automóviles marca OSRAM", debieron clasificarse específicamente por la subpartida 85.39.21.00.00 que establece un gravamen arancelario del 5% y no por la subpartida 85.39.29.90.00 con gravamen del 20%; la administración aduanera decretó periodo probatorio en el que se ofició a la Subdirección Técnica Aduanera con el objetivo de que estableciera cual es la clasificación arancelaria a la que corresponde la mercancía descrita.

Que la Coordinación del Servicio de Arancel del Nivel Central tuvo en cuenta consideraciones que en lo relevante determinan, que como quiera que en las cuatro declaraciones de importación se presentaron referencias de 3 tipos de lámparas, le corresponde a la Dirección Seccional hacer la correspondiente distinción, para dar a cada declaración el tratamiento que corresponde.

De lo anterior, y en aplicación a la mercancía descrita en la declaración de importación, en armonía con los demás documentos soportes y la ficha técnica del producto, la DIAN estimó:

- Que no es posible determinar para las lámparas halógenas si el filamento de las lámparas para automóviles marca OSRAM descritas en la declaración citada es de wolframio (Tungsteno), elemento indispensable para que la mercancía sea clasificada por la subpartida 85.39.21.00.00 a la cual le corresponde un arancel del 5%, o si por el

contrario le corresponde la subpartida 8539.29.90.00, a la que le corresponde un arancel del 20%.

- Que no es posible determinar de las pruebas que obran en el expediente aduanero, si las lámparas para automóviles marca Osram para una tensión de 12 o 24 voltios, son utilizadas para los aparatos interiores en los vehículos, o si por el contrario son utilizadas en el exterior, toda vez que para uno y otro caso la subpartida arancelaria es distinta, y por ende gravámenes distintos.
- Que para el caso de la referencia 64193NBR-60 la subpartida arancelaria que le corresponde es la 8539.29.90.00, de acuerdo a las reglas de interpretación 1 y 6 del texto arancelario.
- Que las demás referencias descritas en la declaración de importación, al no tener elementos suficientes para determinar los elementos establecidos en las conclusiones 1 y 2 que nos permitan clasificarlas adecuadamente, estas pueden ser clasificadas por tres subpartidas arancelarias distintas.

Es así como se acudió a las reglas de interpretación del arancel de aduanas, con el fin de determinar cuál es la subpartida por la cual debió ser clasificada la mercancía, teniendo en cuenta que se dio la circunstancia de existir tres posibilidades de clasificación.

Que el ejercicio anterior arrojó la subpartida con la cual no está de acuerdo el demandante, y resultante de la imposibilidad de aplicar la regla 3a) y 3b), siendo entonces procedente la aplicación de la regla 3c) que indica que, descartadas las dos primeras, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración.

Así, teniéndose en cuenta que la mercancía pudo ser clasificada por la subpartida 8539.21.00.00, 8539.29.10.00 y 8539.29.90.00.00 aplicando la regla 3c) tenemos que por ser la 8539.29.90.00 la última partida de acuerdo al

orden de numeración, resulta esta la correcta clasificación arancelaria dentro del caso en estudio, correspondiéndole un arancel del 20%.

SENTENCIA IMPUGNADA

Con providencia calendada el día diecinueve (19) de diciembre de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia en la que decide:

FALLA

Primero: Denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, se entregará a la parte demandante el valor del remanente de la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, previo descuento del costo que demande dicha operación y el archivo del expediente.

Para arribar a la anterior decisión, la juez de primera instancia expuso a manera de conclusión:

"...le asiste razón a la parte demandada, cuando determinó que ante la imposibilidad de aplicar las reglas 3a) y 3b) lo procedente era clasificar la mercancía teniendo en cuenta la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta, por lo que teniendo en cuenta las posibles clasificaciones establecidas por la Coordinación del Servicio del Arancel de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera, la última partida de acuerdo al orden de numeración es la 8539.29.90.00, por lo que no es procedente la liquidación oficial de corrección.

Aunado a lo anterior, en el caso bajo examen se observa que la DIAN aunque en principio negó la solicitud de liquidación oficial de corrección mediante resolución 940 de fecha 20 de mayo de 2009 (fl. 201-204), basando su decisión en la falta de inspección de las mercancías sobre las cuales se alegaba una equivocada clasificación sub arancelaria, con ocasión del recurso de reconsideración interpuesto por el actor, decretó la práctica de pruebas teniendo en cuenta la documentación aportada con la solicitud de liquidación oficial de corrección (fl.63-67), entre las cuales se encontraba el catálogo de mercancía objeto de solicitud. Sin que se encuentre que se haya requerido la práctica de prueba diferente.

Por lo antes expuesto este despacho judicial, no encuentra probado el cargo de violación directa de la ley, así como tampoco el de procedencia de la solicitud de liquidación para efectos de devolución, toda vez que

aunque es cierto el argumento del actor, de que la DIAN no puede restringir la procedencia de la liquidación oficial de corrección a la falta de la prueba de inspección, en el caso bajo examen, la entidad demandada decreto la práctica de pruebas, teniendo en cuenta las aportadas por el actor, sin que de las mismas pudiera colegirse lo afirmado por este.

IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de 27 de marzo de 2012, por cuanto le fue desfavorable.

Disiente de la decisión y retoma de manera integral los argumentos utilizados para sustentar los dos cargos bajo los cuales estructuró el concepto de la violación de la demanda, esto es, violación directa de la ley, pues a su modo de ver, la DIAN, al clasificar la mercancía desconoció las reglas generales 1 y 6 para la interpretación de la nomenclatura común NANDINA 2007, así como las notas explicativas consignadas en el arancel de aduanas, teniendo en cuenta que el producto de importación corresponde a: "Lámparas Halógenas de Wolframio (Tungsteno)"; así como la procedencia de la solicitud de liquidación para efectos de devolución.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 31 de enero de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (F. 298); y, con providencia adiada en febrero 22 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 300).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Demandante y demandado, recorrieron el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general ratificándose en sus escritos de apelación y defensa, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 300, reverso), se abstuvo de emitir concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

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

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso el demandante tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

Caducidad

Sobre tal presupuesto se tiene que la acción fue ejercida en tiempo, puesto que el último de los acto acusado - Resolución No. 002274, fue notificado el 4 de noviembre de 2009; y la presentación de la demanda se verifica el 26 de febrero de 2010, - tal como consta a folios 1, 36 y 37 del expediente -, de manera que ha de tenerse por oportuna, acorde con el término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la apelación interpuesta por la parte demandante, la cual ataca la decisión del Juzgado al no declarar la nulidad de los actos que se acusan con la presente acción, y, como consecuencia de ello, el no reconocimiento de sus pretensiones, centrándose tal escrito sobre el argumento, de que en la

respectiva actuación administrativa se produjo una violación directa de la ley, pues la DIAN decidió clasificar de manera errada una mercancía, asignándole un gravamen arancelario e IVA en porcentaje superior al que en realidad correspondía de atenderse la subpartida correcta, lo cual torna en ilegal la negativa de acceder a una liquidación oficial de corrección para efectos de devolución.

Por lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer, si en el presente caso se configuran los supuestos fácticos y legales necesarios para que se entienda que la mercancía debió ser clasificada bajo la subpartida que propone el actor, y en esa misma medida procederse a una liquidación oficial de corrección para efectos de devolución.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada deberá confirmarse, teniendo en cuenta que no se dan los supuestos de hecho y de derecho que viabilicen lo pretendido por el accionante.

Para arribar a la decisión a la cual se alude, se tuvieron en cuenta los siguientes sustentos normativos, fácticos y probatorios:

En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por la Resolución N° 000940 de 20 de mayo de 2009, proferida por el Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos y Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve Negar la solicitud de Liquidación Oficial de Corrección por Clasificación Arancelaria, y su confirmatoria en la vía gubernativa, la Resolución No. 0002274 del 29 de octubre de 2009, expedida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica Aduanera (F. 11 a 26).

El artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, establece la procedencia de la liquidación oficial de corrección en los siguientes términos:

*"ARTICULO 513. LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN.
La autoridad aduanera podrá expedir Liquidación Oficial de Corrección cuando se presenten los siguientes errores en las*

declaraciones de importación: subpartida arancelaria, tarifas, tasa de cambio, sanciones, operación aritmética, modalidad o tratamientos preferenciales.

Igualmente se podrá formular Liquidación Oficial de Corrección cuando se presente diferencia en el valor aduanero de la mercancía, por averías reconocidas en la inspección aduanera".

Se detienen la Sala en este punto de la controversia para precisar, que en un primer momento (-Resolución 000940 de mayo 20 de 2009-) la DIAN no encontró procedente la solicitud de liquidación oficial de corrección, arguyendo para ello en el primer acto administrativo, razones formales, tales como el control posterior al que deben someterse las mercancías que ingresan al país, la falta de solicitud de inspección física de las mismas, así como la ausencia de procedimiento de clasificación arancelaria en la correspondiente actuación administrativa.

No obstante lo anterior, una vez se revisa el expediente administrativo en cuestión, advierte la Sala, que con ocasión a la interposición del recurso de reconsideración contra el primer acto aludido, la DIAN expide el auto N° 1460 de agosto 26 de 2009, por el cual se ordena abrir un periodo probatorio de dos meses, dejando consignado en los considerandos del mismo, que el recurso se suspendería por el mismo lapso, como quiera que le asistió interés a esa Dirección Seccional de establecer a que clasificación arancelaria pertenece la mercancía importada.

La DIAN entonces, dejando de lado las razones de procedencia plasmadas en el primer acto, decide estudiar de fondo la inconformidad en torno a la clasificación arancelaria planteada por el entonces recurrente, permitiendo para ello la valoración de los elementos probatorios a su alcance, así como aquellos que pudieran ser suministrados por el interesado, y que eventualmente permitirían la tan pregonada liquidación oficial de corrección solicitada por quien hoy demanda, para efectos de devolución, - mediante las resueltas del correspondiente recurso de reconsideración, hasta ese momento suspendido -.

Lo anterior explica que el problema jurídico a resolver por la Sala, no parta del interrogante de la procedencia de la correspondiente solicitud de liquidación oficial, sino, de si fue correcto o no el ejercicio efectuado por la DIAN para clasificar la mercancía importada y a partir de ello fijar su arancel e IVA, y que de manera consecuente permitirán establecer si debió o no efectuar liquidación de corrección para el fin de devolución, finalmente pretendido por el actor.

En el caso bajo estudio, la liquidación oficial de corrección adquiere relevancia, pues se está ante la posibilidad de un error en la declaración de importación, específicamente en la casilla de subpartida arancelaria. Es decir, la liquidación oficial de corrección a la cual se alude, implica de una u otra forma, que el declarante se halle inmerso en una de los supuestos previstos por la norma, de ahí la importancia de valorar las probanzas traídas al plenario.

De lo probado en el proceso y del caso concreto

Las pruebas allegadas a autos, esenciales para definir la controversia, son las siguientes:

1. A folios 19 a 26 del expediente, obra copia auténtica de la Resolución No 002274 del 29 de octubre de 2009, - segundo de los actos demandados -, por medio del cual no se accede a la solicitud de liquidación oficial de corrección al Declarante, por error en la clasificación arancelaria. En dicho acto, en la parte considerativa, la cual, pese a lo *in extenso* resulta pertinente citar en algunos de sus apartes:

Teniendo en cuenta que el recurrente aporta al Expediente pruebas con las cuales pretende demostrar que la mercancía descrita en la Declaración de Importación con Sticker N° 14502050583166 de fecha 15 de mayo de 2008 como: "LÁMPARAS PARA AUTOMOVILES MARCA OSRAM", deben clasificarse específicamente por la subpartida 85.39.21.00.00 que establece un gravamen arancelario del 5%, y no por la Subpartida 85.39.29.90.00 que establece un gravamen arancelario del 20%, esta División con el ánimo de dirimir el asunto consideró pertinente, conducente y necesario abrir un periodo probatorio mediante Auto N° 1460 de agosto de 2009 que obra a folios 162 a 164...

Se oficio a la Subdirección Técnica Aduanera con el objetivo de que estableciera cual es la clasificación arancelaria a la que corresponde la mercancía descrita en la Declaración de Importación con Sticker N° 14502050583166 de fecha 15 de mayo de 2008.

Mediante oficio N° 100.227.342-942 de octubre 21 de 2009, y que obra a folios del 172 al 173 del Expediente Aduanero, respecto de la clasificación arancelaria de la mercancía objeto de la presente investigación, la Coordinación del Servicio de Arancel tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

"1. En las cuatro declaraciones de importación la mercancía es descrita como lámparas incandescentes para automóviles, con su marca comercial, varias referencias, código de embalaje, potencial nominal (en vatios W) y tensión nominal en (voltios V), así como las circunstancias de que algunas de ellas son halógenas, con la aclaración en este punto de que no se dice si el filamento es volframio (Tungsteno).

