



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0054
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: KAREN ORTEGA ORDOSGOITIA
DEMANDADO	: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2010-00107-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG

fi. 129 a 206
(6-7)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **312 / 2013**

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

TEMA: Declaratoria de insubsistencia cargo provisional – Estabilidad laboral reforzada

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-010-2010-00107-01

II. PARTES

Demandante: KAREN ORTEGA ORDOSGOITIA

Demandado: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de fecha quince (15) de Diciembre de 2013 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se conceden las pretensiones de la demanda de la actora KAREN ORTEGA ORDOSGOITIA en contra de la NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones

“PRIMERO: Que es nula la resolución No. 0-5032 de fecha octubre 21 de 2009, proferida por el señor Fiscal General de la Nación, Dr. Guillermo Mendoza Diago, por medio de la cual se dio por terminado el nombramiento del cargo que venía desempeñando mi representada como FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración se restablezca el derecho de mi poderdante, restablecimiento que debe consistir en condenar al demandado a:

a. Reintegrar a la actora al cargo que ocupaba como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena o a un cargo equivalente, similar o superior, con las mismas condiciones de trabajo que tenía cuando fue declarada insubsistente, declarando expresamente que no hubo solución de continuidad en su vinculación con ocasión de dicha declaratoria de insubsistencia.

b. Pagarle a mi mandante los salarios, primas, vacaciones, bonificaciones y demás conceptos y rubros legales laborales que deje de percibir dese cuando se produjo la declaratoria de insubsistencia hasta cuando sea efectivamente reintegrado, teniendo en cuenta los incrementos y variaciones que se produzcan en ese lapso.

c. Todos los anteriores conceptos deben ser cancelados debidamente indexados y actualizados, además liquidados los intereses corrientes y de mora.

d. Cancelar las agencias en derecho.”

2. Hechos

"En síntesis son los siguientes:

1. *La accionante se vinculó a la Fiscalía General de la Nación el día 10 del mes de abril del año 1995 como técnico judicial II, en el municipio de Chinu en el Departamento de Córdoba, posteriormente y ante su excelente desempeño profesional y personal, donde el sentido de pertenencia y la entrega sin condicionamientos de ninguna naturaleza para el buen desarrollo de la labor encomendada estuvieron presente en el cargo regentado, se le designa como Fiscal Delegado ante los Jueces penales y municipales mediante resolución No. 0-2964 del 15 de julio de 2005, en la Dirección seccional de fiscalías de Bolívar.*
2. *Ante este nuevo escaño ascendido por la Dra. KAREN DE JESUS ORTEGA ORDOSGOITIA, también en esta oportunidad, su capacidad profesional e integridad personal están presentes dando lo mejor de sí, para la optimización y potencialización de las políticas trazadas por la Fiscalía General de la Nación, actuando al unisonó con estas directrices para la obtención de las metas propuestas.*
3. *Mediante declaración extra proceso ante el Notario único del círculo notarial de Turbaco, de fecha 16 de febrero del año 2006, la demandante aportó a la Fiscalía General de la Nación seccional de Bolívar su condición de madre soltera cabeza de familia, posteriormente mediante declaración juramentada de la actora, en esta oportunidad ante la Notaria cuarta del círculo notarial de Cartagena de fecha 30 de marzo de 2009, también se allegó a dicha instancia la condición antes indicada, resaltándose que en estas dos oportunidades la acreditación de tal condición obedeció a petición elevada en tal sentido, por la Fiscalía General de la Nación – Seccional Bolívar- Departamento de personal, documentación fue recibida por la funcionaria PATRICIA VELASQUEZ, en esa dependencia.*
4. *Durante el desempeño de la ex trabajadora hoy demandante, en la Fiscalía General de la Nación, no existió ningún llamado de atención, sanción o amonestación disciplinaria por el mal desempeño en el ejercicio de los cargos bajo su responsabilidad, todo ello de acuerdo a la certificación de fecha 26 de octubre de 2009*

suscrita por VANESA AYAZO SIERRA analista de personal de la oficina de personal de la dirección sección administrativa y financiera – Fiscalía seccional de Cartagena.

5. Las estadísticas durante el desempeño de la accionante en los cargos que tuvo honor de presidir en la Fiscalía General de la Nación son por decirlo de alguna manera excelentes, dignos de una persona que entrega todo de sí para enaltecer la instancia para la cual se encuentra laborando.

6. La señora KAREN DE JESUS ORTEGA ORDOSGOITIA, es madre soltera, cabeza de familia, quien tiene a su cargo a su menor hijo SANTIAGO DE JESUS PINTO ORTEGA, menor de edad que nació el 7 de diciembre de 2002 en el municipio de Chinu Córdoba, infante al cual le proporciona aparte de afecto y cariño, estudios, alimentación, vivienda, recreación y todas y cada una de las atenciones que requiere para su crecimiento y desarrollo, que lo hagan digno de desempeñarse como un hombre de cualidades excelsas dentro de nuestra sociedad Colombiana, esta condición se prueba con las declaraciones extra juicio rendidas en tal sentido y que se aportan en la presente demanda.

7. Mediante memorando No. 0514 de fecha 7 de octubre de 2009, de la Dirección seccional de Fiscalías de Bolívar, Dra. IBETH CECILIA HERNANDEZ SAMPAYO, se comunica a los Coordinadores de Unidades de Fiscalías de Cartagena, la circular No. 052 de fecha 24 de septiembre 24 de 2009 de la presidencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, Dra. LUZ PATRICIA TRUJILLO MARIN, donde indica textualmente los siguiente "1. Retiro del servicio de empleados con nombramientos provisional. Los empleados con nombramiento provisional solo pueden ser retirados del servicio mediante acto administrativo motivado y por las causales de retiro del servicio expresamente señaladas en la ley 909 de 2004. Por lo tanto situaciones como la pérdida de la prueba básica general de la preselección, la prueba de competencias funcionales o la expedición de la sentencia C-588 de 2009 de la Corte Constitucional no son motivo valido de retiro del servicio. En consecuencia la comisión NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL advierte a los nominadores la inviabilidad de invocar estas razones para retirar servidores públicos vinculados en provisionalidad. 2. Uso de la

lista de elegibles. Será utilizada para proveer los cargos correspondientes a la convocatoria y que hacen parte de la oferta pública de empleos de carrera- OPEC-. Igualmente la lista de elegibles será utilizada para proveer vacantes generadas con posterioridad a la consolidación de la OPEC y previa autorización de la CNSC. Los empleos vacantes reportados por las entidades para la OPEC y que aún no se han ofertado por la CNSC serán provisto con lista de elegibles previa oferta de los mismos."

8. *Mediante publicación en la revista huellas (órgano de la Fiscalía General de la Nación)- revista interna No. 68 ISSN 1657-6829 pagina 14 de septiembre de 2009, en entrevista al Vice fiscal general de la Nación (E) Fernando Pareja Reinemer, sobre qué pasará con la carrera administrativa tras la caída del acto legislativo, al ser consultado textualmente sobre si se va a aplicar algún reten social para evitar la salida masiva de las personas de la entidad y sobre todo las que están cercanas a pensionarse, contestó: " Este tema se trató, pero por vía del derecho material de los funcionarios.*

Formalmente no hay una norma legal que le imponga a la Fiscalía el deber de aplicar un retén de aplicar un retén social, pero se estableció que hay unos funcionarios que merecen una protección especial debido a su condición que los hace más vulnerable frente a otros funcionarios. En este sentido consideramos a las madres y padres cabeza de familia, incluimos a los funcionarios discapacitados y que tengan hijos en dicha condición, a las embarazadas y que están en periodos de lactancia y a los gestores de los intereses colectivos de la entidad, para no hablar directamente de su condición sindical.

9. *No obstante lo acabado de señalar, donde se establece en forma precisa y concreta, la protección especial de que gozan los funcionarios madres y padres cabeza de familia y que además se encuentran en provisionalidad, mediante resolución 0-5032 de octubre 21 de 2009, suscrita por el Dr. GUILLERMO MENDOZA DIAGO, Fiscal General de la Nación (e), sin importarle estos preceptos, dio por*

terminado el cargo que mi poderdante venia regentando como Fiscal Delegado ante Jueces municipales y promiscuos de la dirección seccional de fiscalía de Cartagena, acto que se expidió violándole los derechos fundamentales a la señora KAREN DE JESUS ORTEGA ORDOSGOITIA, especialmente los de su hijo menor SANTIAGO DE JESUS PINTO ORTEGA, toda vez que al expedirse el mismo no se tuvo en cuenta lo siguiente:

a) Ser la actora madre cabeza de familia, como se indicó en anterior oportunidad y además de ello estar en provisionalidad.

b) Existir en la Fiscalía General de la Nación- Dirección seccional de Fiscalía de Cartagena, cinco (5) vacantes, las cuales fueron ignoradas al momento de la insubsistencia referida.

c) Dentro de los argumentos planteados en el acto administrativo que separó a la actora de la Fiscalía General de la Nación, se establece que la misma no hace parte del registro definitivo de elegible por no haber superado el concurso de méritos convocados, sin embargo se le hizo saber al señor Fiscal General de la Nación mediante escrito de fecha 28 de octubre de 2009, por la señora Ortega Ordosgoitia, que en Cartagena la mayoría de sus compañeros no pasaron la prueba resaltándose los hombres de los que se encuentran en dicha condición y que además la gran mayoría de la seccional de Cartagena de la Fiscalía General de la Nación, no hicieron el examen.

10. Al momento de haberse dado por terminado el nombramiento de la actora como Fiscal Delegado ante los Jueces municipales y promiscuos de la Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena, esta contaba con 14 años, 6 meses y 14 días de desempeño en la Fiscalía General de la Nación.

11. Carlos Wilson Mora Rico, la persona que nombraron como remplazo de la actora, no acepto el cargo, en vista de ello la Fiscalía General de la Nación, por intermedio de su nominador, estamos hablando del señor Fiscal General, encargo a la Dra. Belkis

Rey, quien se desempeña como Asistente de Fiscal y finalmente se dispone como titular del Despacho dejado por la Dra. KAREN ORTEGA ORDOSGOITIA al Dr. RICHARD ALBERTO MIRANDA GUERRERO, funcionario que es igualmente provisional como mi poderdante, quien lleva siete (7) años en la institución y además ni siquiera presentó el examen, ello no significa otra cosa que la declaratoria de insubsistencia que aquí estamos impugnando, se generó con desviación y abuso de poder, toda vez que las circunstancias invocadas en el acto administrativo correspondiente son carentes de veracidad y alejadas de la realidad, como se ha establecido con el material probatorio arrimado y las circunstancias específicas y concretas que aquí se han expuesto.

12. En estos momentos existen en la Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena un gran número de personas ocupando Fiscalías Locales, que además ostentan la calidad de provisionales y quienes además no hacen parte de la lista de elegibles, para proveer cargos producto del concurso realizado al interior de la Fiscalía General de la Nación, ello nuevamente pone de presente que la declaratoria de insubsistencia de la actora fue un acto expedido en forma amañada, con desviación y abuso de poder como se dijo anteriormente, donde no se respetó el derecho a la igualdad de mi prohijada y se le violó el derecho universalmente reconocido y afortunadamente adoptado por nuestra legislación, cual es el DEBIDO PROCESO.

13. El último sueldo devengado por la Dra. KAREN DE JESUS ORTEGA ORDOSGOITIA, de acuerdo al resumen de su hoja de vida de fecha 15 de abril de 2010, en cuatro folios útiles suscrito por Vanessa Ayazo Sierra es de CUATRO MILLONES CINCO MIL CUATROCIENTOS VEINTE Y CUATRO PESOS (\$4.005.424.00) M/CTE.

14. El Honorable Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar mediante sentencia de 25 de Noviembre del año 2010, amparó los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, a la Dra. Karen de Jesús Ortega

Ordosgoitia, dentro de la acción de tutela instaurada contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, por considerar que con su separación del cargo se le habían violado los derechos allí indicados, esta decisión fue ignorada en forma sistemática y reiterada por el señor Fiscal General, con una serie de argumentos carentes de veracidad y alejados de la realidad, evidenciándose una vez más la posición amañada en contra de la Dra. Ortega Ordosgoitia, ello no hace cosa diferente sino poner de presente que la decisión adoptada por el nominador en este caso particular y concreto obedeció a motivos personales, donde se actuó como se ha reiterado con desviación y abuso de poder. Esta decisión posteriormente fue revocada por el superior.