2. De acuerdo con las características obtenidas en los documentos antes relacionados, y atendiendo a que hay lámparas de varias referencias incluso en la misma declaración de importación, me permito dar las siguientes posibilidades de clasificación, según las reglas generales de interpretación 1 y 6 del testamento arancelario.

2.1 Para las lámparas halógenas, si el filamento es de volframio (Tungsteno) se clasifican por la subpartida arancelaria 8539.21.00.00 en caso de no ser el filamento de volframio se clasifica en la subpartida 8539.29.90.00, tal es el caso por ejemplo de las que tienen referencia 64193 NBR-60.

2.2 Las demás lámparas para una tensión de 12 a 24 Voltios, si son utilizadas para los aparatos interiores en vehículos (Ejem: Aviso de Puerta Abierta) se clasifican por la subpartida arancelaria 8539.29.10.00 y las que se utilizan en el exterior (Ejem; Aviso de Freno) se clasifican por la subpartida arancelaria 8539.29.90.00.

En razón a que en las cuatro declaraciones de importación pueden presentarse referencias de estos tres tipos de lámparas, corresponde a la dirección seccional hacer la distinción para dar a cada declaración el tratamiento que corresponde, lo mismo que hacer la constatación de si el filamento de las lámparas del numeral 2.1 es de Volframio (Tungsteno)"

De lo anterior, y aplicándolo a la mercancía descrita en la declaración de importación con Sticker N° 14502050583166 de fecha 15 de mayo de 2008, en armonía con los demás documentos, soportes y la ficha técnica de los productos con el fin de determinar si esta es clasificable por la subpartida arancelaria 8539.21.00.00 correspondiente a las lámparas halógenas de Volframio (Tungsteno), nos permitimos realizar las siguientes observaciones:

1. No fue posible determinar para las lámparas halógenas si el filamento de las lámparas para automóviles marca OSRAM descrita en la declaración citada es de Wolframio (Tungsteno), elemento indispensable para que la mercancía sea clasificada por la subpartida 8539.21.00.00, a la cual le corresponde un arancel del 5%, o si por el contrario le corresponde la subpartida 8539.29.90.00 a la que le corresponde un arancel del 20%.
2. No fue posible determinar de las pruebas que obran en el expediente aduanera si las lámparas para automóviles marca OSRAM para una tensión de 12 a 24 voltios, son utilizadas para los aparatos interiores en los vehículos, o si por el contrario son utilizadas en el exterior, toda vez que para uno y otro caso la subpartida arancelaria es distinta. Para el primer caso la clasificación arancelaria corresponde a la subpartida 8539.21.00.00, a la cual le corresponde un arancel del 5%. Para el segundo caso la subpartida correspondiente es la 8539.29.90.00 con un arancel del 20%.
3. Las referencias descritas en la declaración de importación, al no tener elementos suficientes para determinar los elementos establecidos en las conclusiones 1 y 2 que nos permitan clasificarlas adecuadamente, esta pueden ser clasificadas por tres subpartidas arancelarias distintas: 8539.21.00.00, 8539.29.10.00 y 8539.29.90.00.

Aplicando las Reglas de Interpretación del Arancel de Aduanas, con el fin de determinar cuál es la subpartida arancelaria por la cual debe ser clasificada la mercancía cuando la misma pudiera clasificarse en dos o más como ocurre en el caso concreto, es procedente acudir a la regla 3 la cual prevé esta circunstancia..."

2. Declaración de importación con Sticker N° 14502050583166 de fecha 15 de mayo de 2008, visible a folio 68 del expediente, relacionándose en la casilla 59, correspondiente a subpartida arancelaria, el número: 8539.29.90.00, y en la descripción de la mercancía importada: "**LÁMPARAS INCANDESCENTES PARA AUTOMÓVILES - MARCA: OSRAM:** NOMBRE COMERCIAL: LÁMPARAS INCANDESCENTES PARA AUTOMÓVILES - AUTOMOTIVE SIGNAL LAMP - 60/55W-12V; REFERENCIA: **64193 CB-60/55W-13V-P43T-10X1 0X1;** AUTOMOTIVE HEADLIGHT - HALOGEN LAMP, 4050300552255 A3535490002, ALEMANIA, 60 CAJAS, CANTIDAD 6,000.00 UND. **LAMPARA DE HALOGENURO METALICO 70W/942, MARCA OSRAM;** NOMBRE COMERCIAL: LAMPARA DE HALOGENURO METALICO 70W/942; REFRENCIA: HCI-TC-70W/942 - NDL - PB G8. 5-12X1, METAL HALIDE LAMP,

4008321003348 A4167290004, ALEMANIA, 9 CAJAS, CANTIDAD 108.00 UND. 1 CONTENEDOR SUDU4 946422 X 40 CON 5692 CARTONES".

Como sustento de lo consignado en la Resolución N° 002274 en cita, pertinente es traer a colación lo preceptuado en el Decreto número 4589 de 2006 (27 dic 2006) - Por el cual se adopta el Arancel de Aduanas y otras disposiciones, aplicable al caso en cuestión, de acuerdo a la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos descritos.

En el capítulo 85, referido a *Máquinas, aparatos y material eléctrico, y sus partes; aparatos de grabación o reproducción de sonido, aparatos de grabación o reproducción de imagen y sonido en televisión, y las partes y accesorios de estos aparatos*, se señalan las siguientes subpartidas, seguido del correspondiente porcentaje por concepto de arancel:

85.39 Lámparas y tubos eléctricos de incandescencia o de descarga, incluidos los faros o unidades «sellados» y las lámparas y tubos de rayos ultravioletas o infrarrojos; lámparas de arco.

8539.10.00.00 - Faros o unidades «sellados»	5
- Las demás lámparas y tubos de incandescencia, excepto las de rayos ultravioletas o infrarrojos:	
8539.21.00.00 - - Halógenos, de wolframio (tungsteno)	5
8539.22 - - Los demás de potencia inferior o igual a 200 W y para una tensión superior a 100 V:	
8539.22.10.00 - - - Tipo miniatura	5
8539.22.90.00 - - - Los demás	20
8539.29 - - Los demás:	
8539.29.10.00 - - - Para aparatos de alumbrado de carretera o señalización visual de la partida 85.12, excepto las de interior	5
8539.29.20.00 - - - Tipo miniatura	5
8539.29.90.00 - - - Los demás	20

En relación a lo anterior preciso es citar las Reglas Interpretativas Generales NANDINA¹ para Interpretación de la Nomenclatura" que aparecen en el

¹ Los Países Miembros de la Comunidad Andina no pueden vulnerar las disposiciones superiores del ordenamiento jurídico comunitario expediendo normas de carácter interno que modifiquen sustancialmente los niveles arancelarios frente a terceros países, lo que en otras palabras significa que no se pueden introducir unilateralmente,

literal A del numeral III del artículo 1º del Decreto 4589 de 2006, aplicando el principio de que ningún producto o artículo tendrá más de una clasificación dentro del Arancel de Aduanas:

III. NORMAS SOBRE CLASIFICACION DE MERCANCIAS.

A. Reglas generales para la interpretación de la Nomenclatura Común - NANDINA 2007.

La clasificación de mercancías en la Nomenclatura se regirá por los principios siguientes:

1. Los títulos de las Secciones, de los Capítulos o de los Subcapítulos solo tienen un valor indicativo, ya que la clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo y, si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas, de acuerdo con las Reglas siguientes:

2. a) Cualquier referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que éste presente las características esenciales del artículo completo o terminado. Alcanza también al artículo completo o terminado, o considerado como tal en virtud de las disposiciones precedentes, cuando se presente desmontado o sin montar todavía.

b) Cualquier referencia a una materia en una partida determinada alcanza a dicha materia incluso mezclada o asociada con otras materias. Asimismo, cualquier referencia a las manufacturas de una materia determinada alcanza también a las constituidas total o parcialmente por dicha materia. La clasificación de estos productos mezclados o de estos artículos compuestos se efectuará de acuerdo con los principios enunciados en la Regla 3.

3. Cuando una mercancía pudiera clasificarse, en principio, en dos o más partidas por aplicación de la Regla 2 b) o en cualquier otro caso, la clasificación se efectuará como sigue:

a) la partida con descripción más específica tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más genérico. Sin embargo, cuando dos o más partidas se refieran, cada una, solamente a una parte de las materias que constituyen un producto mezclado o un artículo compuesto o solamente a una parte de los artículos en el caso de mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, tales partidas deben considerarse igualmente específicas para dicho producto o artículo, incluso si una de ellas lo describe de manera más precisa o completa;

modificaciones y reformas al Arancel Externo Común. Es así que, cualquier actitud, activa u omisiva, que implique la adopción de normas, la realización de hechos o la abstención de conductas que de cualquier manera signifiquen colocarse en contra de lo decidido y puesto en vigencia comunitaria en materia arancelaria configura incumplimiento y debe ser objeto de la sanción judicial correspondiente.

Deberán clasificarse las máquinas en la partida correspondiente a la función principal que caracterice a conjunto y, sólo cuando no exista alguna otra función principal específica, se procederá a clasificar dichas máquinas en la partida residual.

Dentro del Sistema Armonizado (SA) existe la regla general interpretativa que señala que la partida específica tendrá prioridad sobre las genéricas.

b) los productos mezclados, las manufacturas compuestas de materias diferentes o constituidas por la unión de artículos diferentes y las mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, cuya clasificación no pueda efectuarse aplicando la Regla 3 a), se clasifican según la materia o con el artículo que les confiera su carácter esencial, si fuera posible determinarlo;

c) cuando las Reglas 3 a) y 3 b) no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta.

De acuerdo con las anteriores disposiciones, para clasificar una mercancía lo primero que debe tenerse en cuenta es el texto legal de las partidas y de las notas de sección o capítulo, pues los títulos son meramente indicativos.

De conformidad con toda la normatividad arriba transcrita, es claro para la Sala, que el título de partida 8539 corresponde en general a Lámparas y tubos eléctricos de incandescencia o de descarga, incluidos los faros o unidades «sellados» y las lámparas y tubos de rayos ultravioletas o infrarrojos; lámparas de arco., que la subpartida arancelaria **8539.21.00.00** corresponde de manera específica a **Halógenos, de volframio (tungsteno)** con un gravamen arancelario del 5%, y la **8539.29.90.00** corresponde a las demás, con un gravamen arancelario del 20%. De las pruebas obrantes en el expediente no es posible constatar, que las lámparas importadas y declaradas por la AGENCIA DE ADUANAS DHL GLOBAL FORWARDING COLOMBIA S.A. NIVEL 1 estuvieran en la especialidad de halógenas, y además bajo las características químicas del volframio (tungsteno), máxime si se destaca en el hecho, de que con una mismo documentos de importación, se declara más de una mercancía (distintas referencias); tal y como puede advertirse en el acápite correspondiente a la descripción, y que se encuentran debidamente soportadas de manera separada en las correspondientes facturas (F. 102 a 113).

A propósito de tal dualidad, la DIAN, sin desconocer la posibilidad de que la primera mercancía que aparece en la descripción, esto es: **“LÁMPARAS INCANDESCENTES PARA AUTOMÓVILES – MARCA: OSRAM; NOMBRE COMERCIAL: LÁMPARAS INCANDESCENTES PARA AUTOMÓVILES –** tuviesen filamento de volframio (tungsteno), a las que en principio les correspondería la subpartida 8539.21.00.00, deja igualmente sentado el conocimiento que tiene, de que las

lámparas con referencia 64193 no tienen filamento de wolframio; de igual manera se enfrenta a una segunda descripción, y es la correspondiente a: **LAMPARA DE HALOGENURO METALICO 70W/942, MARCA OSRAM**; *NOMBRE COMERCIAL: LAMPARA DE HALOGENURO METALICO*, es decir, una mercancía totalmente distinta a la primera descrita, lo que necesariamente implica el sometimiento del conflicto a las reglas de interpretación a las que arriba se alude, tal y como procedió en su momento la DIAN.

En efecto, se encontró la DIAN ante una situación, en donde una misma mercancía – amparada en un solo documento de importación -, podía clasificarse en dos o más partidas; de manera que intentó encontrar la partida con descripción más específica, sin embargo, salta a la vista la imposibilidad de determinar, en el caso concreto, que las dos clases de mercancía importada tuviesen las características químicas que de manera inequívoca permitieran su clasificación en una menor subpartida, verificándose en cambio, más de una posibilidad de clasificación, igualmente específicas.

Tampoco era posible que la DIAN realizara una clasificación a partir de la materia, pues, si bien un rápido y desprevenido estudio podría hacer deducible de que en las lámparas incandescentes, así como en su modalidad de halógenas, se utilizan filamentos de wolframio, no puede perderse de vista que se está ante una especialidad, determinada tanto por la marca, la referencia y el uso: - OSRAM - Lámparas para automóviles, y en tal sentido, no obra en el expediente medio de prueba técnica que permita determinar que en ambas clases de artículos (mercancía), el wolframio (Tungsteno) fuera la materia común denominador en su composición; más allá del simple dicho del actor.

De manera entonces, que no era posible para la DIAN acogerse a la regla 3a) y mucho menos a la 3b), quedándole la salida que aplicó, cual era, aplicar la regla 3c), la cual indica que cuando no sea posible aplicar las dos primeras, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración, esto es, la **8539.29.90.00**.

Así, el panorama fáctico del libelo sólo muestra una declaración de importación que a la luz de la normativa en cita, no deja entrever irregularidad alguna.

En efecto, si atendemos lo dispuesto en el artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, procedía la liquidación oficial de corrección por error en la subpartida arancelaria, sin embargo, se insiste, la revisión de la declaración de importación que genera la controversia, tan sólo evidencia lo declarado por el hoy accionante, bajo una subpartida que se ajusta en su totalidad a la descripción que en el mismo documento se consigna, de acuerdo a lo reseñado en el Decreto 4589 de 2006.

En ese sentido, la sola manifestación de que las calidades y composición de la mercancía importada en cuestión permitían una clasificación arancelaria distinta, no resulta suficiente para constatar el error en el que se afirma haberse incurrido, resaltándose, que la ficha técnica del producto obrante en el expediente administrativo aportado al plenario, nada dice al respecto.

En síntesis, el libelo no da luces, ni arroja una prueba que permita siquiera inferir, que existió una confrontación técnica de las características del producto importado y lo declarado documentalmente, de manera que la evidente correspondencia entre lo declarado por subpartida y lo descrito en el respectivo documento, adquiere vital importancia para confirmar la negativa del Juez de primera instancia.

Es por todo lo expuesto que esta Sala considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados de ilegales, pues contrario a lo afirmado en la demanda, el actuar de la DIAN se verifica acorde a la normativa que debió observar.

La Sala entonces confirmará la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, acogiendo razones adicionales a las consideradas por la Jueza - quo.

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

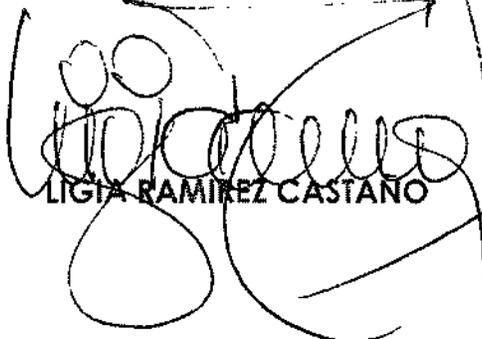
FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena en fecha 27 de marzo de 2012, por la cual se negaron las súplicas de la demanda; acogiendo la Sala razones adicionales a las consideradas por el *a quo*.

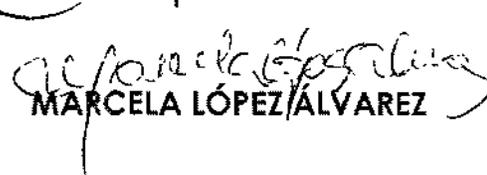
SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTANO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ/ÁLVAREZ

AUSENTE CON PERMISO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1236
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CARLOS GUTIERREZ IBAÑEZ
DEMANDADO	: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2008-00036-01
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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

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

SENTENCIA No. 270 /2013

2º instancia

Tema: Retiro discrecional

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-005-2008-00036-01
Demandante: CARLOS GUTIERREZ IBAÑEZ
Demandado: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 14 de junio de 2012, dictada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor CARLOS GUTIERREZ IBAÑEZ instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

Persigue el demandante la declaración de nulidad del Decreto 4722 de diciembre 6 de 2007, por medio del cual el Ministerio de Defensa Nacional, retira del servicio activo en forma discrecional al Capitán CARLOS ANDRES GUTIERREZ IBAÑEZ.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reintegrar al accionante al servicio activo, sin solución de continuidad, al grado de Mayor y si tiene el tiempo cumplido se ordene sea llamado para adelantar curso de Teniente Coronel, y se ordene el reconocimiento y pago de los salarios, sueldos, primas de todo orden, bonificaciones, y demás emolumentos y derechos prestacionales y laborales dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta cuando sea efectivamente reintegrado al grado que le corresponda y que se reconozca como perjuicio moral la suma de 100 smimv.

HECHOS

Como soporte fáctico de sus pedimentos, el señor GUTIERREZ IBAÑEZ ingresó a la Policía Nacional como Cadete, posteriormente ascendió a Alférez, al terminar el curso de formación ingresó a la categoría de oficial en el grado de Subteniente.

Afirma que por tiempo cumplido fue llamado adelantar el curso para obtener el cargo de Teniente y Capitán, y finalmente fue llamado para adelantar el curso de Mayor.

Sostiene que fue trasladado, prestando sus servicios en Cartagena y El Carmen de Bolívar, donde afirma obtuvo su mejor record policial, al serle otorgadas felicitaciones por su aptitud y eficiencia.

Expresa que en el momento de su retiro en su hoja de vida había sido calificado de "EXCEPCIONAL Y SUPERIOR", por lo cual debía incluirse en los planes de estímulos que determine la Dirección de la Policía.

Manifiesta que no se expidió la evaluación parcial y mucho menos se efectuó el procedimiento de agotamiento de vía gubernativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado actor estima que la decisión administrativa acusada a través de esta acción, es violatoria de las siguientes disposiciones:

- Constitución Política: Artículo 29.
- Ley 857 de 2003 art. 1, 2, 3 y 4.
- Decreto 1800 de 2000 arts. 3, 4, 20, 21, 22, 33, 35 y 42.
- Sentencias C-525 de 1995, C-179 de 2006 y T-995 de 2007 de la H. Corte Constitucional.

Como argumentos en el concepto de violación de la norma, afirma que el actor estaba cumpliendo a cabalidad con el buen servicio, por lo que considera incongruente y falaz que haya sido retirado del servicio por el Gobierno Nacional por razones del servicio, lo que considera significa por el desmejoramiento en la prestación del servicio de Policía, cuando sus evaluaciones son excepcionales y superiores, por lo que concluye hubo abuso o desvío del poder discrecional.

Afirma que se ha violado los artículos 3, 4 y 20 del Decreto 1800 de 2000, por no tenerle en cuenta los principios básicos de la evaluación ni los objetivos, al no hacerse una evaluación parcial previa para sustentar el retiro del actor.

De igual manera sostiene que se violó el artículo 20 numeral 2 literal f del Decreto 1800 de 2000, por que se le dio evaluar y notificar la situación, ya que la norma predica que se debe hacer una evaluación parcial, procedimiento que no se cumplió.

Manifiesta que el actor era el mejor Policía hasta el día en que se le notifica su retiro, ya que su hoja de vida y sus calificaciones en su totalidad son excepcionales y superiores, porque considera existe un error al retirarlo por razones del servicio, contrario a la realidad fáctica y al desarrollo profesional y personal del demandante.

Sostiene que el acto administrativo fue expedido de manera irregular, por que el ministro fue Juez y parte ya que participó en la Junta que recomendó el retiro del actor y posteriormente actúa como nominador.

Finalmente agrega que la accionada no motivó el acta que recomienda su retiro y tampoco la notificó, por lo que no cumple con el requisito de motivar y notificar el acta de retiro conforme a la jurisprudencia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que la expedición del acto demandado no puede considerarse como una sanción, si no que está otorgada en la facultad discrecional de naturaleza diferente a la penal y/o disciplinaria.

Afirma que con base a ello se presume que el retiro del actor se debió a la necesidad del servicio, la cual considera no ha sido desvirtuado, porque si el acto de retiro cumple con los requisitos de ley como son: recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, se entiende que el mismo fue expedido por razones del buen servicio, sin que requiera motivación especial.

Afirma que los buenos antecedentes del demandante por si solos no constituyen la presunción de legalidad del acto demandado, porque no se ha demostrado que el acto fuera expedido por razones ajenas al buen servicio.

Respecto del argumento de que el Ministro de Defensa fue Juez y parte, señala las normas que lo faculta para ello como son los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 857 de 2003, para concluir que el acto de retiro del demandante fue expedido por funcionario competente con el lleno de los requisitos legales que exigían la normatividad en la cual debía fundamentarse.

Finalmente afirma que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad, por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó sentencia el 14 de junio de 2012, negando las pretensiones de la demanda.

Estimó la a quo que en el presente asunto, conforme a las Actas de Evaluación Desempeño del Capitán CARLOS GUTIERREZ en el año de su retiro (2007) las últimas calificaciones fueron clasificadas como "SUPERIOR", así mismo, conforme al extracto de hoja de vida aportado con la demanda, no le figuran sanciones ni suspensiones, sobresaliendo dos condecoraciones en fecha 07 de enero y 20 de marzo de 2007.

Afirma que de acuerdo al artículo 42 del Decreto 1800 de 2000, se observa que dentro del plenario obra prueba acerca de desempeño y calificaciones en el rango superior, que ostentaba el actor al momento de su retiro, sin que se observe alguna circunstancia de excepcional mérito, por lo que no se puede inferir que la entidad demandada utilizó en contra del actor incorrectamente el poder discrecional, ya que no se observa elemento alguno que permita desvirtuar la presunción de legalidad que rodea el acto de retiro, ya que para que ello sea posible las anotaciones deben consignar, no el devenir rutinario de la labor, pues sin lugar a dudas a todo servidor público le corresponde prestar con eficiencia sus funciones, sino que tendrán que plasmar eventos excepcionales y de reconocido mérito, que resulten contradictorios con la decisión de la administración de hacer uso de la facultad discrecional, lo cual no se observa en el presente caso.

Afirma que el acto de retiro del demandante no requiere manifestar expresamente las causas del mismo, basta que se cumplan las formalidades previstas en la ley, es decir, que se lleve a cabo el retiro previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, además no se demostró que la expedición del acto enjuiciado haya obedecido al simple arbitrio de la autoridad nominadora dejando de lado tanto las disposiciones legales y constitucionales como el fin del buen servicio, o que obedeciera a motivos oscuros mal intencionado por parte de la POLICIA NACIONAL.

Finalmente agrega que no se puede sostener la idoneidad y el buen desempeño en el empleo limitan la facultad discrecional, pues bien pueden existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios, además tales cualidades no otorgan un fuero de inamovilidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2012, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Afirma que según el artículo 42 de la Ley 1800 de 2000, numeral 5, a este policial se le debía tener en cuenta para cualquier evento o estímulo que la Dirección de la Policía Nacional iniciara, pero nunca predica, que el estímulo deba ser la recomendación de retiro, incongruente, falaz desde todo punto de vista la actitud desplegada por la Junta Asesora, si este joven policial se encontraba en su mejor etapa productiva laboral, no puede a su talante recomendar su retiro, lo que se sustrae sin temor alguno.

Sostiene que de la brillante hoja de vida del actor y de sus calificaciones, en su totalidad excepcionales y superiores, que no hay el más mínimo reparo para proclamar de manera irregular su retiro por la tan citada facultad discrecional, sin llegar a extremos significa, que existe un yerro al retirar al actor por las razones del servicio, contraria a la realidad fáctica y del desarrollo profesional y personal del actor.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 8 de febrero de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 480); y, con providencia adiada en febrero 28 de esta misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 482).

En esta oportunidad procesal la parte demandante guardó silencio, la parte demandada presentó su escrito de alegatos finales y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandada. Comparte la decisión tomada por la *a quo*, en el sentido que a lo largo del proceso no se recaudó material probatorio que demuestre que el retiro del actor se debió a razones diferentes al buen servicio, por cuanto debe recordarse que el acto administrativo impugnado fue expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio de Defensa, en uso de una facultad discrecional que le fue otorgada por los artículos 1 y 2 numeral 5 de la Ley 857 de 2003, dicha facultad discrecional fue expedida con base a la normatividad en cita, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

Señala que la facultad discrecional no es de rigor expresar en concreto los motivos de la decisión, que sí son indispensables para los actos reglados con el objeto de determinar la conexidad entre los hechos y el derecho aplicado, por lo que inicialmente pudiera decirse que la desvinculación se origina en un acto discrecional plenamente justificado, sin que haya lugar a controversias con el empleado, porque ella se produce por voluntad del Gobierno Nacional, no se obliga a la administración a motivar su propio acto, por cuanto no tiene carácter de sanción, ni es consecuencia de un proceso disciplinario, así las cosas, el cargo nulidad de falsa motivación por desconocimiento del artículo 29 de la Constitución Política no está llamado a prosperar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo en el presente asunto, señalando que el Decreto No. 4722 del 6 de diciembre de 2007, por medio de la cual se retiró al actor carece de motivación mínima que exige la jurisprudencia a los actos administrativos que retiran del servicio a un funcionario público, aun cuando este sea con fundamento en la facultad discrecional, pues tal facultad cuenta con unos límites cuales son la razonabilidad y proporcionalidad.