15. *Que adelantó por parte de la demandante el requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de acuerdo a certificación expedida en tal sentido por el señor Procurador No. 21 judicial II para asuntos administrativos de Cartagena, de fecha abril 14 del 2010.'*

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

El actor invoca como vulneradas las siguientes normas:

- Artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53 y 124 de la Constitución Nacional.
- Artículo 84 del C.C.A.
- Decreto ley 2400 de 1968.
- Son aplicables a este caso particular y concreto el artículo 85 del C.C.A y demás normas concordantes del C.C.A.

El Estado como máxima organización socio-política que se pueda predicar de un conglomerado social, tiene necesariamente que enmarcarse dentro de unos parámetros para desplegar toda esa actividad que su misma condición le demanda, es decir, debe observar en su devenir las normas y preceptos legales y constitucionales, para que su gestión no contrarié dichas disposiciones, ello es entendible desde todo punto de vista y más que esto, es un ejemplo que deben seguir todo los asociados,

para lograr un desarrollo armónico y equilibrado que las sociedades modernas demandan. Dentro de ese número de actividades estatales, están las de por ejemplo, designar en los cargos públicos y altas dignidades estatales, personas lo suficientemente capacitadas y más que esto, lo suficientemente honestas y a la altura de la misión encomendada, para de esta forma armonizar y coadyuvar los propósitos para el engrandecimiento y fortalecimiento de nuestra querida patria. El señor Fiscal General de la Nación, si bien es cierto está revestido de la discrecionalidad propia de un nominador, también es cierto que al hacer uso de esas facultades unilaterales, se debe propender siempre por el mejoramiento del servicio y en primera instancia que esa actuación este ajustada a derecho, es decir que los actos administrativos deben expedirse sin desviación y sin abuso de poder, es decir que hay limitantes y que tal prerrogativa debe estar siempre acompañada y ajustada al ordenamiento jurídico, nunca, pero nunca por fuera de este.

El trabajo como derecho fundamental que goza de la especial protección del estado, no puede estar sometido en su estabilidad al arbitrio del gobernante de turno ni a las circunstancias políticas en que se debata o a la aplicación de un programa en particular, como lo prescriben los artículos 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia, no observar estos postulados universales como efectivamente lo hizo el señor fiscal general de la Nación constituye la típica violación del debido proceso en la modalidad de desviación y abuso de poder, circunstancia que quedó plenamente evidenciada en la declaratoria de insubsistencia de que fue objeto mi representada, la cual estuvo motivada en su totalidad única y exclusivamente para atender recomendaciones políticas, desconociendo la condición especialísima de la actora de ser madre soltera cabeza de familia, con más de 14 años de servicio en la entidad, circunstancias que han sido lo suficientemente ilustradas por la doctrina y la jurisprudencia, pero ello no fue atacado por el señor fiscal General de la Nación.

Tenemos que necesariamente que resaltar la condición de mujer de la actora y más aún la condición de madre, y más aún el estatus de cabeza de familia, estas

circunstancias al estar presente más que nunca en nuestra convulsionada sociedad, merecen toda la atención, el detenimiento y el respeto, privadas o mixtas. La mujer célula primaria de la humanidad ha librado grandes batallas a lo largo de la historia para posicionarse en el contexto universal, demostrando todos los días que su capacidad, entereza, dedicación incondicional y resolución la hacen digna de admirar e imitar. Ha querido el legislador revestir, blindar y en términos generales otorgar unan protección especial a la mujer madre cabeza de familia, cuando se encuentren vinculadas, desarrollando una relación laboral y se pretenda contra ellas declararlas cesantes en su vinculación, múltiples han sido los pronunciamientos a este respecto que por fortuna, todos se han convertido en el arma con que se puedan reivindicar estas dignas actoras de la historia.

Dentro de las condiciones definidas en la ley 790 de 2002 y el decreto 190 de 2003 se encuentran las definiciones de las categorías a las cuales se les aplicara la llamada protección especial, como es el caos de las madres cabeza de familia sin alternativa económica.

Señala el artículo 1° numeral 1.3., del decreto 190 de 2003:

“Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada.” (Subrayado fuera del texto).

El mismo decreto en su artículo 13, numeral 13.1 literal a) señala:

“Madres cabeza de familia sin alternativa económica: Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas

en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social” (Subrayado fuera del texto).

El término “familia” utilizado por la norma es definido por el diccionario de la lengua española de la real academia como el grupo de personas emparentadas entre si que viven juntas bajo la autoridades una de ellas.

Finalmente es necesario precisar que conforme al artículo 1 de la ley 790 de 2002, el cual señala el objeto de la misma ley, enuncia que este consiste en la renovación y modernización de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional.

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediación en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998.”

Como bien se puede observar en la norma citada, el campo de aplicación de la ley 790 de 2002 y su decreto reglamentario 190 de 2003 está dado para la rama ejecutiva del orden Nacional. A este respecto el artículo 38 de la ley 489 de 1998 describe los organismos y entidades que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

B. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y señala los siguientes argumentos:

En cuanto a la EFICIENCIA aducida por la actora es de señalar que la misma no concede estabilidad en el cargo. Es así como en fallo del C.E. Magistrado Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, expediente 44001-23-31-000-2001-00709-01 de fecha 12 de agosto de 2004, actor ANTONIO LUIS AMAYA BENDECK preciso:

Ahora bien, de las pruebas testimoniales que obran en el plenario, (fs 19 y 170,202 a 204), no se logra demostrar el fin desviado que se atribuye a la administración al momento de tomar su decisión, o el desmejoramiento del servicio alegado. En dichas declaraciones, los testigos no mencionan nada en relación con la causa que motivó el retiro del actor, pues solo se limitaron a manifestar que era un buen funcionario, eficiente y cumplidor de sus deberes, argumentos estos que "per se" no prueban el desmejoramiento en el servicio. Al respecto es menester reiterar el criterio jurisprudencial que esta Sala ha tenido en diferentes providencias y para casos análogos, según el cual, la excelencia, la capacidad, la idoneidad y la eficiencia del empleo no amparado por fuero de estabilidad alguno, sean condiciones suficientes y por sí solas para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador.

Tales condiciones son un deber de todo servidor público en el desempeño de sus funciones y presupuesto indispensable para garantizar la adecuada prestación del servicio público, sin que ello signifique la creación de un fuero especial de estabilidad. Tampoco la antigüedad laboral de la actora constituye impedimento para que el nominador pueda ejercer la facultad discrecional, ya que no existe disposición legal que así lo prohíba.

En cuanto a que es madre soltera cabeza de familia es importante señalar que los servidores de la Fiscalía General de la Nación al formar parte de la rama jurisdiccional no están acogidos por las disposiciones de la ley 790 de 2002 y cuyos destinatarios son los mencionados por su art. 12 esto son "*no podrán ser reiterados del servicio en el desarrollo del programa de renovación de la administración Pública.*"

Lo que se conoce como "Reten Social", es aplicable a los servidores de la rama ejecutiva que se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones a) madres cabezas de familia sin alternativa económica, b) personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y c) aquellos que estén prestos a cumplir con los requisitos para adquirir pensión de jubilación o de vejez.

Por lo que fue declarada insubsistente el cargo que ocupaba, es de precisar que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante en la entidad obedeció a la implementación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación y al cumplimiento de los diferentes fallos judiciales que así lo ordenan.

Frente a esta situación dice la actora, no se le puede terminar su condición de provisionalidad, olvidando claramente que se trata de un empleado en provisionalidad a quien no le asiste una estabilidad absoluta en el sentido que esta condición está condicionada a un concurso de méritos el cual se desarrolló a satisfacción.

Y con relación a la terminación de la provisionalidad de la demandante el argumento avalado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el único criterio válido para retirar un servidor para nombrar al del registro de elegibles, es que se encuentre en provisionalidad, pues se establece un criterio como es que se solicita la demandante consistente en que primero se termine a provisionalidad de quien no concurso y luego el que sí lo hizo.

En ese orden de ideas sería necesaria toda una reglamentación que establezca quien se le puede terminar la provisionalidad y a quien no y así sería imposible nombrar a quien si tiene un mejor derecho, esto es, a quien concurso y se hizo acreedor al derecho de ser nombrado.

C. LA SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia sostuvo la tesis de conceder las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto acusado, en razón de que por una parte se evidencia que se está en presencia de una violación al debido proceso, pues se observa a folio 28 del expediente que la señora KAREN DE JESUS ORTEGA, a través de declaración juramentada, afirma que es madre soltera, así como lo testimonios de los señores Alfonso Severo Zabaleta pájaro, Cecilia Pérez Moreno y María Eugenia Lujan Ladrón de Guevara, obrante a folios 27,32 y 33 respectivamente, en los cuales manifiestan la condición en la que consta que la demandante es MADRE SOLTERA CABEZA DE FAMILIA y sostiene a su hijo menor de edad Santiago de Jesús Pinto Ortega, y por otra parte precisó que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, esta no puede convertirse en arbitrariedad. Por esos motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada.

Así la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que esta prestando y debería prestar el funcionario concreto.

D. EL RECURSO DE APELACION

La parte demandada, mediante escrito presentado el día 23 de marzo de 2012, interpone recurso de apelación en contra del fallo adiado 15 de diciembre de 2001, en los siguientes términos:

De conformidad con los hechos de la demanda y el acervo probatorio obrante en este proceso contencioso administrativo, se tiene que la demandante, KAREN DE

JESUS ORTEGA ORDOSGOITIA, se vinculó en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación.

Con relación a la provisionalidad, la jurisprudencia ha sido reiterativa en indicar que esa característica es incompatible con la relativa estabilidad propia de los cargos de carrera. En este sentido se pronunció el Honorable Consejo de Estado manifestando:

"...Si para proveer un cargo de carrera no se ha convocado un concurso de méritos, el nombramiento es provisional, así se le haya denominado ordinario. Pero precisamente esa vinculación es precaria y no concede jamás derecho a estabilidad..." (Anales del Consejo de Estado, Tomo CXXVII, primera parte, abril a junio de 1992- Sentencia de Junio 8/92 exp.4577, Magistrado Ponente Dra. Clara Forero de Castro).

Analizando el contexto de la demanda, fuerza precisar y de aclarar en relación con la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación, que esta es el único mecanismo válido que el constituyente de 1991 estableció no solo para ingresar a ella, sino también para obtener un acenso dentro de la misma.

Que sobre el acceso a la carrera el Consejo de Estado señaló:

"...La Sala hace notar que es cierto, como expresa la entidad impugnante, que la sola solicitud de inscripción en carrera administrativa o el hecho de ocupar un cargo de carrera, no implica ninguna prerrogativa especial para el funcionario que se encuentra en esa situación, ya que en esos casos existe una mera expectativa, que solamente se concreta con el nombramiento en periodo de prueba y la resolución de inscripción..." (Resaltado fuera del texto).

Señala por medio de sus razones que considera, son ampliamente valederas para demostrar y comprobar que la resolución acusada (resolución 0-5032) de fecha octubre 21 de 2009, se fundamentó única y exclusivamente en ejercicio de las facultades constitucionales legales, especialmente las que confiere el artículo 251 de

la Constitución Política, y la facultad discrecional contemplada en el numeral 5 del artículo 100 del decreto 2699 de 1991, en concordancia con el artículo 139 de la resolución 0-1280 del 6 de junio de 1995(derogada por la resolución 0-1501 del 19 de abril de 2005), (facultad discrecional es un desarrollo de lo dispuesto por el decreto 2400 de 1968 y por el numeral 2 del artículo 251 de la Constitución Política), y la única finalidad que guió al nominador al expedirlo no fue ajena o contraria al servicio público, sino, todo lo contrario, este fue un acto administrativo cuyo nacimiento estuvo fundado exclusivamente en razones de interés general y no particular, como se alegaba en la demanda y de lo cual no se probó.

De tal manera, que la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado permanece incólume, ya que el nominador ejerció sus funciones de acuerdo con los términos que le señalan la Constitución y la ley.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto del primero (1°) de noviembre de dos mil doce (2012) se admitió el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia.
- Por medio de auto del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.
- Finalmente el expediente entra al despacho para fallo de segunda instancia.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio público desistió de emitir concepto, en el presente proceso de la referencia.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

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

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior, razón por la cual, la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

2. Síntesis del Caso

El apoderado judicial de la actora sostiene que la declaratoria de insubsistencia de su poderdante, en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, fue contrario a la Constitución Nacional y a los lineamientos planteados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debido a que la actora tenía una hoja de vida intachable y además era madre cabeza de familia, la cual tenía a su cargo un hogar en el cual se encontraba un menor de edad, manifiesta que existió desviación de poder al proferir la resolución por medio del cual se declaró insubsistente a la actora.

Por su parte la entidad demandada sostiene que la insubsistencia de la demandante en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, fue realizada en estricto cumplimiento a la implementación de la carrera en la entidad para nombrar a quien figura en la lista de elegibles de acuerdo al mérito que prescribe la constitución como condición sine qua non para ocupar cargo público y la única causa, se insiste es la desvinculación de la demandante en el cargo que discute.