Manifiesta que se hace necesario que el acto por medio del cual se retira a un Suboticial con base en la facultad discrecional debe contener un mínimo de motivación que permita al Suboticial retirado ejercer con garantía su derecho de contradicción y defensa.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1° del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta la fecha de notificación del acto de retiro que se acusa, esto es, 18 de diciembre de 2007, y la demanda se presentó el 10 de marzo de 2008, es decir dentro del término de caducidad de 4 meses que prevé el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A, previsto para dicha acción.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si el acto administrativo demandado, Decreto No. 4722 de diciembre 6 de 2007, por el cual se retiró en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional al actor, se ajustó o no a la legalidad y por lo tanto, si es procedente revocar o confirmar la sentencia impugnada.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en razón a que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho pues fue expedido por el Ministro de Defensa Nacional,

previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional que recomendó el retiro del actor por voluntad del Gobierno Nacional, que es una causal legal de retiro del servicio; y al no haberse aportado al proceso indicio alguno acerca de la configuración del cargo de nulidad por desviación de poder, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

El demandante solicita que se declare la nulidad del Decreto No. 4722 de diciembre 6 de 2007, proferido por el Ministro de Defensa Nacional, mediante el cual ordenó el retiro del servicio al oficial CARLOS ANDRES GUTIERREZ IBAÑEZ de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 2 numeral 5º y 4 de la Ley 857 de 2003 (fl. 55).

LO PROBADO

En las diferentes oportunidades para aportar pruebas, fueron allegados al informativo elementos materiales probatorios que permiten arribar a las siguientes conclusiones:

El demandante prestó sus servicios en la Policía Nacional y fue retirado del servicio por voluntad del Gobierno Nacional y en forma discrecional a través del acto demandado, Decreto No. 4722 del 6 de diciembre de 2007 (fls. 55 y ss cdno ppal 1).

Mediante tal Decreto, el Ministerio de Defensa Nacional, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, retiró del servicio al demandante de acuerdo a lo establecido en los artículos 1 y 2 numeral 5º y 4 de la Ley 857 de 2003.

La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, emitió el Acta No. 007 de octubre 30 de 2007, en la cual de conformidad con el artículo 1, 2 numeral 5º y artículo 4 de la Ley 857 del 26 de noviembre de 2003,

se propuso recomendar retirar del servicio por voluntad del Gobierno Nacional, entre otros, al actor (fl. 57 cdno ppal 1).

De conformidad con las Actas de Evaluación y Desempeño del Capitán CARLOS GUTIERREZ IBÁÑEZ en el año de su retiro 2007 (fl. 27-33 cdno ppal 1 y 238-253 cdno ppal 2), las últimas calificaciones del demandante fueron clasificadas como "SUPERIOR", así mismo, conforme al extracto de hoja de vida aportado con la demanda (fl. 71 y ss cdno ppal) no le figuran sanciones ni suspensiones, sobresaliendo dos condecoraciones en fecha 7 de enero y 20 de marzo de 2007.

MARCO NORMATIVO

Las normas que se invocan como sustento de la decisión

El retiro del servicio activo de la Policía Nacional del demandante, por voluntad del Gobierno Nacional, se dispuso con fundamento en los artículos 1, 2 numeral 5º y 4 de la Ley 857 de 2003, en cuyo tenor se establece:

ARTÍCULO 1o. RETIRO. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.

El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.

ARTÍCULO 2o. CAUSALES DE RETIRO. Además de las causales contempladas en el Decreto-ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

(...)

4.

5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.

6.

ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.

El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

(...)".

Del marco citado se desprende que dentro de las causales para efectuar el retiro del personal del nivel ejecutivo, está la voluntad del Director General de la Policía, quien discrecionalmente y por razones del buen servicio puede disponer en cualquier momento de la separación absoluta del servicio activo de alguno de sus miembros, pero siempre y cuando obre recomendación previa de la respectiva Junta Asesora cuando se trate de Oficiales, tal es el caso del demandante.

Así, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 1º de febrero de 2007, Rad. 5181-05, C.P. Dr. Jaime Moreno García, expuso:

"El Director General de la Policía Nacional tiene sobre el personal de suboficiales y agentes de la Policía Nacional, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo sin que requiera explicitar de otro modo sus móviles, estas decisiones se asumen como proferidas en ejercicio de sus potestades y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público a su cargo. Por lo tanto se presumen ajustadas a la normatividad, a menos que se demuestre en juicio, conforme al inciso 2º del artículo 84 del C.C.A., que se infringieron las normas en que deberían fundarse o fueron expedidas irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de

audiencia y defensa. Empero, corresponde al demandante en esos eventos demostrar las violaciones normativas causadas. Por tratarse de una facultad discrecional no era de rigor que el acto que ordenó la remoción expresara motivos distintos de la voluntad discrecional del Director, lo que sí es indispensable para los actos reglados con el objeto de determinar la conexidad entre los hechos y el derecho aplicado. La desvinculación en estos casos se origina en un acto discrecional plenamente justificado, que sólo exige la previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales y Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, sin que haya lugar a controversias con el empleado, asunto ajeno a la causal de retiro por Voluntad del Director General de la Policía Nacional."

Del examen de los elementos probatorios allegados al proceso, frente a las exigencias legales señaladas, se deduce que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho, pues fue expedido por el señor Ministro de Defensa Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional que recomendó el retiro del demandante por lo que es claro que no se configuró el vicio de desviación de poder, toda vez que no se demostró que la expedición del acto enjuiciado haya obedecido al simple arbitrio de la autoridad nominadora, dejando de lado tanto las normas legales como el fin del buen servicio.

Tampoco se configura el cargo de falsa motivación, como quiera que tanto en el Acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional como en el acto demandado se consigna como motivación la causal de *voluntad del Gobierno Nacional*; la que está expresamente prevista por la ley como razón de retiro del servicio.

Además, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio; a su vez, se ha insistido que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre, en principio, con la carga de la prueba.

La desviación de poder debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto; pero, en este caso, no se allega al plenario probanza alguna que

514

permita al juzgador inferir la configuración de este vicio de nulidad de los actos administrativos.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, se puede concluir que durante la vinculación con la Policía Nacional el Capitán (r) GUTIERREZ IBAÑEZ observó buen comportamiento y obtuvo considerables evaluaciones de desempeño, situación esta última que, debe aclararse de una vez, no le otorga por sí sola estabilidad laboral al uniformado¹. Así mismo, se observa que en el año de su retiro (2007) las últimas calificaciones fueron clasificadas como "SUPERIOR" (fls. 27-34), la cual está definida en el artículo 42 del Decreto 1800 de 2000, en los siguientes términos:

"ARTICULO 42. DEFINICION. La escala de medición es el instrumento a través del cual se ubica al evaluado dentro del rango de clasificación, con base en el valor numérico asignado a su desempeño por el período de evaluación respectivo. Se realiza a través de los siguientes criterios:

(...)

5. SUPERIOR: Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional, además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos sobresalientes. Su calificación se ubica entre mil uno (1.001) y mil doscientos (1.200) puntos y su rendimiento oscila entre ochenta y cuatro por ciento (84%) y cien por ciento (100%). El personal que sea clasificado en este rango, amerita ser tenido en cuenta para participar en los planes de estímulos que determine la Dirección General de la Policía Nacional."

De igual manera, el actor obtuvo varias felicitaciones y condecoraciones por su labor como Capitán de la Policía Nacional, reconocidas por las diferentes autoridades municipales y comandantes de policías durante el año en que fue retirado del servicio activo, esto es 2007 (Resolución No. 0034 de abril 4 de 2007 fl. 20, Decreto No. 522 de noviembre 5 de 2007 fl. 16), sin embargo, lo anterior no evidencia de manera alguna que el Gobierno Nacional actuara con desviación de poder al retirar del servicio al demandante ni que se hubiera presentado desmejora en la prestación del servicio por retiro.

Pues si bien alega que durante el tiempo que estuvo en servicio activo en la institución demandada, le fueron reconocidas su buena conducta y aptitudes en el desempeño de su servicio público a la comunidad y a la institución, que se desempeñó con lealtad, honestidad, disciplina y rectitud en las funciones propias de los cargos que ejercía, sin recibir sanción ni llamado de atención,

¹ En este sentido ver, entre otras, la sentencia de esta Subsección, de 11 de junio de 2009, C P doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 0073-2008. actor: Alberto Antonio Ruiz Caviades.

destacándose siempre por su responsabilidad y profesionalismo, y que además recibió muchos reconocimientos por sus labores, tales circunstancias no impedirían su retiro de la institución con base en la facultad discrecional, porque el acreditar excelentes calidades y condiciones para la eficiente prestación del servicio es obligación de todo uniformado y no una condición excepcional en el desempeño de la función encomendada.

Es así como el Consejo de Estado ha reiterado que la eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, menos en relación con los servidores de la Policía Nacional que, por la naturaleza de las funciones a ellos conferidas, requieren, entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.²

Adicionalmente, como ya se indicó, para el retiro de los oficiales de la Policía, por voluntad del Gobierno Nacional debe obrar la recomendación previa de la Junta Asesora respectiva, la que se obtuvo; pero manifiesta el actor que la misma debe contener los soportes, fundamentos y los antecedentes que originaron la convocatoria de la Junta Asesora.

Al respecto el Consejo de Estado ha precisado:

*"En lo que se refiere a la falta de motivación del Acta de la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que recomendó el retiro del servicio del actor, al igual que de la decisión de retiro, cabe señalar simplemente que no necesita motivación porque sus fundamentos se presumen inspirados en las razones del servicio y esta recomendación, per se, no implica un desplazamiento de la facultad discrecional del Director de la Policía pues el concepto no tiene el carácter de obligatorio para éste, que bien pudo apartarse y abstenerse de retirar al actor; dicho concepto es un acto preparatorio al retiro del servicio."*³

En conclusión, la desvinculación en estos casos se origina en un acto discrecional plenamente justificado, que sólo exige la previa recomendación de la Junta Asesora para la Policía Nacional, que si bien constituye un acto

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de febrero de 2009, Rad. 3009-04, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Paez

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de diciembre de 2006, Rad. 2650-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

preparatorio al retiro del servicio, no tiene el carácter de obligatorio para el Ministerio de Defensa Nacional, pues puede apartarse de dicha recomendación y abstenerse de retirar al funcionario.

En el presente caso, el retiro del servicio activo del actor por voluntad del Gobierno Nacional contó con el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, conforme a las disposiciones legales pertinentes y se fundamentó en el uso de la facultad discrecional con base en razones del servicio, por lo que la sentencia objeto de alzada, que negó las pretensiones de la demanda, deberá ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

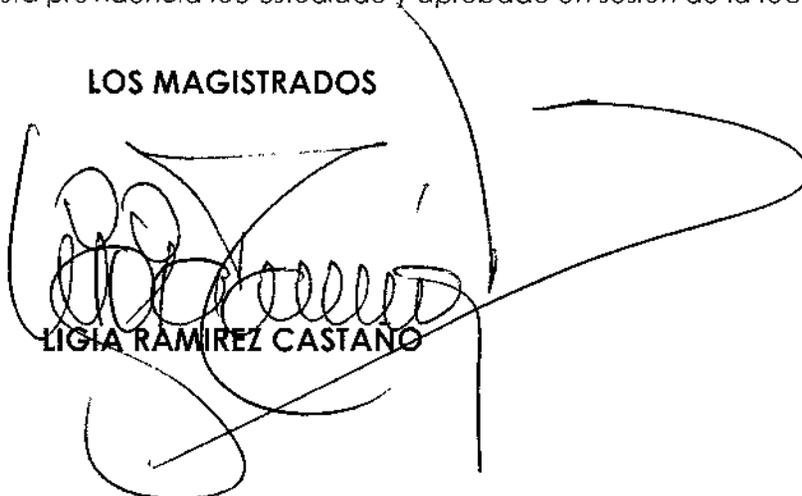
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha 14 de junio de 2012, dictada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



JORGE ELIE FERFANDIÑO GALLO

dlbt



MARCELA LOPEZ ALVAREZ

Oct-17-2013
21

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a horizontal line and a final flourish.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1237
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-000-2006-00581-00
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, VEINTIDOS (22) 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,
VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

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

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 2.69 /2013

1ª instancia

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción: REPARACIÓN DIRECTA
Referencia: 13001-33-31-000-2006-00581-00
Demandante: CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO Y OTROS
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011, PSSA12 9201 de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA** ha sido promovido por los señores **CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, AMPARO DEL SOCORRO ZAPATA JARAMILLO, FABIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO, CARLOS ARTURO ZAPATA JARAMILLO, ALIRIO DE JESÚS ZAPATA, URIEL DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO, CONSUELO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO, LUIS HORACIO ZAPATA JARAMILLO, JOSÉ NICOLÁS ZAPATA JARAMILLO, MARTA LIGIA ZAPATA JARAMILLO, CARMEN OTILIA ZAPATA JARAMILLO, GABRIELA DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Han sido formuladas por los demandantes, en los siguientes términos:

Los demandantes **CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO**; sus hermanos, **AMPARO DEL SOCORRO ZAPATA JARAMILLO, FABIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO, CARLOS ARTURO ZAPATA JARAMILLO, ALIRIO DE JESÚS ZAPATA, URIEL DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO, CONSUELO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO, JOSÉ NICOLÁS ZAPATA JARAMILLO, MARTA LIGIA ZAPATA JARAMILLO, CARMEN OTILIA ZAPATA JARAMILLO, GABRIELA DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO**, solicitan se declare administrativamente responsable a la **NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por la detención preventiva por más de tres (3) meses de que fue objeto el señor **CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO**; quien posteriormente fuera dejado en libertad luego de haberse decretado la preclusión de la investigación en su favor.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la **NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a los demandantes, como reparación del daño ocasionado los perjuicios materiales e inmateriales que resulten probados dentro del proceso y se actualicen los rubros indemnizatorios reconocidos de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

2. Hechos relevantes.

PRIMERO: el señor **CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO**. Fue privado de la libertad el día 21 de enero de 2004, por miembros del CTI de la Fiscalía General de la Nación, escuchado en indagatoria fue resuelta su situación jurídica profiriéndose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por la Fiscalía 37 Seccional De La Unidad De delitos contra la Vida e Integridad Personal.

SEGUNDO: La detención preventiva impuesta a mi poderdante no fue causada por dolo o culpa de grave imputable a él, sino por falsos testimonios arrimados a los autos, en la etapa de la indagación y la investigación, con violación del principio de contradicción probatoria, y sin ningún fundamento que hiciese respaldar sus dichos, constituyéndose en una privación injusta de la libertad.

TERCERO: El Juzgado Promiscuo Municipal del Carmen de Bolívar resolviendo una solicitud de Revocatoria de la Medida de Aseguramiento que profirió la Fiscalía aludida, profirió el auto adiado 2 de Abril de 2004 por medio de la cual se revocó la medida de aseguramiento impuesta al señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, saliendo este en libertad en los días posteriores a la resolución.

CUARTO: Posteriormente mediante Resolución aditada 05 de agosto de 2004, el Fiscal Seccional treinta y siete de la Unidad Integral de Fiscalías, delitos contra la vida e integridad personal, precluyó la investigación a favor del demandante CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO.

LA CONTESTACIÓN

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Mediante apoderado judicial designado para tal efecto, contestó a demanda afirmando que en el *sub lite*, la investigación penal a la que estuvo vinculado el señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, y dentro de la cual se profirió la medida restrictiva de su libertad, estuvo amparada en las pruebas que legal y oportunamente se allegaron a la investigación; que fueron objeto de valoración por el Fiscal encargado, quien determinó en su momento que se reunían los elementos de juicio necesarios para imponer medida de aseguramiento al señor ZAPATA JARAMILLO.

Explica, que el procedimiento adelantado por su representada se ciñó a los parámetros legales y constitucionales que lo gobiernan, razón por la cual no puede predicarse en el *sub lite* un daño antijurídico.

Finalmente propone la excepción de hecho de un tercero, por cuanto la medida restrictiva de la libertad impuesta al señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, se fundamentó en los testimonios rendidos por los señores ALVARO JOSE OLIVERA SALGADO, YESID MANUEL BLANCO QUIROZ y JOSÉ MANUEL LAMADRID VÁSQUEZ, reinsertados de la FARC, quienes al final no pudieron

sostener su dicho; por esa razón considera que, las personas mencionados son quienes tienen el deber de reparar los daños en el sub examine, si hubiere lugar a ello.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Con auto de fecha nueve (09) de Abril de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.229-230) y en vista de que no existían pruebas que decretar, se prescindió del periodo probatorio y se fijó como fecha el 9 de julio de 2013, para la realización de la audiencia de fijación de hechos y alegaciones finales, en la cual, las partes y el Ministerio Público se pronunciaron de la siguiente manera (Fl.233-235):

1. Parte demandante:

Los apoderados de la parte demandante, ratificaron los argumentos expuestos el escrito de la demanda.

2. Parte demandada:

El apoderado de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no se presentó a la audiencia de alegaciones finales.

3. Intervención del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo afirmando que, "la jurisprudencia de los contencioso administrativo, ha decantado estos temas de manera clara y reiterativa, la responsabilidad debe ser declarada y el daño resarcido.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A., en concordancia con los artículos 65 a 73 de la ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

La presente acción fue iniciada oportunamente, en razón a que la providencia por la cual la Fiscalía Treinta y Siete, que precluyó la investigación iniciada contra el señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO fue notificada a las partes el día 18 de agosto de 2004, y la demanda fue presentada el día 28 de abril 2006, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si la detención de la que fue objeto el señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO le generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad para el Estado, cuando posteriormente se precluyó la investigación iniciada en su contra por presunta comisión del delito de rebelión.

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

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, mediante sentencia de Sala Plena de fecha 6 de abril de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, frente al tema de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha dicho:

"3. Responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad

Aunque la libertad ocupa lugar de primer orden en cualquier Estado que se

precie de ser democrático y liberal, no por ello constituye un derecho absoluto, en tanto puede ser limitado como consecuencia de la imposición de una pena, o de una medida de aseguramiento, siempre que se cumplan las exigencias legales y se atienda a las finalidades que autorizan dicha limitación.

Como ya se señaló, por cuenta del proceso penal que se adelantó por los delitos de homicidio y hurto cometidos en contra del señor Walberto Perlaza Caicedo, el señor Joaquín Castro Solís fue privado de la libertad en tres oportunidades: (i) desde el 17 de julio de 1985 hasta el 13 de diciembre de 1985; (ii) desde el 1° de octubre de 1996 hasta el 6 de febrero de 1997 y (iii) entre las 9:30 y las 11:00 a.m. del 21 de junio de 1998. Por lo tanto, deben tenerse en cuenta las normas que durante esos lapsos han establecido el derecho a la reparación por los daños que se causen como consecuencia de la privación injusta de la libertad, esto es: (3.1.) las normas que regulaban el asunto antes de la expedición de la Constitución de 1991; (3.2.) la Constitución de 1991 y el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, que desarrollo el artículo 90 constitucional en el tema que aquí se trata y (3.3.) la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

3.1. La reparación por privación de la libertad antes de la Constitución de 1991

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, la jurisprudencia consideraba que la responsabilidad proveniente de fallas en la administración de justicia debía ser atribuida a la culpa personal de funcionario judicial que hubiera incurrido en dolo, culpa, retardo injustificado o error inexcusable y que de manera excepcional, había lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando dichas fallas fueran propiamente administrativas. Esto, en razón del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada y por falta de norma legal que autorizara la indemnización de perjuicios en los supuestos de error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Pero, a pesar de la carencia de normas que en forma explícita ordenaran la reparación de perjuicios causados con los errores judiciales o el funcionamiento anormal de la administración de justicia, la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio judicial podía ser deducida de los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución Política de 1886, que establecían el deber de las autoridades de la República de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el

cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares"; que "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes" y que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

El derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad encontraba también soporte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el voto unánime de sus asociados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, ratificado por la ley 74 de 1968, que establece que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación" (art. 9º num. 5) y que "cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido posteriormente indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido" (art. 14, num. 6).

Igualmente, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la ley 16 de 1972, que en el artículo 10 establece: "Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia en firme por error judicial".

En tal sentido, bien podía haberse echado mano de la jurisprudencia elaborada en esa época para estructurar los diferentes regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas y en aplicación de esos criterios ordenar la reparación de los daños causados con la actividad judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corporación en aquel momento, deducía la responsabilidad de las autoridades públicas por los daños causados con su actividad, con fundamento en los regímenes de falla probada, falla presunta del servicio, daño especial, o riesgo excepcional. En relación con el primer

régimen se requería acreditar la existencia de una falla del servicio en la conducta causante del perjuicio sufrido por el demandante y la relación causal entre ambos. Así, bien podía haberse dado aplicación a éste régimen en los supuestos de privación de la libertad, para derivar la injusticia de la medida de la antijuridicidad de la conducta del juez que la ordenaba, como se hacía en los eventos en que la demanda se dirigía contra la autoridad administrativa que la hubiera ejecutado.

Esto significa que los daños causados a las personas como consecuencia de la privación de la libertad a la que hubieran sido sometidos antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991, deben ser imputados al Estado con fundamento en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos-, los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886 y los criterios de responsabilidad patrimonial que para esa época había desarrollado la jurisprudencia y fundamentalmente, con el criterio de falla del servicio, con el alcance que entonces se le había dado, esto es, que habrá lugar a la declaración de responsabilidad demandada, en la medida en que se compruebe que en el proceso se incurrió en error al imponer la medida de aseguramiento al demandante.

3.2 La privación de la libertad en vigencia de la Constitución de 1991 y del artículo 414 del decreto 2700 de 1991

El artículo 28 de la Constitución consagra el derecho a la libertad, pero prevé también la posibilidad de la privación de este derecho, bien como pena o medida de aseguramiento siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) cumplimiento de las formalidades legales, y (iii) la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

También ha señalado la Corte Constitucional que la privación de la libertad, como medida de aseguramiento, no contraviene la presunción de inocencia, ni ninguna otra disposición constitucional, en tanto dicha medida tiene carácter preventivo y no sancionatorio, ni desvirtúa la presunción de inocencia, dado su carácter precario, que no permite confundirla con la pena, aunque, por razones de justicia y equidad sea posible computar el tiempo de la detención como parte de la pena.

Pero, además de cumplir con las exigencias constitucionalmente señaladas, la detención preventiva debe obedecer a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena:

"...El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción".

Las exigencias señaladas en la Constitución para la procedencia de la medida de aseguramiento armonizan con lo dispuesto en las normas internacionales de derechos humanos que son aplicables en el derecho interno, por mandato de los artículos 93 y 94 de la misma Constitución. Son ellas: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En desarrollo de esas disposiciones de orden superior, el artículo 338 del Decreto 2700 de 1991 establecía que la detención preventiva era procedente "cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso"¹, requisito probatorio en relación con el cual la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- ha señalado:

¹ En el artículo 356 de la ley 600 de 2000, se estableció que la detención preventiva "se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso", y el artículo 308 de la ley 906 de 2004 establece: "El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia".

"La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador. Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve cuando se revela solo como una entre varias causas probables y podrá darle menguada categoría de levisimo cuando deviene apenas como una causal posible del hecho indicado"².

En vigencia de la actual Constitución se expidió el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991-Código de Procedimiento Penal, que establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva, u otra providencia con iguales efectos, debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible. El texto de esa norma era el siguiente:

"Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

Se aclara que las consideraciones que sobre la norma se hacen en esta oportunidad están limitadas al contenido del segundo aparte y además, marginadas de cualquiera otra interpretación extensiva o analógica que pudiera hacerse de la misma. Vale decir, que no se fijará el alcance del primer aparte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en tanto establece el derecho a la reparación para quien haya sido "injustamente privado de la libertad", ni se entrará a definir si además de las causales taxativamente

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1997, exp 9858

señaladas en la norma hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con un criterio objetivo y tampoco se referirá a los eventos de *in dubio pro reo*. Esto porque la determinación del alcance de esa disposición se circunscribirá al caso concreto, que claramente se inscribe en una de las causales de responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad.

En este orden de ideas, se señala que de manera unánime, la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente³, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó *a priori* la detención preventiva como injusta.

En otros términos, cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el sindicado no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicado, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquél.

³ A juicio de la Sala, el derecho a la indemnización por detención preventiva debe ser el mismo cuando el proceso termine no sólo por sentencia absolutoria, sino anticipadamente por preclusión de la investigación (art. 443) o auto de cesación de procedimiento (art. 36), por cuanto éstas son decisiones equivalentes a aquélla para estos efectos. Ver, por ejemplo, sentencia de 14 de marzo y 4 de mayo de 2002, exp: 12.076 y 13.038, respectivamente, y de 2 de mayo de 2002, exp: 13.449

3.3. La vigencia de la Ley 270 de 1996 y la aplicación del art. 414 del Decreto 2700 de 1991

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece que "Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".

(...)

La Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus Ramas u órganos hubiera sido "abiertamente arbitraria", dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, que son los eventos a los que se refiere el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Sobre este aspecto ha dicho la Sala:

"Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta "porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible", se configura un evento de detención injusta...."⁴.

Ahora, es cierto que el Decreto 2700 de 1991 perdió vigencia al entrar a regir la ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal–, esto es, a partir del 24 de

⁴ Sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 15.463. En el mismo sentido, sentencias de 23 de abril de 2008, exp. 17.534 y de 25 de febrero de 2009, exp. 25.508, entre otras.

julio de 2001⁵-, y que ni este código, ni el subsiguiente –Ley 906 de 2004- contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad. En consecuencia, en relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 no podrá invocarse el artículo 414 como fuente normativa de la responsabilidad estatal.

Pero, la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y la carencia en los subsiguientes códigos de procedimiento penal de una norma con el mismo contenido de ese artículo, no impiden deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en aquél, esto es, cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible.

Esto porque la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico.

El concepto de daño antijurídico, como se ha señalado en la jurisprudencia y en la doctrina se desliga de su causación antijurídica.