Por lo que fue declarada insubsistente el cargo que ocupaba, es de precisar que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante en la entidad

obedeció a la implementación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación y al cumplimiento de los diferentes fallos judiciales que así lo ordenan.

Frente a esta situación dice la actora, no se le puede terminar su condición de provisionalidad, olvidando claramente que se trata de un empleado en provisionalidad a quien no le asiste una estabilidad absoluta en el sentido que esta condición se encuentra condicionada a un concurso de méritos el cual se desarrolló a satisfacción.

El juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda al considerar que la demandante logró demostrar las condiciones en las que se encontraba siendo esta madre soltera cabeza de familia y sostiene a su hijo menor de edad Santiago de Jesús Pinto Ortega, y por otra parte precisó que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, esta no puede convertirse en arbitrariedad. Por esos motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada

La parte demandada en su recurso de apelación señala que por medio de sus razones que son ampliamente valederas para demostrar y comprobar que la resolución acusada (resolución 0-5032) de fecha octubre 21 de 2009, se fundamentó única y exclusivamente en ejercicio de las facultades constitucionales legales, especialmente las que confiere el artículo 251 de la Constitución Política, y la facultad discrecional contemplada en el numeral 5 del artículo 100 del decreto 2699 de 1991, en concordancia con el artículo 139 de la resolución 0-1280 del 6 de junio de 1995 (derogada por la resolución 0-1501 del 19 de abril de 2005), (facultad discrecional es un desarrollo de lo dispuesto por el decreto 2400 de 1968 y por el numeral 2 del artículo 251 de la Constitución Política), y la única finalidad que guió al nominador al expedirlo no fue ajena o contraria al servicio público, sino, todo lo

contrario, este fue un acto administrativo cuyo nacimiento estuvo fundado exclusivamente en razones de interés general y no particular, como se alegaba en la demanda y de lo cual no se probó

En virtud de lo anterior, se procede a delimitar el problema jurídico y los puntos sobre los cuales va a versar el estudio de fondo en esta instancia.

3. Problema jurídico.

Vistas las posiciones asumidas por cada una de las partes, la sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la Resolución No. 0-5032 de fecha 21 de Octubre de 2009 proferida por el señor Fiscal General de la Nación, Dr. Guillermo Mendoza Diago, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento del cargo que venía desempeñando la actora como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, se encuentra viciada o no por desviación de poder.

4. Acto Administrativo acusado

- Resolución No. 0-5032 de fecha 21 de octubre de 2009, proferida por el señor Fiscal General de la Nación, Dr. Guillermo Mendoza Diago, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento del cargo que venía desempeñando la actora como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de CARTAGENA.

5. Tesis De La Sala

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que en el presente caso, aunque el acto acusado fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley, se desvirtuó su presunción de legalidad porque el móvil de la declaratoria de insubsistencia no obedeció a la implementación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, y al cumplimiento de los diferentes fallos judiciales, tal y como lo aduce la parte demandada, es decir en la

presente caso quedó demostrado la desviación de poder al dar por terminada la relación laboral de la actora, en razón de que al existir cinco (5) vacantes disponibles al momento del retiro, la entidad demandada no desplegó las acciones pertinentes para no dejar desprotegida a la actora.

6. Lo probado en el proceso

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- 6.1. Copia autentica de la Resolución No. 0-5032 de 21 de octubre de 2009, suscrita por el Fiscal General de la Nación, Dr. Guillermo Mendoza Diago, por medio del cual se declara terminado e nombramiento del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de la Fiscalía de Cartagena a la actora. (fl. 18-20)
- 6.2. Oficio No. OP 750, de fecha 26 de octubre de 2009, suscrito por Vanessa Ayazo Sierra, Analista de Personal de la Fiscalía General de la Nación, en donde se indica que a la fecha de terminación de la relación laboral de la actora, existían cinco (5) vacantes en la seccional Cartagena. (fl. 21)
- 6.3. Original del extracto de la hoja de vida de la actora, en donde se indica cargos desempeñados, tiempo de servicios, último sueldo devengado, formación académica. (fl. 22-25)
- 6.4. Registro Civil de Nacimiento de la Registradora Nacional del Estado Civil de Chinu Córdoba, de Santiago de Jesús Pinto Ortega, Hijo menor de la actora Karen Ortega Ordosgoitia. (fl. 26)
- 6.5. Declaración extra proceso de fecha 16 de febrero de 2006 aportada a la sección de personal de la Fiscalía General de la Nación, en donde se notifica a la Fiscalía General de la Nación la condición de madre cabeza de familia de la

actora, recibida en la oficina de personal de la seccional Cartagena por la funcionaria Patricia Velázquez. (fl.27)

- 6.6. Declaración jurada rendida por la actora el 30 de marzo de 2009 ante la notaria cuarta del círculo notarial de Cartagena donde se manifiesta bajo la gravedad de juramento por parte de la actora su condición de madre cabeza de familia, documento igualmente recibido en la Oficina de personal de Fiscalía Seccional Cartagena por la funcionaria Patricia Velázquez.(fl. 28)
- 6.7. Declaraciones extra proceso rendidas ante la notaria cuarta del círculo notarial de Cartagena en febrero 10 de 2010, por Cecilia Pérez Moreno y María Eugenia Lujan Ladrón de Guevara. (fl. 32-33)
- 6.8. Oficio de fecha 26 de octubre de 2009 suscrito por Vanessa Ayazo Sierra analista oficina de personal de la dirección seccional y administrativa de la Seccional de Bolívar de la Fiscalía General, en donde hace constar que revisada la hoja de vida de la señora KAREN DE JESUS ORTEGA ORDOSGOITIA, se constató que no existe ninguna sanción o amonestación disciplinaria por el mal desempeño en el ejercicio de los cargos bajo su responsabilidad. (fl. 34)
- 6.9. Circular No. 052 de fecha 24 de septiembre de 2009 de la presidenta de la Comisión Nacional del Servicio Civil Dra. Luz Patricia Trujillo Marín, (fl. 30)
- 6.10 Constancia original del Procurador No. 21 judicial 2 para asuntos administrativos de Bolívar de fecha 14 de abril de 2010, por medio de la cual se da fe del cumplimiento del requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.(fl. 31)

- 6.11 Sentencia de echa 25 de noviembre de 2009 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, por medio del cual tutelan los derechos fundamentales invocados por la actora por gozar del retén social. (fl. 35-41)
- 6.12. Copia de la Resolución No. 1155 del 27 de octubre de 2009, por medio del cual se encarga a partir de la fecha, a la funcionaria BELKY REY JIMENEZ, asistente de la Fiscal II de la Unidad de Administración Publica, en el cargo de Fiscal 6 Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Local de Fiscalías.(fl. 6 cuaderno de pruebas 1)
- 6.13. Acta de posesión No. 353, por medio del cual toma posesión la doctora BELKY REY JIMENEZ, asistente de la Fiscal II de la Unidad de Administración Publica, en el cargo de Fiscal 6 Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Local de Fiscalías, para la cual ha sido encargado mediante resolución No. 1155 del 27 de octubre de 2009.(fl. 7 cuaderno 1 pruebas)
- 6.14. Resolución No. 0076 de 2010, por medio del cual se da por terminado el encargo concedido a la doctora Belky Rey Jiménez, asistente de la Fiscal II de la Unidad de Administración Publica, el cual se concedió en la resolución No. 1155 del 27 de octubre de 2009.(fl. 8 cuaderno 1 de pruebas)
- 6.15. Resolución No. 0068 de fecha 21 de enero de 2010, por medio del cual se efectúa un traslado a partir del 1º de febrero de 2010, del doctor Richard Alberto Miranda Guerrero Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Fiscalía Local 38 de la Unidad de Fiscalías de San Andrés Islas a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos No. 6 de la Unidad Local de Fiscalías de Cartagena.(fl. 110 cuaderno 1 de pruebas)
- 6.16. Resolución No. 0-5471 de 9 de diciembre de 2009, por medio del cual manifiesta las razones jurídicas que imposibilitan el acatamiento de lo

dispuesto en el fallo de tutela del 26 de noviembre de 2009, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se ordenó la reubicación de la señora Karen Ortega Ordosgoitia. (fl. 39-40 libro de pruebas 1)

6.17 Oficio suscrito el día treinta y uno (31) de marzo de 2011, por la Doctora Vanessa Ayazo Sierra, Analista Oficina de Personal, de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, con sede en Cartagena de Indias, por medio del cual hace constar que revisada la hoja de vida que se encuentra en esta oficina se constató, que los siguientes servidores fungieron como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos # 6 de la Unidad Local de Fiscalías de Cartagena. (fl. 10 cuaderno de pruebas 1)

- Mediante resolución #1155 del 27 de octubre de 2009 emanada a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, se encargó del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos #6 de la Unidad Local de Fiscalías, mientras durara la vacancia del cargo o lo funcionaria BELKY REY JIMÉNEZ, del cual tomó posesión el 28 de octubre de 2009 hasta el 31 de enero de 2010.
- Mediante resolución No. 0068 del 21 de enero de 2010 emanada da la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, se trasladó al servidor RICHARD ALBERTO MIRANDA GUERRERO, del Despacho de la Fiscalía Local # 38 de la Unidad Local de Fiscalías de San Andrés Islas al despacho de la Fiscalía Local # 6 de la Unidad Local de Fiscalías de Cartagena, el cual se haría efectivo a partir del 01 de febrero de 2010 al U de mayo de 2010.
- Mediante resolución #0439 del 30 de abril de 2010, emanada de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, se encargó del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos #6 de la Unidad Local de

Fiscalías, mientras durara la vacancia del cargo a la funcionaria MARÍA DORIA PÉREZ, del cual tomó posesión el 12 de mayo de 2010 al 31 de mayo de 2010.

- Mediante Resolución #0175 del 01 de junio de 2010, emanada de la Dirección Seccional de Fiscalías, se ubicó en forma provisional a la servidora MARLY RODRÍGUEZ CHAVEZ, a partir del 01 de junio de 2010 al 10 de enero de 2011.
- Mediante resolución # 0016 del 11 de enero de 2011, emanada de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera, se traslada la servidora PAOLA ANAYA VELÍLLA del despacho de la Fiscalía Local de Mompox al Despacho de la Fiscalía # 6 de la Unidad Local de Fiscalías de Cartagena, quien es actualmente la titular.

Teniendo en cuenta el material probatorio señalado anteriormente, quedó demostrado para esta Sala que mediante la Resolución No. 0-5032 de 21 de octubre de 2009, suscrita por el Fiscal General de la Nación, Dr. Guillermo Mendoza Diago, se nombró inicialmente en periodo de prueba, en la planta global de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Fiscal Delegado ante jueces Municipales y Promiscuos, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena al doctor Carlos Wilson Mora Rico, señalando en éste, que si el mismo obtiene calificación satisfactoria durante su periodo de prueba, será nombrado en propiedad en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS, e inscrito en el Registro Único de Carrera Administrativa.

Así mismo, quedó demostrado que como consecuencia del nombramiento señalado anteriormente, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la doctora Karen de Jesús Ortega Ordosgoitia.

También quedó demostrado mediante Oficio No. OP 750 de fecha 26 de octubre, suscrito por Vanessa Ayazo Sierra, donde se indica que a la fecha de la terminación de la relación laboral de la actora, existían cinco (5) vacantes en la Seccional de Cartagena.

También quedó demostrado mediante los extractos de la hoja de vida de la aquí demandante los cargos desempeñados por ella dentro de la Fiscalía General de la Nación desde el 10 de abril de 1995, información académica, y último sueldo devengado por la actora.

Dentro del presente proceso, la actora logró demostrar mediante Registro civil de Nacimiento que es la madre del menor Santiago de Jesús Pinto Ortega, teniendo esta una condición de madre cabeza de familia, soportándolo además con declaraciones extra juicio donde manifestaba su condición de madre cabeza de familia.

Por otro lado quedó demostrado que mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 2009 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, tutelan la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora por gozar del retén social, tutela que no fue cumplida por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que mediante resolución No. 0-5471 del 9 de diciembre de 2009, manifiestan las razones jurídicas que imposibilitan al acatamiento de lo dispuesto en el, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, por medio del cual se ordenó la reubicación de la señora KAREN DE JESUS ORTEGA ORDOSGOITIA en uno de los cinco cargos vacantes existentes en la Fiscalía Seccional Cartagena falio de tutela del 26 de noviembre de 2009.