Por lo tanto, aunque la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico

⁵ Mediante la ley 906 de 2004 se expidió un nuevo código de procedimiento penal, aunque la ley 600 de 2000 se continuó aplicando en relación con los delitos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución.

cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno.

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, cuando se cumplan estrictamente los requisitos constitucional y legalmente previstos para la imposición de esa medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, sin que se requiera realizar ninguna valoración diferente, cuando se profiere sentencia absolutoria o su equivalente, por haberse demostrado que esa persona no ha incurrido en ninguna conducta digna de reproche penal, porque en tal caso la medida devendrá injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido, porque en tal caso los daños causados con su detención serán antijurídicos.

En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser declarada en todos aquellos casos en los cuales se dicte sentencia penal absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, con fundamento en el segundo segmento normativo del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, cuando la decisión penal se profiera en vigencia de esa norma, esto es, cuando la sentencia penal o su equivalente se hubieran proferido durante el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, al margen de que la privación de la libertad la hubiera sufrido el sindicado aún antes de la vigencia de la norma, porque sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.

Si la sentencia penal absolutoria o la providencia equivalente se hubieran dictado con posterioridad al 24 de julio de 2001, el fundamento normativo de la decisión reparatoria lo será el artículo 90 de la Constitución, dado que los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 corresponden realmente a eventos de daño antijurídico, por tratarse de una privación injusta

de la libertad, aunque causados con una conducta jurídicamente irreprochable del Estado.

Finalmente, en el evento de que se reclame la indemnización de daños consolidados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esto es, por privaciones de la libertad sufridas con ocasión de investigaciones penales concluidas antes del 7 de julio de 1991, la decisión reparatoria deberá fundamentarse en las normas del derecho internacional- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos- y en los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886, así como en los criterios de responsabilidad patrimonial del Estado que fueron desarrollados por la jurisprudencia en aquella época.

Es decir, que los daños sufridos por los demandantes por privación de su libertad antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991 y se expidiera el artículo 414 del Decreto 2700 de ese mismo año, son atribuibles al Estado cuando esa privación hubiera sido injusta, ilegal, o se hubiera incurrido en error judicial. Para deducir la responsabilidad deben aplicarse los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas, que la jurisprudencia había desarrollado hasta entonces (falla probada, falla presunta del servicio, daño especial, o riesgo excepcional)."

CASO CONCRETO

De conformidad con lo anterior dentro del proceso obran las siguientes pruebas que resultan relevantes:

- Copia autentica de Registro Civil de Nacimiento de CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO (fl. 21)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de AMPARO DEL SOCORO ZAPATA JARAMILLO.(fl. 22)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de FABIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO.(fl. 23)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de CARLOS ARTURO ZAPATA JARAMILLO.(fl. 24)

- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de ALIRIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO.(fl. 25)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de CONSUELO DE JESÚS ZAPATA.(fl. 27)
- Copia auténtica de Certificado de Registro Civil de Nacimiento de JOSÉ NICOLAS ZAPATA JARAMILLO.(fl. 29)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de MARTA LIGIA ZAPATA JARAMILLO.(fl. 30)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de CARMEN OTILIA ZAPATA JARAMILLO.(fl. 31)
- Copia auténtica de Registro Civil de Nacimiento de GABRIELA DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO.(fl. 32)
- Copia auténtica de la providencia de fecha 5 de agosto de 2004 (FL.33-40), en virtud de la cual la Fiscalía Treinta y siete, precluyó la investigación adelantada en contra del señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO. De la providencia mencionada, se evidencia la participación del Dr. HECTOR MERLANO GARRIDO, como defensor del hoy demandante, quien presentó en su oportunidad alegatos de conclusión, previo a la calificación del mérito del sumario.
- Copia auténtica de la Resolución del 28 de enero de 2004, a través de la cual la Fiscalía Treinta y Siete, resolvió la situación jurídica del señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, profiriendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación; como consecuencia le ordenó al D.A.S. en Cartagena que trasladará al señor ZAPATA JARAMILLO a la Cárcel de Sumariados San Sebastián de Ternera.
- Copia simple del auto interlocutorio N°. 648 del 2 de abril de 2004, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito El Carmen de Bolívar, a través del cual se revocó la medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía General de la Nación el día 28 de enero de 2004 al señor ZAPATA JARAMILLO. De este documento se desprende de forma clara, que el

señor ZAPATA JARAMILLO, fue capturado en virtud de la **Resolución fechada en 19 de Enero del 2004 proferida por el Fiscalía Seccional 110 destaca ante el DAS de Bogotá (fl.53); y su captura se produjo finalmente el día 21 de enero de 2004** en el perímetro urbano del Municipio El Carmen de Bolívar (Bol.) siendo aproximadamente las 11 horas (fl.54). En igual forma se desprende de este documento, que el togado HECTOR TERCERO MERLANO GARRIDO, en representación del señor ZAPATA JARAMILLO, presentó escrito el día 23 de febrero de 2004, solicitando la revocatoria de la medida impuesta a su apadrinado; que fue resulta de forma desfavorable a través de la Resolución de fecha 27 de febrero de 2004. Por esa razón, presentó escrito ante el Juzgado Promiscuo del Carmen de Bolívar solicitando el control de legalidad de la medida impuesta, que fue resuelto de forma favorable (Fl.56).

Con base en las pruebas recaudadas y relacionadas precedentemente, resulta evidente que el señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, fue privado de la libertad y recuperó su derecho gracias a lo resuelto por el Juzgado Promiscuo del Carmen de Bolívar a través de auto del 2 de abril de 2004 (fl.51 a 69), quien revocó la medida de aseguramiento que le fue impuesta por la Fiscalía Treinta y Siete. Desde ese momento, el actor estuvo vinculado al proceso hasta que finalmente se precluyó. Del auto citado se puede extraer lo siguiente:

"El dicho de los testigos de cargo, quienes afirman que el procesado ZENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, tiene una Supertienda de la que surte de la que surte de la que se aprovisionan los destacamentos guerrilleros del FRENTE 37 DE LAS FARC al comando de MARTIN CABALLERO, es absolutamente falso, porque del análisis probatorio se establece sin dubitación que el procesado no ha sido propietario de Supermercado o supertienda alguna, que lo que tuvo fue una colmena, una pequeña tienda de víveres y abarrotes que funcionó hasta julio de 1998, que nunca tuvo un Toyota Azul de su propiedad para aprovisionar de vitualla a la guerrilla en sus campamentos de CANSONA y el SALADO. Que para la época del año 2001, que el testigo JOSÉ MANUEL LAMADRID VASQUEZ, comienza a colaborar, haciéndole trabajos de cerrajería y

soldadura a la guerrilla, por encargo de alias TEOFILO, preso en la Cárcel de Montería, el procesado ya no tiene negocio algún dedicado a la comercialización de víveres y abarrotos y si bien pudo haber visto los bultos de ñame depositados en un local de propiedad del procesado, el ñame era del agricultor EDUARDO MERIÑO RAMIREZ.”

De tal menara, consideró el Juzgado promiscuo del Carmen de Bolívar, que en el presente caso los testigos en los cuales se fundó el aspecto probatorio de la medida de aseguramiento impuesta al señor ZAPATA JARAMILLO, eran contradictorios en su dicho, y además, al ser reinsertados de las FARC, entendió que aquellos solo pretendían beneficios del Estado por su colaboración.

Posteriormente, la Fiscalía Treinta y Siete, ante la falta de elementos probatorios para proferir resolución de acusación, precluyó la investigación adelantada contra el señor ZAPATA JARAMILLO, a través de providencia del 5 de agosto de 2004, de la cual se cita el siguiente aparte:

“Aunado a que la revocada la medida aseguramiento aplicada a los señores TAPIAS OROZCO, ZAPATA JARAMILLO, ARRIETA MEDINA y PULGAR ARRIETA, por este Despacho, y decidiendo controles de legalidad, por no vislumbrarse en la actuación ni siquiera la prueba mínima para asegurar, no es viable ni procedente acusar con las pruebas que contamos, pues para ello -esto es acusar- es mas exigente el acervo probatorio.

Frente a esta situación, no le queda otra opción al despacho que calificar, si asomo a dudas, con la decisión anunciada desde el inicio de este pronunciamiento pues no existe la probabilidad que los aquí sindicados pertenezcan a los grupos al margen de la ley que operan en la Costa Caribe Colombiana.”

Está, pues, suficientemente acreditado que el demandante estuvo sujeto por orden de la Fiscalía a la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación; así mismo se deduce del acervo probatorio que, esta compendió el periodo del 21 de enero de 2004, hasta el día 2 de abril de abril de 2004, cuando el Juzgado Promiscuo del Carmen de Bolívar revocará la

medida de aseguramiento. La Sala precisa, que se tomará la fecha del auto que revocó la medida de aseguramiento, como punto final de la privación de la libertad a que fue sometido al actor, como quiera que no se allegó al plenario certificación del INPEC, que especificará el día exacto en que aquel fue dejado en libertad de la Cárcel San Sebastián de Ternera.

Sobre la medida impuesta, considera la Sala que no tenía el demandante el deber jurídico de soportarla, pues como se observa en las consideraciones del auto de 2 de abril de 2004, que revocó la medida de aseguramiento y, de la providencia del 5 de agosto de 2004, que precluyó la investigación, los testimonios que fundamentaron la medida de aseguramiento impuesta al señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, perdieron toda credibilidad, por cuanto aquellos mostraron total separación de la realidad.

Los hechos anteriormente probados permiten concluir que, efectivamente, el señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO fue objeto de medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado de responsabilidad porque, no existía prueba contundente que lo vinculara con la investigación, lo cual, como se vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos por el legislador, a partir del artículo 90 de la Constitución Política, como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

Es así como se evidencia la responsabilidad del Estado en los perjuicios causados a partir de la privación de la libertad a la que fue sometido el demandante. Ello es así, puesto que si bien es cierto es cometido del Estado, el garantizar el mantenimiento del orden social, no lo es menos que también es su obligación proteger a los ciudadanos en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (art. 2º C.N.), debiendo adoptar las medidas pertinentes para que la restricción de sus derechos se ajuste a las perceptivas normativas existentes para cada caso con miras a garantizar la efectividad de la medida, pues resulta un verdadero desatino mantener a los ciudadanos injustamente privados de su libertad so pretexto de cumplir una función investigativa.

Así las cosas, al haber sido la Fiscalía General de la Nación quien impuso la medida restrictiva de la libertad al señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO

que se prolongó durante 2 meses y 11 días, por la supuesta comisión del delito de Rebelión, sin quedar plenamente comprobado que aquel hubiere tenido participación en el mismo, obligado es concluir que esa privación injusta fue la generadora de perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial causados a los demandantes, razones que determinan la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los mismos.

Con base en lo anterior, dado que se ha encontrado patente la responsabilidad estatal en la privación injusta de la libertad que sufrió el señor ZAPATA JARAMILLO, se declarará la misma en la parte resolutive de esta providencia y se procederá a la correspondiente liquidación del daño inferido a los demandantes.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

PERJUICIOS INMATERIALES

Daño Moral

La privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor CENON ANTONIO ZAPATA en virtud de la medida de detención preventiva ordenada en su contra, le generó un daño moral, produciéndole sentimientos de aflicción, rechazo, desconsuelo, por cuanto el sustento probatorio de la medida fue totalmente desvirtuado, y porque para ninguna persona en condiciones normales, resulta placentero verse privada de uno de sus patrimonios más preciados, como lo es la libertad, durante un periodo de tiempo superior al que por ley corresponde. En efecto, las reglas de la experiencia indican que el procesado y su familia se perjudican cuando aquel es sometido a la restricción de su libertad.

En este caso los perjuicios morales fueron tasados en un total 200 SMMLV para la víctima directa y 100 SMMLV para cada uno de sus hermanos. Sin embargo, con relación a la estimación del perjuicio moral, la pauta jurisprudencial para el reconocimiento de aquellos depende del tiempo que dure la privación efectiva de la libertad, señalando el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", mediante las

sentencias del 28 de febrero de 2013, expediente No. 24622 y 5 de abril de 2013, expediente No. 21781, que se ha venido reconociendo tal indemnización de la siguiente forma: "Por tal razón, tomará el tiempo que actor permaneció efectivamente privado de la libertad (9.63 meses) y lo multiplicará por 5,1 que es el número de salarios mínimos legales mensuales que en promedio la Sala ha reconocido por cada mes de detención, de donde resulta que el monto de la indemnización debida al señor José Antonio Romero Martínez es de cuarenta y nueve (49) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

De acuerdo con estos parámetros establecidos por el H. Consejo de Estado, el promedio del valor correspondiente a un mes de privación de libertad reconocido es de 5.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si se aplica dicho criterio temporal de cuantificación a la situación del CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, se tiene que el valor de la indemnización que debe reconocerse por su perjuicio moral es de 12.07 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el período de la detención dos (2) meses y once (11) días, y multiplicarlo por el valor del promedio indicado.

Con relación a los hermanos y hermanas de la víctima, se liquidará la indemnización por perjuicios morales teniendo en cuenta la intensidad sufrida por las víctimas indirectas, que por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por los directos implicados en la investigación penal, para lo cual se procederá a tasar de la siguiente manera:

1. CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO	Víctima directa	12.07 smlmv
2. AMPARO DEL SOCORO ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv
3. FABIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	Hermano	3 smlmv
4. CARLOS ARTURO ZAPATA JARAMILLO	Hermano	3 smlmv
5. ALIRIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	Hermano	3 smlmv
6. CONSUELO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv

7. MARTA LIGIA ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv
8. CARMEN OTILIA ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv
9. GABRIELA DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv

No obstante lo anterior, respecto del señor JOSÉ NICOLÁS ZAPATA JARAMILLO, el documento aportado para acreditar el parentesco con la víctima carece de capacidad demostrativa para tal propósito, como quiera que se trata de un certificado de registro civil, el cual no señala en ninguno de sus apartes que sea válido para demostrar el parentesco. En ese sentido, el demandante inobservó en este caso la carga prevista en el art. 177 del C.P.C. que impone a las partes el deber de demostrar en juicio el supuesto fáctico del cual pretende obtener un efecto jurídico; de manera que ante la ausencia probatoria no le es posible a la Sala inferir la existencia del daño moral impetrado y por ello se negará la pretensión que en tal sentido elevó el señor JOSÉ NICOLÁS ZAPATA JARAMILLO.

PERJUICIOS MATERIALES

Con relación a los perjuicios materiales, el señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO solicitó de forma genérica el pago de \$50.000.000, por concepto de asesoría jurídica en el proceso penal, pago adicional de nómina, viáticos por concepto de transporte y arriendo.

Ahora bien, conforme a las pruebas allegadas al plenario, la Sala no observa que al actor se le hallan ocasionado, en virtud de la privación de su libertad, perjuicios del orden material, a **título de daño emergente o lucro cesante**; así mismo, aquel realiza afirmaciones generalizadas sin detallar exactamente el concepto del que se deriva la indemnización y su correspondiente monto.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien es cierto dentro del proceso, sí hay prueba de que el señor HÉCTOR MERLANO GARRIDO, ejerció la defensa en el proceso penal del señor ZAPATA JARAMILLO, también lo es, que no se allegó el certificado del cual se puede conocer el monto total de sus honorarios. En ese sentido, muy a pesar de que el Dr. HECTOR MERLANO GARRIDO, también

defiende los intereses del señor ZAPATA JARAMILLO en esta acción contenciosa, lo que daría aval a los afirmado en las pretensiones, el problema radica en la falta de estimación de dicho perjuicio; lo que impide a esta Corporación tasarlos a motu proprio.

Por otro lado, el actor en este caso no demostró que era laboralmente activo, toda vez que ninguna prueba o testimonio se practicó en el curso del proceso para tal propósito; situación que restringe a esta Corporación, la aplicación de la presunción del salario mínimo legal establecida por el H. Consejo de Estado, cuando se demuestra que la persona a lo menos se gana la vida a través del desarrollo de alguna labor.

COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativa y patrimonialmente responsables por el daño antijurídico causado al señor CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO, en virtud de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido.

SEGUNDO: Como consecuencia del numeral anterior, **CONDENAR** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a pagar a título de indemnización las siguientes sumas:

1. Por concepto de daño moral la sumas discriminados a continuación:

1. CENON ANTONIO ZAPATA JARAMILLO	· Víctima directa	12.07 smlmv
2. AMPARO DEL SOCORO ZAPATA JARAMILLO	· Hermana	3 smlmv
3. FABIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	· Hermano	3 smlmv

4. CARLOS ARTURO ZAPATA JARAMILLO	Hermano	3 smlmv
5. ALIRIO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	Hermano	3 smlmv
6. CONSUELO DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv
7. MARTA LIGIA ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv
8. CARMEN OTILIA ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv
9. GABRIELA DE JESÚS ZAPATA JARAMILLO	Hermana	3 smlmv

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

QUINTO: CUMPLIR la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C.A.

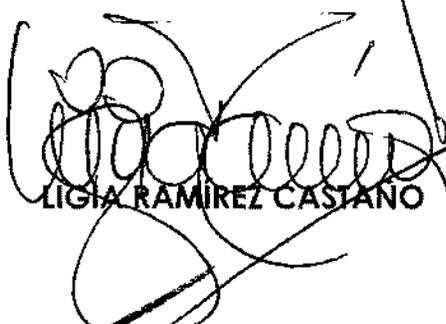
SEXTO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, procédase al archivo, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

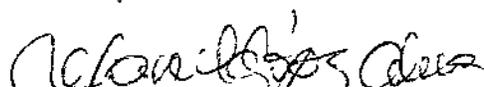
LOS MAGISTRADOS



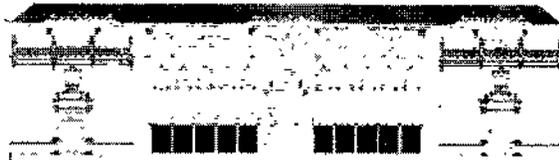
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE ELIECER FANDINO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



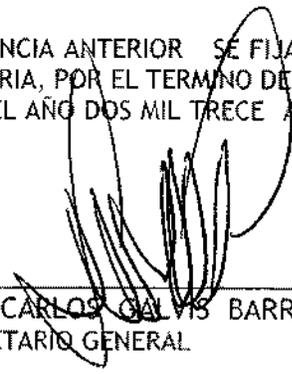
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1238
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y R ESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: VICTOR POLO VEGA
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO D E LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2012-00069-01
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, VEINTIDOS (22) 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,
VEINTICUATRO(24) 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
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

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

SENTENCIA No. 255 /2013

2ª Instancia

Tema: Reajuste Asignación de Retiro – IPC cosa juzgada

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-004-2012-00069-01
Demandante: VICTOR POLO VEGA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada y denegó las pretensiones de la demanda.

En atención a los artículos 115 de la Ley 1305 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde, por tratarse de un asunto que ya ha sido decantado por este Tribunal y por encontrarse en litigio los derechos de la tercera edad.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor VICTOR POLO VEGA instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad de la Resolución No.1489 de fecha 20 de mayo de 2003 emanado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en virtud de la cual le negó el reconocimiento y pago del incremento correspondiente en aplicación del IPC sufridos para los años en que éste 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 ley adicionado por la Ley 238 de 1995.

2.- Que Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a revisar la asignación de retiro del actor con el fin de establecer cual incremento es el mejor, si el incremento ordenado por el Gobierno Nacional o el IPC.

3.- Se ordene aplicar los reajustes favorables a la asignación de retiro con cargo a caja demandada, para los años en que el IPC fue mayor.

HECHOS

Los hechos más relevantes de la demanda se resumen a continuación:

Como soporte fáctico de sus pedimentos, el señor VICTOR POLO VEGA expone que disfruta del beneficio de la asignación de retiro con cargo a la CAJA DE

RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES como Suboficial Jefe Técnico ® ARC grado con el que retiró de la Fuerza Pública.

Afirma que elevó petición en agotamiento de la vía gubernativa, solicitando que se cancelara las diferencias resultantes entre el valor que recibe con ocasión al incremento ordenado por los decretos dictados por el gobierno Nacional y la aplicación del IPC, en su asignación de retiro vigente para lo años en que el IPC fue mayor.

Sostiene que en respuesta emitida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó la petición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora invoca como violadas las siguientes disposiciones: Artículos 2, 13, 23, 25, 53 y 58 de la Constitución Nacional, Ley 446 de 1998, Ley 100 de 1993, parágrafo 4º del artículo 279.

Como concepto de violación de las normas acusadas, aduce que la controversia se ajusta en establecer el incremento que se debe aplicar al actor en su asignación de retiro que percibe, debe hacerse con base en el principio de oscilación aplicable a este por pertenecer a un régimen especial, o teniendo en cuenta el IPC, correspondiente al año inmediatamente anterior que establece el DANE sobre costo de vida, aplicables a los sometidos a Regímenes Generales.

Considera que, los aumentos ordenados por el Gobierno Nacional y aplicados por la Caja en la asignación de retiro del actor, por debajo de la variación del IPC, se le está dando un tratamiento discriminatorio que constituye una clara violación al derecho de igualdad al aplicarle un porcentaje inferior, violando con su actuar el artículo 13 de la Carta Política.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a cada una de las pretensiones solicitadas por la parte accionante.

Sustentó su defensa en que el criterio de la entidad para la negativa a la solicitud, tiene su fundamento en que los miembros de la Fuerza Pública obedecen a un régimen especial; en el que se contempla que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado; por lo tanto el Gobierno Nacional anualmente mediante decreto ejecutivo fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad reajustando con ello las asignaciones de retiro; ajustándose esa actuación al ordenamiento jurídico.

Afirma que, como bien es sabido, la Fuerza Pública tiene un régimen especial que establece como se reajustan las asignaciones de retiro y los decretos anuales que se han expedido y aplicando para reajustar las asignaciones, todo lo cual está ajustado a la ley 4 de 1992 y al régimen especial de la fuerza pública, que es el único aplicable.

Manifiesta que, el principio de oscilación de las asignaciones de retiro, consagrado en el artículo 169 del Decreto ley 1211 de 1990, únicamente es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y preservar el derecho a la igualdad entre militares activos y en retiro; su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Agrega que, no está por demás precisar que no todos los años desde la expedición de la ley 238 de 1998, fueron más favorables que los incrementos efectuados por el Gobierno Nacional en cumplimiento del principio de oscilación que rige para la Fuerza Pública, por consiguiente, si es aplicado el

I.P.C., para todo el personal militar retirado, no solamente los años que presuntamente le son favorables, sino desde la vigencia de la referida norma, la entidad debe incoar las acciones judiciales para exigir el reintegro de los valores pagados.

Propuso las excepciones de:

- Pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto.
- Falta de unidad jurídica en los actos demandados por legalidad y vigencia de los decretos de oscilación expedidos por el Gobierno Nacional.
- Prescripción del derecho.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013), declarando de oficio la excepción de cosa juzgada y denegando las súplicas de la demanda.

Estimó la Juez *a quo*, que en el Juzgado Séptimo Administrativo de este circuito judicial, cursó un proceso radicado bajo el No. 13001-33-31-007-2008-00142-00, promovido por el señor Víctor Polo Vega contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en el que mediante sentencia de 11 de junio de 2009, se negaron las pretensiones de la demanda, decisión que fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Administrativo de bolívar a través de la providencia de 22 de abril de 2010.

Afirma que realizando un cotejo entre las dos demandas, lo primero que se advierte es que sin lugar a dudas existe una identidad jurídica de las partes, el objeto de pronunciamiento es sustancialmente el mismo, aunque este contenido en actos administrativos diferentes, pues en el proceso que se ventiló en el Juzgado Séptimo, la finalidad del señor Víctor Polo Vega era demandar el acto administrativo contenido en el Oficio Cremit No. 65857 de fecha 31 de octubre de 2007, para obtener el reconocimiento y pago del

incremento anual de su asignación de retiro, aplicando el IPC y en el presente proceso se pretende exactamente lo mismo y se observa igualmente que los fundamentos fácticos de ambos libelos son los mismos, lo cual quiere decir que existe identidad de objeto y causa.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primera instancia, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, interpuso recurso de apelación el apoderado de la **parte demandante** contra la sentencia del veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013), manifestando su inconformidad bajo los siguientes argumentos:

Sostiene que de la comparación realizada de los dos procesos, el único de los elementos de la cosa juzgada que en realidad se configuró fue el denominado como identidad jurídica de las partes, toda vez que no existe identidad de causa ni de objeto.

Afirma que los actos administrativos son diferentes, pues la demanda que cursó en el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena pretendía la nulidad del Oficio Cremil No. 65857 de fecha 31 de octubre de 2007, mientras que con el presente asunto se persigue la nulidad de la Resolución No. 1489 de mayo 20 de 2003, de modo que si bien ambos fueron expedidos por CREMIL y versan sobre la misma temática, no tiene identidad de objeto.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 6 de junio de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 185); y, con providencia aditada julio 29 de 2013 (fl. 188), se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto.

En esta oportunidad procesal la parte demandante presentó sus alegaciones finales, la parte demandada guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandante: Sostiene el apoderado de la parte actora que no se configura en el presente asunto la declaratoria de cosa juzgada, pues olvida la *a quo* que el acto acusado objeto de este proceso, conserva su presunción de validez la cual es propia, autónoma e independiente del otro acto administrativo debatido en el otro proceso, y por lo tanto no puede subsumirse o correr la misma suerte de aquél, y lo procedente es realizar un estudio de fondo del acto acusado y no remitirse a la decisión proferida por el otro Juez.