También se probó que el señor Carlos Mora Rico, quien es la persona que nombraron como remplazo de la actora, no aceptó el cargo, razón por la cual la Fiscalía General de la Nación, mediante la resolución No. 1155 del 27 de octubre de 2009, encargó a partir de la fecha a la funcionaria Belky Rey Jiménez en el cargo de Fiscal 6 Delegado

ante los Jueces Municipales y Promiscuos, cargo que venía desempeñando la actora, encargo que duró hasta el día 1° de febrero de 2010, toda vez que mediante la resolución No. 0076 del 2010, se dio por terminado dicho encargo.

No obstante a lo anterior quedó demostrado que mediante Resolución No. 0068 de fecha 21 de enero de 2010, se trasladó a partir del 1° de febrero de 2010, al doctor Richard Alberto Miranda Guerrero a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos No. 6 de la UNIDAD Local de Fiscalías de Cartagena, cargo en el que fungió la señora Karen Ortega.

7. De la solución al caso concreto.

Ahora bien, esta Sala considera que si bien el acto administrativo acusado cuenta con los motivos por los cuales se efectuó el nombramiento y en principio una posible terminación laboral de la actora en el cargo que desempeñaba, toda vez que este cargo era el que venía a ocupar la persona que fue nombrada y que este pertenecía a la lista de elegibles, no pasa lo mismo con el desamparo definitivo que se le dio a la actora, en razón de que esta se encontraba en una condición privilegiada por ser madre cabeza de familia, y que esta condición quedó demostrada tanto en el expediente administrativo como en este proceso.

Esta Sala, observa a folio 21 del expediente, mediante oficio No. OP 750 de fecha 26 de octubre de 2009, suscrita por la doctora Vanessa Ayazo Sierra, Analista de Personal de la Fiscalía General de la Nación, donde certifican que revisado los archivos se constató que a 22 de octubre de 2009, se encontraban en esa Seccional cinco (5) vacantes del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalía de Cartagena. Por lo anterior considera esta Sala que la Fiscalía General de la Nación por tener una planta global y teniendo en cuenta que la actora se encontraba en una condición privilegiada, por estar dentro del retén social, y mayor aun, existiendo en la misma Seccional cinco (5) vacantes disponibles, la entidad demandada debió reubicarla en una de estas

vacantes, dándole un trato privilegiado por su condición especial, es decir, si bien la decisión de dar por terminado la relación laboral de la actora, era válida en principio en virtud en que ésta ese hacia porque en este cargo se efectuó un nombramiento de una persona que se encontraba en la lista de elegibles, del mismo modo debieron agotar los recursos y acciones posibles para proteger a esta persona que goza de una condición especial, para tratar de reubicarla en una de las vacantes disponibles o dentro de alguna vacante de su planta global, es por ello que queda demostrado que la entidad aquí demandada no tenía intención alguna de proteger la estabilidad laboral de la actora, conociendo su condición especial de madre cabeza de familia.

El Honorable Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre esta condición privilegiada de las que gozan las madres cabeza de familia, así:

“La Constitución y la jurisprudencia que le da alcance, han sido enfáticas en establecer que es un deber del Estado brindar una especial protección a las mujeres en razón a su historia de discriminación y a su vez han reforzado dicho amparo cuando se trata de mujeres cabeza de familia, dado que esas medidas cobijan a los menores, quienes por su estado de indefensión y vulnerabilidad gozan de una protección prevalente. Como primera medida, es necesario precisar que si bien es cierto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo para alegar la ilegalidad de un acto de desvinculación, como el que se controvierte, y solicitar el correspondiente restablecimiento del derecho, también lo es que en el caso de las madres cabezas de familia, esta vía no resulta eficaz para disponer sobre el reintegro inmediato. Es importante indicar en este punto, que como la situación particular de las mujeres cabeza de familia es apremiante, cuando la administración las priva de los recursos económicos para atender su subsistencia y la de los suyos, el juez de tutela debe impartir órdenes de cumplimiento inmediato, con el fin de garantizar los derechos fundamentales comprometidos, entre ellos los de los menores, y contrarrestar el perjuicio irremediable relacionado con la

atención del mínimo vital. En ese orden de ideas, los derechos fundamentales de permanecer en cargos públicos de las madres cabeza de familia que han sido declaradas insubsistentes, deberán restablecerse sin perjuicio de la competencia definitiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para pronunciarse sobre la validez de los actos de retiro, siempre que las servidoras desvinculadas afronten un perjuicio irremediable y grave relacionado con la atención de su mínimo vital y el de su familia.”

(...)

***“ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA
- Vulneración por declaratoria de insubsistencia sin adoptar medidas para
su protección***

Del recuento efectuado se establece que la actora, por la ausencia permanente de un cónyuge o de un compañero permanente, tiene actualmente la responsabilidad de sus hijos Kevin de Jesús Parra Jaramillo y Eduardo Andrés Marín Jaramillo. Si bien es cierto el primero de ellos, cumplió reciente la mayoría de edad, también lo es que éste se encuentra desempleado y sin alternativa de educación superior. Ahora bien, también está evidenciado en el plenario que el salario de la actora constituía su única fuente de subsistencia y la de los hijos que dependen económicamente de ella. De otra parte, es necesario indicar que la demandante había puesto en conocimiento de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta su condición de madre cabeza de familia, ya que desde el año 2003 allegó a esa entidad una declaración extra juicio donde manifestaba esa situación especial. Hecho que es corroborado por la administración, en su contestación de la demanda. Bajo las anteriores consideraciones, para esta Sala existen suficientes elementos que llevan a inferir que la actora sí es una madre cabeza de familia, por lo que, frente a esa circunstancia, es evidente que tanto ella como su núcleo familiar se encuentran ante un peligro inminente (perjuicio irremediable), dado que se han visto desprovistos de manera intempestiva de los ingresos necesarios para

asegurar su subsistencia en condiciones dignas. Finalmente, en cuanto a los derechos de la demandante como madre cabeza de familia no se encuentra evidencia que demuestre que la administración haya desplegado todas las acciones para no dejarla desprotegida, en lo que se refiere a propender por la estabilidad reforzada, primero, ordenando el reintegro inmediato de Gloria Esther Martínez Solano a un cargo similar, equivalente o de superior categoría al dispuesto por el juez de tutela u adoptando otros criterios, que no fueran sólo los académicos, para escoger dentro de los Asistentes Administrativos - Grado 05 existentes, a quien se debería desvincular para dar cumplimiento a la orden judicial o, segundo, una vez comprobada la no viabilidad de dichas opciones, proceder a retirarla explicando, así ésta fuera provisional, dichas razones de manera específica. Lo anterior, evidencia que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta vulneró el derecho a la estabilidad reforzada que le asistía a la actora, al declararla insubsistente para dar cabida a otra madre cabeza de familia (resolución 0588 de 25 de enero de 2010), sin adoptar las medidas tendientes a que no quedara desprotegida.^{1}*

Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales citados anteriormente, queda claro entonces que las mujeres que ostentan la calidad de madres cabeza de familia, gozan del privilegio de una estabilidad laboral relativa, es decir, la entidad demandada en aras de proteger los derechos fundamentales de la demandante, como quiera que ella ya había puesto en conocimiento a dicha entidad, su condición de madre cabeza de familia, ya que esta desde el año 2006 allegó a esa entidad declaración extra juicio donde manifestaba su situación especial, es por ello, que considera esta Sala que en el presente proceso, no se encuentra evidencia que demuestre que la entidad demandada haya desplegado todas las acciones existentes y posibles para no dejar a la actora desprotegida, en lo que se refiere a propender por la estabilidad reforzada,

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá D.C., primero (1º) de junio de dos mil diez (2010), Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00041-01(AC), Actor: ANA MARIA JARAMILLO PERTUZ, Demandado. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y DIRECTOR EJECUTIVO SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE SANTA MARTA

primero ordenando el reintegro inmediato de Karen de Jesús Ortega Ordosgoitia a un cargo similar, equivalente o de superior categoría, y teniendo en cuenta que quedó demostrado dentro del plenario que al momento de que desvinculan a la actora, se encontraban cinco (5) vacantes disponibles dentro de la misma Seccional, eso sin contar con que la Fiscalía General de la Nación tiene una planta global, es decir podía ser reubicada dentro de cualquier cargo disponible dentro de dicha entidad.

Lo anterior, evidencia que la Fiscalía General de la Nación vulneró el derecho de la estabilidad reforzada que le asistía a la doctora Karen Ortega Ordosgoitia, al declararla insubsistente para dar cabida a un nombramiento de dicha entidad que pertenecía a la lista de elegibles, por no desplegar todas las acciones posibles para no dejarla desprotegida, en virtud de su condición privilegiada de madre cabeza de familia, tal y como quedó acreditado dentro del plenario.

Otro motivo que hace violatoria la decisión tomada por la entidad demandada, es que si nos ponemos analizar la resolución por medio del cual efectúan el nombramiento al señor Carlos Mora Rico, quien era de la lista de elegibles, éste no aceptó el cargo para el que fue nombrado, y la misma resolución señala que como consecuencia del anterior nombramiento, es decir el del señor Mora Rico, se daba por terminado el nombramiento de la actora, por tanto al no aceptar el cargo para el cual fue nombrado el señor Carlos Mora Rico, la entidad demandada en aras de proteger la estabilidad reforzada de la actora, debió ordenar el reintegro inmediato de la actora en el mismo cargo, en virtud de que este cargo que desempeñaba la actora al no ser aceptado por el señor Carlos Mora Rico se encontraba vacante, y no nombrar a otras personas que se encontraban en la misma condición de provisionalidad, peor aún, sin gozar de la estabilidad reforzada de la que venimos hablando.

Finalmente, considera pertinente esta Sala citar una sentencia unificada de la Honorable Corte Constitucional, en donde señalan la solución para la protección especial de las personas que gozan de estos privilegios, al momento de definir la planta global de los cargos que serían provistos con el registro de elegibles, así:

**“SOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:
DISCRECIONALIDAD DEL FISCAL GENERAL PARA DEFINIR, EN EL
MARCO DE UNA PLANTA GLOBAL, LOS CARGOS ESPECÍFICOS
QUE SERÍAN PROVISTOS CON EL REGISTRO DE ELEGIBLES Y LA
PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE
DISCAPACIDAD, LAS MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y
LOS PREPENSIONADOS.**

10.1. En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación^[55], gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación^[56].

En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009⁵⁷¹, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados"⁵⁸¹

10.2. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno

para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

En relación con el llamado retén social es necesario precisar que si bien la Fiscalía General de la Nación no hace parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a la Sala ordenar al ente fiscal tener especial cuidado con las personas en las situaciones antedichas.

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.”

(...)

ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".²

Teniendo en cuenta la sentencia unificada proferida por la Corte Constitucional queda claro entonces que los empleados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal y como ocurrió en principio en caso bajo estudio, sin embargo, la Fiscalía General de la Nación pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a las madres y padres cabeza de familia, las personas que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad.

² Corte Constitucional, SU-446 de fecha veintiséis (26) de mayo de 2011, Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Acción de tutela instaurada por Nelson Triana Cárdenas y otros en contra de la Comisión Nacional de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

En el presente caso, considera esta Sala que si bien, esta situación no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso publico de méritos, no obstante la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones señaladas anteriormente fueran las ultimas en ser desvinculadas.-

Teniendo en cuenta que la entidad aquí demandada no previo ningún mecanismo para no lesionar los derechos de este grupo de personas que se encuentran en esta condición privilegiada, y quedando demostrado que la entidad aquí demandada no demostró que haya desplegado todas las acciones posibles y existentes para no dejar desprotegida a la actora, teniendo en cuenta que al momento de que desvinculan a la actora se encontraban cinco vacantes disponibles dentro de la misma Seccional, de este modo queda demostrado que el acto acusado es violatorio de los principios constitucionales, razón por la cual esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo, que concedió las pretensiones de la demanda, pero por otras razones.

VIII. DECISION

En consecuencia, la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha quince (15) de Diciembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, por otras razones.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0055
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE POPULAR
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: ALBERTO LUIS MERCADO HERNANDEZ
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2011-00142-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG

f: 294 a 303
(2.º)



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

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 317 / 2013

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

TEMA: Derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, responsabilidad de los municipios y distritos en la construcción de las redes de acueducto que garanticen la prestación del servicio público.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN POPULAR
Radicación: No.13-001-33-31-010-2011-00142-01

II. PARTES

Accionantes: ALBERTO LUIS MERCADO HERNANDEZ
Accionados: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha diecinueve (19) de febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se otorgó protección a los derechos colectivos invocados como lesionados por el actor.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

El 30 de Junio de 2011, el ciudadano ALBERTO LUIS MERCADO HERNANDEZ promovió demanda en ejercicio de la acción popular contra el DISTRITO DE CARTAGENA y la empresa de servicios públicos AGUAS DE CARTAGENA S.A., en defensa de los derechos e intereses colectivos relacionados con *“el acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna”* para evitar el daño contingente que se presenta sobre los derechos e intereses colectivos de los habitantes de la Calle 22 del Sector Cielo Mar del Corregimiento de la Boquilla perteneciente al Distrito de Cartagena.