Afirma que la presunción de legalidad del acto acusado con la presente demanda se encuentra intacta, toda vez que no ha sido objeto de pronunciamiento judicial, por lo tanto el acto administrativo sigue haciendo parte del ordenamiento jurídico.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia aditada veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto

Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

Por otra parte, el artículo 357 del C.P.C. señala: "*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso*". Lo anterior indica que, al conocer el asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto, la competencia del *Ad quem* se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, siendo los fundamentos del recurso de alzada los que fijan el ámbito de competencia del superior y, por otra parte, consagra el denominado principio de la *no reformatio in pejus* según el cual no le es dable al *Ad quem* agravar la situación del apelante único.

CADUCIDAD.

De conformidad con lo previsto en el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A., pueden demandarse en cualquier tiempo los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas.

Como quiera que el presente asunto cobija el estudio de una prestación de tal carácter, no hay lugar a verificar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico del que se ocupará la Sala consiste en determinar si en el presente asunto hay lugar a declarar el fenómeno de cosa juzgada tal como lo señaló la Jue *a quo*, o si por el contrario, en el caso concreto hay lugar a emitir un pronunciamiento de fondo.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, como quiera que se probaron en este caso los

elementos que integran la excepción de cosa juzgada, por los argumentos que a continuación se exponen.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se trata de la Resolución No. 1489 de fecha 20 de mayo de 2003, proferido por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro por concepto de reconocimiento del índice de precios al consumidor "IPC" del Suboficial Jefe Técnico @ VICTOR POLO VEGA (fl. 9-11).

DEL CASO EN CONCRETO.

En su oportunidad, consideró la Juez de primera instancia que en este caso se configuró la excepción de cosa juzgada, por cuanto en el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, se profirió decisión de fondo, respecto de las mismas pretensiones expuestas por el demandante en este proceso; de esa forma consideró, que confluyeron los elementos de identidad de partes, objeto y pretensiones, necesarios para que se estructure la figura de la cosa juzgada.

A su turno, el apoderado del actor repara de la decisión de primera instancia para afirmar, que en el presente caso no se configuró la excepción de cosa juzgada, puesto que para que aquella se configure, es necesario que se cumplan con los requisitos de identidad de partes, objeto y de causa. Señala que en este caso, hay ausencia de los elementos de identidad de objeto y causa, puesto que los actos administrativos acusados en una y otra demanda, son diferentes.

De esa forma, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, puesto que no hay identidad de actos administrativos acusados.

Ahora bien, la Sala se adentra en la Solución del problema jurídico para firmar, que en el presente caso, sí se configuró la excepción de cosa juzgada, tal como lo consideró la Juez de Primera Instancia.

Así se considera, puesto que en este caso el actor presentó varias peticiones a la entidad demandada, solicitándole la aplicación del incremento de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, y no el principio de oscilación. Como consecuencia de ello, la entidad demandada le respondió su pedimento a través de la Resolución N°. 1489 de fecha 20 de mayo de 2003 y del escrito CREMIL N°. 65857 del 31 de octubre de 2007 y este último fue demandado ante la jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que cursó en el Juzgado Séptimo Administrativo, quien dictó sentencia de fecha 11 de junio de 2009 desestimatoria de las pretensiones de la demanda; decisión que fue confirmada por esta Corporación a través de sentencia adiada en 22 de abril de 2010. En ese sentido, confluyen en este caso los elementos que integran la excepción de cosa juzgada a saber, identidad de partes objeto y de causa.

Al respecto, sobre la excepción de cosa juzgada el H. Consejo de Estado¹ ha manifestado:

"COSA JUZGADA-Concepto / COSA JUZGADA-Efectos. Finalidad. Requisitos

La Cosa Juzgada no solo puede, sino que debe reconocerse de oficio, pues ella resulta imprescindible para evitar que sobre situaciones idénticas, la jurisdicción pueda proveer decisiones de modo distinto y posiblemente contradictorio. La coherencia del ordenamiento jurídico, y el Derecho como herramienta necesaria para poner fin a la incertidumbre, exige que haya el máximo de armonía y que se evite la contradicción; por ello, una vez decidido un asunto, no es posible un segundo pronunciamiento, menos cuando se ha juzgado la ilegalidad del acto y se le ha eliminado como parte del sistema jurídico, pues lo que ya no pertenece al mundo del derecho no puede ser juzgado de nuevo como ilegal o doblemente expulsado del ordenamiento. Como un acto administrativo no puede ser legal e ilegal al mismo tiempo y respecto de las mismas normas superiores, se excluye una segunda decisión sobre idéntica cuestión, pues el primer fallo extingue la jurisdicción del Estado.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00006-00 (0206-09) Actor: MARLITH INFANTE VEGA Y OTRAS Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Tal ha sido el pensamiento y aplicación del Consejo de Estado en el pasado: "El concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales, hace referencia a las características de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de las cuales los fallos ejecutoriados están dotadas; es decir, cuando las decisiones de los funcionarios judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, significa que luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente y no pueden ser variadas. De esta forma, el hecho de que la figura de la cosa juzgada impida que los asuntos decididos mediante sentencia en firme sean nuevamente sometidos a la controversia judicial, permite dar seriedad a los fallos judiciales y poner término a la incertidumbre que se produciría si quien obtuvo una sentencia judicial contraria a sus intereses, pudiera seguir planteando su caso ante los tribunales hasta que fuera fallado conforme a ellos. Para hablar de cosa juzgada es necesario que se acredite lo siguiente: Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada. Que el nuevo proceso sea entre unas mismas partes, o como lo anota el artículo 332 del C. P. C., que haya identidad jurídica de partes, de tal suerte, que los efectos de la sentencia se extiendan sólo a quienes actuaron dentro del primer proceso, a excepción de los fallos cuyos efectos son erga omnes y se extienden a todos los asociados. Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, es decir que se trate de las mismas prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia. Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior. La causa petendi es entonces, la razón o motivo por el cual se demanda."

Con base en el anterior pronunciamiento, se analizarán los elementos necesarios para que se configure la excepción de cosa juzgada.

En ese orden de ideas, el actor en el año 2008, presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho con relación al **escrito CREMIL de fecha 31 de octubre de 2007 que cursó en el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena bajo el radicado 13001 33 31 007 2008 00132 00**, solicitando lo siguiente:

"PRIMERA: Que se declare la nulo el acto acusado contenido en el ESCRITO CREMIL N°. 65857 de fecha 31 de octubre de 2007 emanado por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – DEPARTAMENTO DE PRESTACIONES SOCIALES mediante el cual negó el reconocimiento y pago, del incremento correspondiente en aplicación del ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (I.P.C9, 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, adicionado por la Ley 238 de 1995. "

Las pretensiones de la acción aludida, fueron despachadas de forma desfavorable a través de sentencia adiada en 11 de junio de 2009 (fl.111-124) y confirmada por esta Corporación en sentencia del 22 de abril de 2010 (fl.126-146).

Posteriormente, el 22 de marzo del año 2012 la misma persona incoa la presente acción, solicitando esta vez la nulidad de **la Resolución N° 1489 del 20 de mayo de 2003**, en virtud de la cual la entidad demandada le negó la petición de incrementar su asignación de retiro con base en el I.P.C. y no respecto del principio de oscilación.

En lo pertinente, el actor solicita con esta acción lo siguiente:

"PRIMERA: Que se declare nulo el acto acusado contenido en la Resolución N°. 1489 de fecha 20 de mayo de 2003 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 (I.P), sufridos para los años en que ste 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. "

Pues bien, haciendo un parangón entre la acción interpuesta por el actor en el año 2008, y la que ahora es objeto de estudio, se observa que, en este caso confluyen los elementos de identidad de partes, objeto y de causa, para que se estructure la excepción de cosa Juzgada.

Nótese, que en las acciones mencionadas, fungen como partes el señor VICTOR POLO VEGA y LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; el objeto de la acción tal como quedó visto, es igual, puesto que las pretensiones son las mismas y, a su vez la causa pretendí no varia.

Analizado la anterior, para la Sala no hay duda que en el presente caso se configura la excepción de cosa Juzgada, toda vez que se logró demostrar que lo pretendido por el actor con esta acción, ya fue conocido por esta jurisdicción en el año 2008 en acción de nulidad y restablecimiento del derecho que cursó en el Juzgado Séptimo Administrativo bajo el radicado 13001 33 31 007 2008 0142 00 (fl.111-124), que negó las pretensiones de la demanda, y que fue confirmada por esta Corporación a través de sentencia del 22 de abril del 2010 (fl.141-146), notificada por edicto del 11 de junio de 2010, ejecutoriada el día 16 de junio de 2010 (fl.147).

La Sala no comparte el argumento expuesto por la parte actora en el recurso de apelación, referente a que en este caso no se probaron los elementos que integran la excepción de cosa juzgada a saber, identidad de objeto y de causa petendi, bajo el supuesto que las acciones contrastadas se solicitaron la nulidad de actos administrativos diferentes.

Así lo considera la Sala, puesto que en el presente caso resulta irrelevante, si los actos acusados en una u otra acción son disimiles, a efectos de la configuración de la presente excepción, toda vez que, conforme a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, lo entendido por objeto como elemento de la excepción de cosa Juzgada, se refiere a la identidad de las pretensiones de la demanda; mientras que por causa petendi se refiere a los mismos argumentos jurídicos utilizados en ambas acciones. Con base en todo lo expuesto, estos elementos están demostrados en el proceso.

Sobre el tema ha señalado el H. Consejo de Estado²

“COSA JUZGADA - Implica que entre el proceso fallado y el que se tramita exista identidad de causa y de objeto / IDENTIDAD DE OBJETO EN LA COSA JUZGADA - Exige que la petición en los dos procesos sea la misma / IDENTIDAD DE CAUSA EN LA COSA JUZGADA - Implica que los fundamentos jurídicos de la pretensión sean los mismos / RETENCION POR INGRESOS RECIBIDOS DEL EXTERIOR - Al ser los cargos de violación diferentes al ahora cuestionado, no existe Cosa Juzgada

La providencia que negó la nulidad tiene fuerza de cosa juzgada frente a lo que ahora se discute, siempre y cuando entre el proceso de nulidad que se tramita y el ya juzgado exista identidad de objeto e identidad de causa. La identidad de objeto exige que la petición en los dos procesos sea la misma, y la identidad de causa implica que los fundamentos jurídicos de la pretensión sean los mismos. En la Sentencia mencionada se estudió la legalidad únicamente del inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1402 de 1991, mientras que en este momento los cargos son contra la totalidad del artículo. Adicionalmente la solicitud se ampara en cargos diferentes, pues en aquella ocasión se acusó a la norma de vulnerar el artículo 368 del Estatuto Tributario por estimar que el Presidente no podía delegar en personas privadas la facultad de determinar cuándo operaba como agente de retención. En el presente proceso los cargos se refieren a la falta de competencia del Gobierno para delegar en particulares facultades de fiscalización y adicionalmente por vulnerar la intimidad de las personas. Toda vez que no hay identidad de objeto ni de causa no se presenta cosa juzgada, por lo cual la Sala procederá a estudiar los cargos presentados en la demanda.”

De tal suerte, en este caso se pretende acusar de nulidad a la Resolución 1489 del 20 de mayo del 2003, bajo el mismo objeto y causa pretendí, empleada en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada en el año 2008, donde solicitó la nulidad del escrito CREMIL N°. 65857, esto es, la reliquidación de su asignación de retiro con base en la aplicación del I.P.C, y no del principio de oscilación.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ Bogotá D.C. Cuatro (4) de septiembre de dos mil tres (2003) Radicación número: 11001-03-27-000-2002-00002-01(13051) Actor: JUAN CARLOS SALAZAR Y ADRIANA MARÍA NASSAR Demandado: GOBIERNO NACIONAL Referencia: nulidad del artículo 3º del Decreto 1402 del 31 de mayo de 1991

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera que en el presente caso, si se accediera a lo solicitado por el actor, se estaría dejando sin efectos la nulidad declarada del escrito CREMIL 65857 del 31 de octubre del 2007, puesto que la petición declarada nula por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, fue expedida en el año 2007; mientras que la acusada de nulidad en este proceso, tiene fecha del 2003. En ese sentido, la sentencia del Juzgado Séptimo, zanjo todas las discusiones sobre este tema hasta la ejecutoria de la misma, por ello, el analizar la legalidad de la Resolución 1489 del 2003, sería desconocer los efectos de la citada sentencia.

Por esa razón considera la Sala, que en este caso, si el actor consideraba nuevos argumentos jurídicos o la ocurrencia de hechos que pudieran llevar a la modificación de lo que hasta ahora se le ha negado, pues debió agotar nuevamente la vía gubernativa, a efectos de generar un nuevo pronunciamiento por parte de la Administración, que pueda ser susceptible de pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción.

En conclusión, la sentencia de primera instancia será confirmada, puesto que se configuraron los elementos que estructuran la excepción de cosa juzgada.

COSTAS.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiuno (21) de Marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de

Cartagena, mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada y denegó las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

~~LOS MAGISTRADOS~~



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

FAB



MARCELA LOPEZ ALVAREZ