1. PRETENSIONES

Con dicha acción constitucional, el actor popular solicita lo siguiente:

“1. Que se ordene a las accionadas al ente territorial de Cartagena de Indias y Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., una vez ejecutoriada la sentencia, hacer la extensión de las redes de conducción de agua potable hasta la calle 22, del barrio Cielo Mar, corregimiento de la Boquilla perteneciente al Distrito de Cartagena de Indias y asegurar la prestación eficiente del servicio a todos los habitantes de dicha calle.

2. Que la extensión de las redes de conducción identificadas en el punto inmediatamente anterior se hagan de conformidad con el presupuesto de trabajo; 2011/050229 de fecha 17 de mayo de 2011, expedido por Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

3. Condenar a las accionadas al pago de perjuicios por haber causado daño a un derecho o interés colectivo de los habitantes de la calle 22 del Barrio Cielo Mar corregimiento de la Boquilla y las costas del proceso.”

2. HECHOS RELEVANTES

Manifiesta el actor popular que mediante resolución N° 0131 de fecha 16 de noviembre de 2004, la Curaduría urbana Distrital N° 1 de Cartagena, resolvió conceder licencia de construcción a la sociedad Civil Alberto Luis Mercado Hernández CIA S en C – Ganadería el Olimpo, para desarrollar el proyecto unifamiliar de dos pisos y altillo, en el lote ubicado en la Calle 22 N° 10-40 en el sector Cielo Mar de la Boquilla, de Cartagena.

Anota que la citada calle carece de las redes de servicios públicos de agua potable, luz y alumbrado, público, por esta razón presentó varios derechos de petición ante la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena, Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., Secretaría de Infraestructura Distrital y Oficina Jurídica Distrital con el fin de que se extendiera a la precitada calle, las redes de conducción del acueducto para el agua potable.

Agrega que mediante Oficio COM1 SOA 1106 de fecha 27 de enero del 2009, Aguas de Cartagena dio respuesta al derecho de petición que se le había presentado y esta le manifestó lo siguiente *"En todo caso le aclaramos que como es sabido, en virtud al contrato para la gestión integral de los servicios de acueducto y alcantarillado celebrado entre el Distrito de Cartagena de Indias y Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., esta última tiene a su cargo del Distrito de Cartagena la extensión y mejoría de las redes para la prestación de dicho servicio."*

Aclara que solicitó presupuesto a Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2011, para el abastecimiento del predio ubicado en Cielo Mar calle 22 N° 10-40 y de propiedad de la sociedad antes anotada, y que arrojó como resultado la suma de Diecinueve millones veinticinco mil ochocientos ochenta y tres pesos (\$19.025.883)

Aduce que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber del mismo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y por tanto la instalación de redes de dicho servicio corresponde al ente territorial del Distrito de Cartagena y al operador de servicio Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

Concluye que la falta de acceso a los servicios públicos, al inmueble mencionado por parte del ente territorial de Cartagena y Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., ha causado tanto a la parte demandante como a los habitantes de la citada calle graves perjuicios económicos.

B. LA DEFENSA

DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena contestó la demanda de manera oportuna, oponiéndose a sus pretensiones (FL. 84 – 93), en los siguientes términos:

Manifiesta que en cuanto a los hechos de la demanda la mayoría no le constan puesto que se atenderá a lo que se demuestre probado en el proceso y señala que ha manifestado que la prestación del servicio está a cargo exclusivo de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. – ACUACAR de conformidad con el “Contrato para la gestión integral de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.”

Indica que en cuanto a las pretensiones solicita que sean desestimadas por carecer dichas peticiones de sustento legal y fáctico, además propone la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* en razón a que en virtud del contrato celebrado entre ACUACAR y el Distrito, es deber de la primera el mantenimiento y operación de todas las redes para transportar y distribuir el agua potable; razón por la cual reitera que no es responsable por las conductas que se imputan en la demanda.

Solicita finalmente, la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad.

AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

Por su parte el apoderado de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., contestó la demanda oponiéndose a todas y a cada una de las pretensiones por las siguientes consideraciones:

Señala que deben ser desestimadas las pretensiones de la demanda con fundamento en que la entidad no tiene el deber de financiar obras de expansión de acueducto y alcantarillado. Para ello propone las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva
- Inexistencia de la vulneración y del perjuicio

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia otorgó protección al Derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, bajo las siguientes consideraciones:

"(...) De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso se evidencia que el Barrio Cielo Mar del Corregimiento de la Boquilla, posee redes correspondiente al sistema de acueducto debidamente instaladas, no sucede lo mismo con la última de sus calles, la calle 22, objeto de la presente acción, y por el cual se asegura vulneración de los derechos colectivos de sus moradores.

En efecto, tal y como se consigna en las declaraciones recepcionadas por este despacho, corroboradas con la inspección judicial realizada en el lugar, se tiene, que la calle 22, carece del Sistema de acueducto, obligando a sus residentes a realizar

maniobras privadas insuficientes, y técnicamente inapropiadas para recibir el servicio de agua potable. En ese orden, se pudo verificar que carecen de conexión al sistema o red de acueducto, dado que no se evidencian tuberías, lo cual contrasta con el resto de las calles de Cielo Mar en las que sus residentes tienen sus medidores y además poseen hasta un hidrante, evidenciándose sí, la carencia de dicho sistema o red.

Por su parte, los testimonios recepcionados, coincidieron en manifestar al Despacho que no tienen el suministro de agua potable, que no hay la estructura del sistema de acueducto para la calle 22 de Cielo Mar, ni tubería para las instalaciones de aguas, pues las que hay son artesanales, no tienen redes de agua, en fin no cuentan con tan preciado servicio público, que además es esencial.

Tal situación además de verificada por el Despacho, así ha sido aceptada tanto por el Distrito de Cartagena en sus alegatos, como por la empresa Acuacar S.A. E.S.P., en sus intervenciones – contestación de la demanda y alegatos -, lo cual se robustece ante el estudio de factibilidad solicitado por el actor popular, y de cuya lectura, resalta a vista la inexistencia de redes de conexión del sistema de acueducto para el año de 2011.

Así las cosas, este Despacho considera, sin lugar a dudas, que el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna, de los habitantes de la calle 22 del Barrio Cielo Mar del Corregimiento de la Boquilla, se encuentra vulnerado al no tener acceso al servicio de agua potable por falta de una red de acueducto que así lo permita.”

Respecto de las excepciones propuestas por el demandado AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., señaló:

“Así las cosas, siendo deber del Distrito de Cartagena, realizar las obras necesarias para expandir las redes de acueducto del Barrio Cielo Mar a todas sus calles, observa el despacho, que este ha sido moroso en el cumplimiento del mismo, afectando de esta manera, los derechos colectivos de quien reside en la calle 22 de dicho sector.

En efecto, no obra en el plenario, prueba alguna que produzca en el sentenciador, la certeza necesaria para establecer todo lo contrario, es decir, que ha cumplido con su carga de expandir las redes de acueducto a fin de suministrar el agua potable a la comunidad de la calle 22 de Cielo Mar, ni siquiera del inicio o ejercicio de las gestiones administrativas necesarias para solucionar dicho problema, el cual se toma en la vulneración del derecho colectivo cuya protección se suplica.

D. LA APELACION

El apoderado del demandado DISTRITO TURISTICO Y CULTURA DE CARTAGENA DE INDIAS interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que fuera revocada en todas sus partes en todo lo que tiene que ver con la responsabilidad que se endilga a la demandada, (Folios 353 a 355), para lo cual adujo que:

"(...) El Distrito de Cartagena, contrató la prestación del servicio de Agua Potable en la Sociedad AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., de tal manera que radicó en cabeza de éste operador privado la obligación del suministro, mantenimiento, administración y adecuación de obras civiles relacionadas con dicha operación a cargo de este operador especializado.

Por ello la facturación para el recaudo por el servicio prestado lo hace AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., y de allí se nutre financieramente con todos los proyectos de adecuación y mantenimiento de redes.

No constituye expansión de redes de Acueducto la extensión que se hace de las mismas de un sector a otro que son colindantes, la expansión propiamente dicha se refiere a obras de acueducto de quedan fuera del perímetro de la ciudad o del corregimiento de la Boquilla, como es el caso de la Urbanización Cielo Mar, en el que se cuenta que la urbanización tiene el servicio en todas sus calles excepto la 22, en

donde hay aproximadamente 4 inmuebles sin el suministro de Agua Potable, las demás cuentan con el servicio, así se comprueba en el acta de inspección judicial que se llevó a cabo en Cielo Mar.

Siendo ello así el mantenimiento y extensión de redes de Acueducto a sectores aledaños son de competencia y obligación de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., y no del Distrito.

Además porque es evidente que el afectado es el demandante y para beneficio particular de su inmueble propone la Acción Popular que nos ocupa, que es un medio procesal que busca proteger los derechos colectivos, de tal manera que la Acción judicial aquí utilizada no es apropiada, para ello existen otras acciones judiciales en defensa de los derechos fundamentales de una persona.

Por ello no siendo obligación del Distrito de Cartagena la extensión de redes del servicio de Acueducto, no le cabe ninguna obligación ni responsabilidad, ya que para ello contrató como operador privado a AGUAS DE CARTAGENA, por lo que solicitamos se revoque la sentencia dando por probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva."

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con los artículos 15 y 16 de la ley 472 de 1998, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena

2. DE LA ACCIÓN POPULAR EN GENERAL

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

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

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

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

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

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

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.

c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.

e) La titularidad para su ejercicio, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

Para esta Sala es claro que la acción aquí debatida cumple a cabalidad con los requisitos antes mencionados; si bien el actor es una persona natural que actúa en nombre propio (como lo dice el literal a) de la ley 472 de 1998), el derecho invocado como lesionado es de los considerados como derecho colectivo¹, por lo tanto no tiene asidero el argumento manifestado por el apoderado judicial del recurrente al manifestar que el accionante tenía otras acciones judiciales distintas a la acción popular para poder hacer valer su derecho, toda vez que, es la acción popular la indicada.

3. PROBLEMA JURÍDICO

¹ La ley 472 de 1998 en su artículo 4° señala

Son derechos e intereses colectivos entre otros los relacionados con:

..

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

..

Los motivos de inconformidad del recurrente, se contraen por un lado a señalar que el suministro, mantenimiento, administración y adecuación de obras civiles relacionadas con la urbanización Cielo Mar, le corresponde a la empresa AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., con quien suscribió contrato para la prestación de dicho servicio; y por otro lado, manifiesta que la acción escogida por el actor no es la correcta, toda vez que se trata de derechos individuales, y la acción aquí debatida es la instituida para proteger derechos e intereses colectivos, lo que en sentir del recurrente, es inapropiada dicha acción judicial, existiendo otra clase de acciones por las cuales se hagan valer derechos fundamentales individuales..

Atendiendo los argumentos expuestos por el juez a quo y por el recurrente, la Sala encuentra que un problema jurídico a resolver consiste en determinar si tal como lo decidió el a quo, del material probatorio obrante en el expediente, existe vulneración y/o amenaza de los derechos colectivos enunciados por el actor ALBERTO LUIS MERCADO HERNANDEZ; proveniente dicha vulneración, del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS?

4. TESIS DE LA SALA DE DECISIÓN

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

La anterior tesis se fundamenta en lo siguiente:

5. DE LAS PRUEBAS

- A folios 31 a 37, yacen diferentes peticiones entre diciembre de 2008 y todo el año 2009, dirigidas tanto al Distrito de Cartagena, como a Acucar S.A.,

- suscritas por el actor popular, con el propósito de obtener por parte del Primero, la inclusión de la calle 22 del Sector Cielo Mar, en las obras de alcantarillado y Acueductos destinadas al resto de las calles de dicho Barrio.
- A folios 38 a 42, reposan respuestas emitidas por el Distrito de Cartagena y Acuar, en las que se observa todo el proceso surtido a fin d que se incluyera la calle 22 en el proyecto de alcantarillado del Barrio Cielo Mar, y que respecto de las demás inconformidades – referidas todas a la prestación de los demás servicios públicos – las peticiones serían resueltas por los funcionarios competentes.
 - A folios 102 a 126 obra informe de estudio de factibilidad de servicios de acueducto y alcantarillado a la vivienda del Sr. Alberto Mercado Hernández en el Barrio Cielo Mar.
 - A folio 121 se observa copia de una respuesta a un comunicado de la Alcaldía Mayor de Cartagena, en la que consta que la instalación de 1852 ml de tubería de acueducto PEAD de 110, 200 y 315 mm de diámetro para el Barrio Cielo Mar tiene un costo de Trescientos Sesenta y Siete millones ciento nueve mil noventa y ocho pesos. Además informa que el alcantarillado para el Barrio Cielo Mar se encuentra construido.
 - A folio 127 a 150 se observa el Contrato para la gestión Integral de los servicios de acueducto y alcantarillado, celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la Sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.
 - A folios 218 a 221 obra testimonio solicitado por la parte demandante y rendido por la señora JAKELYN NUÑEZ MANGONEZ del cual se recogen los extractos pertinentes:

"(...) tengo 27 años de vivir en la calle 22 en la casa con nomenclatura 10-59, adolecemos de los servicios públicos básicos que cualquier ciudadano tenga derecho en la ciudad de Cartagena y en cualquier ciudad de este país, no tenemos redes de agua, no tenemos alumbrado público, no obstante que lo pagamos, no los facturan, no tenemos pavimentación,

nuestras calles están en deterioro, se enmontan, no tenemos sistema de recolección de basura, no tenemos aseo en nuestra calle y lo pagamos, básicamente el Dr. Mercado quien es vecino de la calle, ha abanderado esta solicitud de una necesidad imperativa para nosotros y hasta el momento no hemos tenido resultado, es la segunda vez que vengo al despacho y la primera vez que me escuchan, nosotros tenemos un problema que es que no tenemos agua, para tener agua en mi casa nos tocó pedirle permiso a otra construcción para poder traerla de la calle 21, y pasar por debajo de su casa para poder tener agua en nuestra casa, eso ni es legal, no es sano, porque el día el venda su propiedad estamos expuestos a quedamos sin el servicio de agua porque la calle 22 no tiene agua, no existe la estructura del sistema de acueducto y ese problema lo tiene la casa del Dr. Mercado, la casa de Ricardo y los otros dos lotes contiguos problema que queremos que se resuelvan pronto, el Distrito ha sido sordo y la entidad competente también, no nos han escuchado, lo hemos hecho individual, en grupo y no nos han escuchado, estar aquí porque eso va en detrimento de mi patrimonio, porque si quiero vender mi inmueble hoy tengo que ser honesta con el posible comprador (...)

- A folios 222 a 224 obra testimonio del señor Alberto Enrique Mercado Parra del cual se recogen los extractos pertinentes:

"(...) Yo vine a trabajar aquí con el Dr. Mercado en una casa que tiene en Cielo Mar, vine a hacerle los trabajos de carpintería cuando llegué a esa casa no tenía luz, porque esa calle no tiene luz en ninguna parte, al Dr. Mercado le tocó comprar un transformador e instalarlo para poder tener los servicios entonces encuentro que la casa tampoco tiene agua, empecé a que me prestaban el servicio y yo se lo pagaba al señor Julian que vive al lado y en estos momentos me regala el agua la Dra. Jakelyn la vecina de al lado, es la única forma que me estoy suministrando para poderme bañar, esa calle no tiene redes, ni de luz ni de agua."

- A folios 287 a 290 obra testimonio rendido por la señora Elsa Elvira Urueta Padilla, que señala lo siguiente:

"(...) he sido solicitada para declarar en un proceso de solicitud de conexión de los servicio especialmente de los servicios de acueductos, a un predio del barrio cielo mar de la ciudad de Cartagena y para el cual el interesado radicó solicitud de factibilidad de servicio en el año 2007 y se le dio respuesta en ese mismo año indicando la necesidad de realizar extensiones de red tanto de acueducto como de alcantarillado para la conexión de los servicios, en ese entonces en el barrio cielo mar existían

unas redes de acueducto principalmente instaladas por los residentes del sector, que no alcanzaban a tener cobertura total de la zona, no llegaban hasta el predio de interés y en alcantarillado no existían redes, es importante anotar en cuanto expansión de redes la responsabilidad no le compete a aguas de Cartagena como operador de servicios de acueducto y alcantarillado, sino que la misma conforme a la cláusula 20 del contrato de gestión de los servicio suscrito con el Distrito de Cartagena, esta responsabilidad es de la administración distrital, sin embargo dentro de la competencia de Aguas de Cartagena sí está la formulación de los proyectos de expansión de redes, y en ese sentido Aguas de Cartagena trabajó en los diseños detallados y presupuestos de las redes de acueducto y alcantarillado (...) PREGUNTADO. Usted nos ha expresado su conocimiento de los hechos por su trabajo al servicio de Aguas de Cartagena y por sus conocimientos técnicos en hidráulica, puede usted decirnos si puede funcionar el servicio de alcantarillado sin el suministro de agua en la calle 22 del barrio cielo mar. CONTESTO. Si puede funcionar ya que en ocasiones los interesados en recibir el agua buscan alternativas como conectarse de un vecino de la parte de atrás de sus viviendas, comprar aguas mediante carro tanques, pero el agua hay que disponerla, si no existiera la red requeriría de algún sistema alternativo de disposición, existiendo la red simplemente la envía hacia el sistema de alcantarillado de la ciudad, aunque no es el ideal en materia de prestación del servicio por dos razones 1 los riegos de contaminación del líquido y 2 las dificultades de la empresa de servicio de facturar el servicio. (...) el proyecto de redes de acueducto del barrio cielo mar fue enviado formalmente a través de comunicado en el año 2009, para su ejecución en forma integral esto por interés también de la administración quien formalmente a través de un comunicado pidió diseño de redes para una calle en particular pero lo que se considera agua de Cartagena es que debe pensarse en la solución integral del barrio y se envió de forma completa, estos documentos fueron aportados al momento de la contestación de la demanda en un informe técnico, de todas maneras de la decisión de ejecución es de la administración Distrital no es un imposición de Aguas de Cartagena hacia el Distrito."

- *A folios 225 a 226 obra acta de audiencia de inspección judicial realizada el 16 de febrero de 2012, en la cual se dejó constancia: "que la calle 22 de Cielo Mar, consta de 4 casas y lotes sin determinar, no se observan instalaciones luz ni tuberías, que el agua en la casa del actor popular, es suministrada por una manguera proveniente de la vecina señora Jakelyn Núñez; que en casa de esta señora se encontró al abrir la llave de un baño de la planta baja, sale un poquitico de agua y al bajar el sanitario no tiene fuerza, que en la concina hay*

mayor presión de agua, que en la zona social de la casa hay una conexión con manguera a una casa de la calle 21 y lo mismo ocurre con el servicio de luz que se encuentra conectado con el transformador de la calle 21, a través de un tubo interno, en un callejón de la casa se perciben olores nauseabundos provenientes del alcantarillado."

Igualmente se dejó constancia que en las calles 20 y 21 del Barrio Cielo Mar, sus habitantes tienen los servicios públicos de agua, luz y alumbrado público, toda vez que se encontró postes de luz y medidores de agua, manjoles o cámara de inspección de alcantarillado, el tubo madre de Aguas de Cartagena y un hidrante.

7. RESOLUCIÓN EN CONCRETO DEL CASO.

Pretende el actor con la presente acción que se protejan los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, de los residentes de la calle 22 del barrio Cielo Mar de la ciudad de Cartagena - Bolívar.

Considera el demandante que, el Distrito de Cartagena vulnera los derechos colectivos señalados, al desatender sus obligaciones y responsabilidades constitucionales y legales de resolver las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable, ocasionando con lo anterior, perjuicios en el aspecto sanitario de los residentes de la calle 22 del barrio Cielo Mar corregimiento de La Boquilla de esta ciudad.

El A quo encuentra demostrado que, corresponde al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena el responsable de la vulneración del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna, a los habitantes de la calle 22 del Barrio Cielo Mar del Corregimiento de la Boquilla, por cuanto ha sido negligente en la expansión de las redes de acueducto a dicho sector, en clara omisión a su deber de velar por la integridad de dichos derechos, de allí que de conformidad con los mandatos de los artículos 365y ss de la constitución política, artículo 3º inciso

5 de la ley 136 de 1994, y artículo 5º inciso 5.1 de la ley 142 de 1994, su responsabilidad en los hechos es contundente.

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias apela la sentencia de primera instancia, argumentando que suscribió contrato con la Empresa AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., quien a partir del mismo asume la responsabilidad del suministro, mantenimiento, administración y adecuación de obras civiles relacionadas con dicha operación a cargo de este operador especializado.

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

En el sub lite está demostrado que, la calle 22 del barrio Cielo Mar del Corregimiento de La Boquilla no posee el servicio de agua potable, pues se tiene de lo consignado en acta de inspección judicial realizada por el Juez Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias que dicha calle ***“es una calle sin pavimentar, de aproximadamente 100 metros, que consta de 4 casas y lotes sin determinar, que carece de los servicios públicos, de agua, luz y alumbrado público”***.

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

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

Además de lo anterior, el artículo 5º de la Ley 142 de 1994² señala el derecho de los usuarios a gozar del servicio público básico de acueducto y, correlativamente, el deber de los municipios de asegurar que se presten de manera eficiente y oportuna. En su tenor literal, esa norma señala lo siguiente:

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

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.

(...)

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

En consecuencia, el cumplimiento del deber constitucional y legal de prestar de manera eficiente el servicio de acueducto se efectúa directamente por los municipios o por intermedio de las empresas de servicios públicos o de operadores de redes locales, quienes se encuentran vigilados y controlados por el Estado y se rigen por los planes, condiciones técnicas y estándares de calidad que se regulan a nivel nacional. Luego, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias es el responsable por la prestación eficiente del servicio de agua potable de la calle 22 del barrio Cielo Mar del corregimiento de La Boquilla.

Así las cosas, habiéndose demostrado la vulneración a los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a la prestación del servicio de forma eficiente y

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente DARIO QUIÑONES PINILLA Veintiuno (21) de Noviembre de dos mil dos (2002) Radicación número: 50001-23-31-000-2002-0236-01(AP-737) Actor: HENRY DIAZ CUBIDES Demandado: ALCALDIA DE VILLAVICENCIO Y OTRO

oportuna, por parte del ente territorial demandado DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, no le queda otra opción a esta Sala especial de descongestión 001 que la de confirmar el fallo de primera instancia que otorgó la protección de los derechos colectivos violados ya enunciados.

Ahora bien en cuanto la orden dada por el juez *a quo*, se logró inferir por esta Sala, que se hace necesaria la instalación de un sistema de acueducto que brinde a los residentes en la calle 22 del barrio Cielo Mar, agua potable, siendo prudente que el accionado realice o ejecute obras tendientes a la obtención de dicho fin.

El Juez a quo en el Numeral Cuarto de la parte resolutive de la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, resolvió ordenar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, realizar dentro del término de ocho (8) meses planear, adoptar y ejecutar a cabalidad, previa las gestiones administrativas y presupuestales pertinentes, las obras tendientes a la instalación o ampliación del sistema o red de acueducto en la calle 22 del barrio Cielo Mar del Corregimiento de La Boquilla de esta ciudad, para el efectivo suministro de agua potable a los residentes del sector.

Con relación a la orden dada en la sentencia de primera instancia, esta Sala es del criterio consistente en afirmar que las facultades otorgadas al juez popular para librar ordenes de hacer, deberá ejercerse, en el caso específico, por tratarse de construcción de obras, sin pretermitir en ningún momento los estudios técnicos y los diseños que sirven de fundamento a esa actividad y cuya realización garantiza que los negocios jurídicos celebrados sean debidamente diseñados, y pensados.-

Así las cosas, siempre que en sede de acción popular se disponga la ejecución de una obra, deberá fijarse un plazo prudencial para que el obligado 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 el proceso contractual, 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.

Por consiguiente, se modificará el numeral 4º, y en su lugar la orden al Distrito de Cartagena, consistirá en que en un término máximo de dos (2) meses realice los estudios, diseños y proyectos definitivos de los trabajos tendientes a la instalación o ampliación del sistema o red de acueducto en la calle 22 del barrio Cielo Mar del Corregimiento de La Boquilla de esta ciudad, para el efectivo suministro de agua potable a los residentes del sector, y una vez efectuados esos estudios y diseños, luego de adelantar el proceso de contratación se ejecute dicho negocio jurídico dentro de los plazos razonables determinados en los estudios previos respectivos.

Las demás ordenes quedarán como se dispuso por el a quo.

9. COSTAS

No habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, por no aparecer causadas, ello al tenor de lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 392 del C.P.C., según el cual "*[s]ólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*", norma aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998³.

10. LA DECISIÓN

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

FALLA

³ Al respecto, es menester precisar que la condena en costas a la parte demandada en acción popular, no está sujeta a la prueba de temeridad o mala fe, pues la acreditación de tales elementos subjetivos sólo es exigible para determinar la procedencia de la imposición de tal condena a la parte demandante, cuando resulta vencida en el juicio.

PRIMERO: Modificar el Numeral Cuarto de la parte resolutive de la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena. El cual quedara así:

"Se ordena al Distrito de Cartagena, para que en un término máximo de dos (2) meses realice los estudios, diseños y proyectos definitivos de los trabajos tendientes a la instalación o ampliación del sistema o red de acueducto en la calle 22 del barrio Cielo Mar del Corregimiento de La Boquilla de esta ciudad, para el efectivo suministro de agua potable a los residentes del sector, y una vez efectuados esos estudios y diseños, luego de adelantar el proceso de contratación se ejecute dicho negocio jurídico dentro de los plazos razonables determinados en los estudios previos respectivos."

SEGUNDO: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

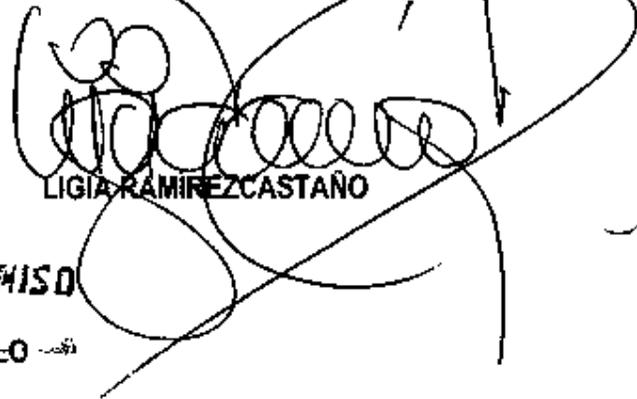
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO

DD 601



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0056

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: CORPORACION CLUB NAUTICO PUNTA IGUANA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2011-00317-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE DICIEMBRE 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 ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

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

Sentencia de Primera Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-23-31-002-2011-00317-00
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Corporación Club Náutico Punta Iguana
Demandado : DIAN

Tema: Liquidación Oficial de Revisión- impuesto de renta. (Tributario)

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA 9537, emanado del Consejo Superior de la Judicatura y la Circular No. 013 de 2012 del Consejo Seccional de la Judicatura, procede a decidir la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por la CORPORACIÓN CLUB NÁUTICO PUNTA IGUANA en adelante CLUB NÁUTICO contra la DIAN.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La CORPORACIÓN CLUB NÁUTICO PUNTA IGUANA, interpone demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

Primero: Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 062412010000001 del 4 de enero de 2010, y de la Resolución No. 900008 del 26 de enero de 2011, mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración que confirma la liquidación inicial. Todas ellas expedidas por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cartagena.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita que se deje en firme el denunció rentístico presentado por la actora para el año gravable 2006, y se señale que la demandante no adeuda ninguna suma por ese concepto.

HECHOS

En resumen son los siguientes:

1. Narra la sociedad actora que el día 17 de julio de 1992, se constituyó como una entidad sin ánimo de lucro, a la cual se le reconoció personería jurídica por parte de la Gobernación de Bolívar y se inscribió en la Cámara de Comercio de la ciudad; cuyo objeto social es *"la prestación de servicios culturales, recreativos, turísticos y deportivos a sus miembros, así como la promoción y desarrollo de eventos recreativos, deportivos y culturales; para el cumplimiento de este objeto, se desarrollan otras actividades conexas al mismo."*
2. Aduce la demandante que el día 17 de abril de 2007, presentó declaración de renta del año gravable 2006, con sticker No. 07789270006391, liquidando un saldo a favor por la suma de \$15.863.000. Que para la depuración del impuesto sobre la renta, se aplicaron las disposiciones propias del régimen especial de renta, razón por la cual, no se liquidó renta presuntiva y la tarifa aplicada del 20%.
3. Luego, la entidad demandada mediante auto adiado el día 2 de febrero de 2009 ordena inspección tributaria No. 06232009000020, en los predios de la sociedad actora, la cual se llevó a cabo el día 9 de febrero de dicha anualidad; en ese orden advierte la demandante que los funcionarios de la DIAN no hicieron una inspección completa en el lugar porque no tomaron fotos de los espacios destinados a la práctica de los deportes náuticos y otros deportes. No obstante, la demandada profiere requerimiento especial No. 062382009000013, y propuso desconocer la deducción de la contribución de valorización por la suma de \$26.804.798 y liquidar el impuesto de renta por el sistema de renta presuntiva con el argumento de que *"el CLUB NÁUTICO se asimila a una sociedad limitada, debido a que sus ingresos operacionales derivan del desarrollo de actividades de hospedajes, restaurante y bar, razón por la cual, a su juicio, no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 19 del Estatuto Tributario, para pertenecer al régimen especial de renta."*
4. En ese orden manifiesta que la DIAN propuso incrementar la renta líquida en \$26.805.000, liquidar una renta presuntiva por valor de \$452.521.000, un impuesto sobre la renta de valor \$158.357.000 aplicando para ello la tarifa del 35% y eliminar el saldo a favor de \$15.863.000.
5. Que la demandante el día 10 de julio de 2009, acepta parcialmente el requerimiento correspondiente a la improcedencia de la deducción por el pago de la contribución de valorización de \$26.804.798, y en consecuencia corrige la declaración de renta del año gravable 2006 con la cifra propuesta en el mencionado requerimiento; sin embargo, presentó respuesta al requerimiento el día 16 de julio de 2009, a través del cual (i) demostró el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 19 del Estatuto Tributario para pertenecer al régimen especial de impuestos sobre la renta, (ii) aceptó el rechazo de la deducción del pago de la contribución de

Rad 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo: Dian.

valorización, para lo cual acreditó la corrección de la respectiva declaración de renta.

6. Que la demandada el 4 de enero de 2010, profirió liquidación oficial de revisión No. 062412010000001 donde ratifica los argumentos expuestos en el requerimiento especial; así mismo, acepta la corrección de la declaración de renta presentada por la actora el día 10 de julio de 2009.
7. En oposición a lo anterior, la demandante interpuso recurso de reconsideración, el cual se desató a través de la Resolución No. 900008 que confirmó lo decidido por la demandada inicialmente; donde precisa: *"que el requisito de tener una oferta pública de servicios para garantizar el "acceso a la comunidad", no es un requisito previsto en el artículo 19 del Estatuto Tributario para pertenecer al régimen especial de impuesto sobre la renta"*

A juicio de la demandante dicho criterio es distinto al establecido en la liquidación oficial de revisión, por lo que considera que la discusión se centra exclusivamente en el cumplimiento del requisito de desarrollar actividades deportivas y culturales establecidas en el literal a) del artículo 19 del Estatuto Tributario.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Aduce la actora, que la entidad demandada, con la expedición del Acto en cita viola las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Art. 29 de la Carta Política.

Legales: Arts. 19, 191, 356, 712, 730 y 742 del Estatuto Tributario; Art. 264 de la Ley 223 de 1995; Arts. 35 y 59 del C.C.A.; Art. 20 del Decreto 4048 de 2008; Arts. 1 y 2 del Decreto Reglamentario 4400 de 2004.

Aduce que los actos acusados violan la disposición anterior por lo siguiente:

- *Violación de los artículos 29 de la Constitución Política; Arts. 19, 191, 356, 712, 730 y 742 del Estatuto Tributario, Arts. 35 y 59 del C.C.A., y los arts. 1 y 2 del Dto. Reglamentario 4400 de 2004.*

Señala que la DIAN ha aceptado el cumplimiento por parte del Club Náutico de los requisitos de los literales b) y c) del numeral 1 del artículo 19 del Estatuto Tributario, de tal manera que en la demanda la discusión se centra exclusivamente en el cumplimiento del requisito previsto en el literal a) del numeral 1 del artículo 19 del Estatuto Tributario, pues en criterio de la actora, aún cuando el objeto social de la demandante y sus recursos están destinados al desarrollo de actividades deportivas y culturales, el hecho de percibir ingresos por concepto de servicios de hospedaje, restaurante y bar, hace nugatorias las actividades deportivas y culturales desarrolladas por la actora y como consecuencia de

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo: Dian.

ello, la DIAN da aplicación al párrafo 1 del artículo 19 del mencionado estatuto, y en este sentido para efectos del impuesto de renta del año gravable 2006, asimila al Club Náutico a una sociedad limitada, con el fin de liquidar renta presuntiva y aplicar la tarifa de 35%.

Que el objeto social principal de la entidad actora, está compuesto por el desarrollo de actividades de deporte y cultura, pues su objeto social es enfático en señalar que esta entidad prestará servicios culturales, recreativos, y deportivos a sus miembros y promocionará y desarrollará esta clase de eventos.

En ese orden agrega, que el hecho de que el objeto social incluya la prestación de servicios de hospedaje y restaurante, se explica en la medida que éstos son servicios complementarios de las actividades recreativas y deportivas y dada la ubicación geográfica del Club (Isla de Barú) tales servicios son indispensables para los socios, los cuales después de practicar los deportes náuticos requieren el servicio de hospedaje por imposibilidad de regresar a sus ciudades de origen el mismo día.

Que lo determinante para efectos de pertenecer al régimen especial del impuesto sobre la renta, es que el objeto social principal de la entidad sin ánimo de lucro, lo constituya el desarrollo de actividades deportivas y culturales, entre otras. Por lo tanto, se deja abierta la posibilidad de desarrollar otro tipo de actividades, como son las de carácter complementario y relacionadas, en la medida en que el literal a) del numeral 1 del artículo 19 del Estatuto Tributario, no ha restringido el objeto social de las entidades sin ánimo de lucro de manera exclusiva a estas actividades.

Que es evidente la indebida interpretación que hace la DIAN de la norma, por cuanto a su entender, el hecho de que percibir ingresos por el desarrollo de actividades como hospedaje, restaurante y bar, constituye un incumplimiento al literal a) del artículo 19 del Estatuto Tributario, tal como lo afirma en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración.

Aduce que en el presente caso, la DIAN está centrando su análisis simplemente en el origen de los ingresos operacionales para concluir erróneamente que el Club Náutico, solo le presta servicios de hospedaje, restaurante y bar. Sin embargo, el análisis realizado tiene un enfoque sesgado de la realidad de las actividades desarrolladas, porque la demandada desconoce que para el cumplimiento de los fines propuestos, las entidades sin ánimo de lucro pueden desarrollar actividades complementarias, con las cuales obtengan los recursos necesarios para el desarrollo de actividades deportivas, culturales, etc. En este sentido, las actividades complementarias son calificadas como el medio o el instrumento para cumplir con los fines sociales propuestos, y son aceptadas, siempre y cuando las mismas se encuentren directamente relacionadas con los objetivos perseguidos por la respectiva entidad.

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte. Club Náutico
Ddo. Dian

Que la diferencia entre los artículos 19 y 359 del Estatuto Tributario, es que el primero determina las actividades que debe contener el objeto social de una entidad sin ánimo de lucro para pertenecer al régimen especial de renta; y el segundo, establece el requisito de garantizar el acceso de las actividades enunciadas a la comunidad, para efectos de obtener el beneficio fiscal de la exención del beneficio neto o excedente, el cual no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que el Club Náutico no hizo uso de este beneficio de exención en su declaración de renta del año gravable 2007, en la medida que aplicó la tarifa de renta del 20%.

Que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio, el objeto social de toda empresa o negocio, está compuesto por la enunciación de las actividades principales que desarrollará el ente jurídico, y de aquellas otras actividades que tengan una relación directa con las principales; es decir, se admite que el objeto social incluya tanto el desarrollo de actividades principales como complementarias, con la única limitación que entre unas y otras exista una relación directa.

Que en el presente caso se encuentra plenamente demostrado que la finalidad que persigue el Club Náutico es el desarrollo y fomento de actividades culturales, recreativas, deportivas y sociales, razón por la cual sus instalaciones ubicadas en la Isla Barú, han sido especialmente acondicionadas y equipadas para la práctica de deportes acuáticos, tales como sunfish, kayak, windsurf, ski, optimist, bicicletas marinas, donna, snorkel, buceo, pesca, natación y otros deportes tales como tenis de cancha, tenis de mesa, basquetbol, microfútbol, voleibol, caminatas ecológicas. Del mismo modo las instalaciones cuentan con una biblioteca destinada al fomento de la actividad cultural, así como ésta se estimula con las donaciones efectuadas a favor de la fundación Fe y Alegría para la promoción de la educación alternativa impulsada a través de clubes deportivos.

Que la DIAN no puede tener en cuenta para efectos de determinar si el Club Náutico pertenece o no al régimen especial del impuesto sobre la renta, la proporción de los ingresos percibidos por concepto de hospedaje y alimentación, pues en primer lugar, no existe ninguna regulación que establezca dicha proporción, o la prohibición para que una entidad sin ánimo de lucro obtenga recursos provenientes del desarrollo de otras actividades, para el cumplimiento de su objeto social.

Que es importante tener en cuenta la indebida valoración de los estatutos y certificado de existencia y representación del Club Náutico, así como las apreciaciones subjetivas y carentes de fundamentos, plasmadas en el acta de visita de inspección tributaria, evidencian una flagrante vulneración del artículo 742 del Estatuto Tributario, toda vez que la determinación del mayor impuesto a cargo, no estuvo precedido de una adecuada práctica y valoración de pruebas por parte de la DIAN.

Agrega que en los actos administrativos demandados, se puede observar que la DIAN no impuso sanción por inexactitud al Club Náutico, en la medida en que no evidenció que en la declaración de renta del año gravable 2006, existiera algún tipo de irregularidad o

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo: Dian.

inexactitud o utilización de factores o datos equivocados, incompletos o desfigurados, que tuviera como propósito disminuir el monto del impuesto a cargo, o cualquier otra conducta descrita en esta disposición legal, que diera lugar a la imposición de esta sanción.

Que en los actos administrativos demandados, no se señala que la ausencia de la imposición de la sanción por inexactitud obedezca a la existencia de una diferencia de criterios en el derecho aplicables entre el Club Náutico y la DIAN, el cual eximiera a la actora de la imposición de esta sanción.

- *Violación del artículo 264 de la Ley 223 de 1995 y del artículo 20 del Dto. 4048 de 2008*

Advierte que la entidad actora actuó con base en los conceptos proferidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para el cumplimiento de los requisitos establecidos para pertenecer al régimen especial del impuesto sobre la renta.

Que el criterio de la DIAN ha sido uniforme en determinar que las entidades sin ánimo de lucro pueden desarrollar otras actividades para obtener los recursos necesarios para el desarrollo de su objeto social principal, resaltando que lo determinante es que los excedentes obtenidos sean reinvertidos precisamente en la ejecución de las actividades descritas en el literal a) del artículo 19 del Estatuto Tributario.

Que no le asiste razón a la DIAN para desconocer no sólo la ley, sino también su doctrina y con fundamento en una interpretación errónea de las normas y conceptos emitidos, modificar la declaración de corrección del impuesto sobre la renta del Club Náutico correspondiente al año gravable 2006, con el argumento que aunque el objeto social de mi representada está compuesto por el desarrollo de actividades deportivas y culturales, no cumple con el requisito previsto en el literal a) del numeral 1 del artículo 19 del E.T., y por lo tanto no se cataloga como un contribuyente del régimen especial del impuesto sobre la renta. (fl. 10-36)

DEFENSA

El apoderado judicial de la DIAN, se opuso a las pretensiones de la demanda señalando lo siguiente:

Considera la entidad demandada que el Club Náutico Punta Iguana, debe sujetar sus obligaciones fiscales como una sociedad limitada, debido que sus ingresos no se originan desarrollando una actividad de las incluidas en el artículo 19 del E.T., que son: salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social; ya que sus ingresos y la actividad económica que cumple obedece al servicio de hospedaje, restaurante y servicio de bar, agregándose que no es de interés general, porque no favorece a un sector, barrio o comunidad, y prescinden de la oferta abierta de los servicios que trata el artículo

Rad. 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo. Dian.

pluricitado; por consiguiente, se recalca que deben tributar por concepto de renta presuntiva, dado que su mandato legal se asimila al de las sociedades limitadas.

Que en aplicación del artículo 228 superior, debe prevalecer la verdad real, siendo en este caso, que la actividad que desarrolla el club, es el servicio exclusivo de hospedaje y restaurante para sus socios e invitados, todo conforme a las pruebas arrimadas al expediente, de suerte que al no acreditarse como desarrollo principal de su actividad económica ningún tipo de programa de los enumerados en el artículo 19 del E.T., debe asimilarse a una sociedad limitada, dado que el régimen tributario especial no ampara entidades que tienen por objeto social la prestación de servicio de hospedaje, restaurante y bar. Lo que a su juicio demuestra que sus ingresos operacionales provienen de la prestación de estos servicios que constituyen su objeto social principal.

Que de las pruebas recaudadas durante la visita a las instalaciones de la entidad actora se constató que el objeto social principal es el servicio de restaurante y hospedaje, por cuanto los ingresos operacionales, esto es, los relacionados con su actividad principal provienen de estos servicios. Así mismo que de los artículos 6 y 9 de los estatutos del club, se concluye que su naturaleza es cerrada, es decir, no se encuentra abierto o disponible para todas las personas, además no es de interés general.

Que el literal a) del numeral 1 del artículo 19 del E.T. y el literal a) del numeral 1 del artículo 1 del Dto. 4400 de 2004, impone como condición propia de los sujetos del régimen tributario especial que su objeto social principal sea la realización de actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, etc., se tiene que en estos casos el cumplimiento de las condiciones legales debe ser observado con rigor, toda vez que las exenciones en materia tributaria son de interpretación restrictiva.

Que la demandante con las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y los Conceptos emitidos por la DIAN, no concretiza donde se genera la vulneración de la demandada, por lo que este cargo debe ser desestimado.

Que la actora manifiesta que se violan los artículos 191, 356, 712, 730 y 742 del Estatuto Tributario, de los cuales solo se limita a enunciarlos pero no concretiza en que sentido se violan los mismos con el actuar de la DIAN, no desarrollando así el concepto de violación, incumplimiento nuevamente con el requisito contemplado en el artículo 137 numeral 4 del C.C.A., por lo que debe ser desestimado este cargo.

Que la demandante no desarrolla de manera prioritaria ninguna de las actividades enunciadas en el artículo 19 del E.T., sumándose que su actividad no es de interés general, por cuanto entre otras cosas, omite efectuar oferta pública abierta de los servicios y actividades que desarrolla, exigencia que se recalca que es obligatoria y que implica necesariamente otra causal para argumentar que no se cumple con la obligación legal para ser considerada una entidad del régimen tributario especial; por lo que se reitera que la actividad de la actora no se encuentra dentro de las contempladas en la mencionada

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)

Dte: Club Náutico

Ddo: Dian.

norma, dado que su objeto social es el servicio de restaurante y hospedaje, y sus ingresos operacionales, los cuales proviene de esta actividad la cual es considerada como principal dentro del mismo. (fl. 139-148)

ALEGATOS

En el sub lite, las partes en la audiencia de alegaciones finales contemplada en el artículo 211 A del C.C.A., Art. 66 de la Ley 1395 de 2010, reafirman los argumentos expuestos en la demanda y en el escrito de contestación respectivamente. (fl. 171-199)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el señor Procurador Judicial delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, en su concepto solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda. (fl. 173-174).

ACTUACIÓN PROCESAL.

En el presente asunto, la demanda fue admitida mediante providencia de fecha 08 de junio de 2011. (fl. 134).

Luego, el proceso se fija en lista el día 26 de julio de 2011. (fl. 134 al reverso)

Mediante auto del 9 de febrero de 2012, se prescindió del periodo probatorio y se fijó fecha para audiencia de fijación de hechos y alegaciones finales (art. 211 A del C.C.A.) (fl. 164-165)

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, entra a Sala el expediente para resolver de fondo el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el inciso 4 del Artículo 132 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer el presente asunto, en virtud de que se discute el monto de una obligación tributaria y la cuantía excede los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

Caducidad

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. **Resolución No. 900008 del 26 de enero de 2011**, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, se notificó personalmente a la actora el día 1 de febrero de 2011 (fl. 99 al reverso) y la demanda se impetró el día 28 de febrero de 2011; es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Acto Acusado

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Liquidación Oficial de Revisión No. 062412010000001 del 4 de enero de 2010**, por la cual se propone la modificación de la declaración de renta del año 2006 a la actora.
- **Resolución No. 900008 del 26 de enero de 2011**, mediante el cual se resuelve el recurso de reconsideración que confirma la liquidación inicial. Todas ellas expedidas por la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena.

Problema Jurídico.

- ¿Pertenece al régimen especial de renta la sociedad actora conforme lo dispone el artículo 19 del Estatuto Tributario; pese a desarrollar al parecer actividades de hospedaje, restaurante y bar?, de no ser así, ¿se encuentra ajustada la liquidación oficial de revisión efectuada por la DIAN que consideró a la demandante como una sociedad limitada?

La Sala previo a resolver los interrogantes planteados encuentra pertinente traer a colación la normatividad aplicable al caso, en aras de verificar posteriormente si la decisión adoptada en sede administrativa se ajustó a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; seguidamente destacara el acervo probatorio, para finalmente desarrollar la solución del caso concreto.

Marco Normativo.

El artículo 19 del Estatuto Tributario señala el régimen especial de los contribuyentes en el siguiente tenor:

“Los contribuyentes que se enumeran a continuación, se someten al impuesto sobre la renta y complementarios, conforme al régimen tributario especial contemplado en el Título VI del presente Libro:

1. Las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con excepción de las contempladas en el artículo 23 de este Estatuto, para lo cual deben cumplir las siguientes condiciones:

*a) Que el objeto social principal y recursos estén destinados a **actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social;***

b) Que dichas actividades sean de interés general, y

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)

Dte Club Náutico

Ddo: Dian.

c) Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social.

(...)

PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo previsto en los numerales 2) y 3) del presente artículo y en los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario, las corporaciones, fundaciones y asociaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro, que no cumplan las condiciones señaladas en el numeral 1) de este artículo, son contribuyentes del impuesto sobre la renta, para cuyo efecto se asimilan a sociedades limitadas.

De lo resaltado infiere la Sala sin mayor discusión que las entidades sin ánimo de lucro pertenecen al régimen tributario especial, siempre y cuando su objeto social principal esté encaminado a desarrollar actividades de educación formal, deporte, salud, cultura, investigación científica o tecnológica, ecológica, de protección ambiental o a programas de desarrollo social, que sean de interés general y que sus remanentes se reinviertan en su totalidad a su objeto social. De la misma manera, se colige que si estas entidades no cumplen con los requisitos previstos en el numeral 1 del recitado artículo, se identificarán por parte del agente tributario, como un contribuyente ordinario y en consecuencia para efectos de su liquidación se asimilará la entidad como una sociedad limitada.

Por otra parte, en desarrollo de la norma anterior, el estatuto tributario especial, fija en los artículos 356, 357, 358, 359 *ibidem*, la forma como opera este régimen para los contribuyentes que a él pertenecen; veamos:

ARTICULO 356. TRATAMIENTO ESPECIAL PARA ALGUNOS CONTRIBUYENTES. Los contribuyentes a que se refiere el artículo 19, están sometidos al impuesto de renta y complementarios sobre el beneficio neto o excedente a la tarifa única del veinte por ciento (20%). (Subraya fuera de texto)

(...)

ARTICULO 357. DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE. Para determinar el beneficio neto o excedente se tomará la totalidad de los ingresos, cualquiera sea su naturaleza, y se restará el valor de los egresos de cualquier naturaleza, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social de conformidad con lo dispuesto en este Título, incluyendo en los egresos las inversiones que hagan en cumplimiento del mismo.

ARTICULO 358. EXENCIÓN SOBRE EL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE (sic). El beneficio neto o excedente determinado de conformidad con el artículo anterior, tendrá el carácter de exento cuando se destine directa o indirectamente, en el año siguiente a aquél en el cual se obtuvo, a programas que desarrollen dicho objeto social.

Rad 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo: Dian.

El beneficio neto o excedente generado en la no procedencia de los egresos, no será objeto del beneficio de que trata este artículo.

La parte del beneficio neto o excedente que no se invierta en los programas que desarrollen su objeto social, tendrá el carácter de gravable en el año en que esto ocurra.

ARTICULO 359. OBJETO SOCIAL. *El objeto social que hace procedente la deducción y exención de que tratan los artículos anteriores, deberá corresponder a actividades de salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica o a programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad. (Subraya es del texto)*

Con relación al interés general y al acceso a la comunidad el artículo 2º del Decreto 4400 de 2004, reglamentario de las normas descritas preceptuó:

“Artículo 2. Interés general y acceso a la comunidad. Para efectos de los artículos 19 y 359 del Estatuto Tributario, las actividades desarrolladas por las entidades a que se refiere el numeral 1º del artículo 1 de este Decreto, deben ser de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad.

Las actividades son de interés general cuando beneficien a un grupo poblacional, como un sector, barrio o comunidad. Se considera que la entidad sin ánimo de lucro permite el acceso a la comunidad, cuando hace oferta abierta de los servicios y actividades que realiza en desarrollo de su objeto social, permitiendo que terceros puedan beneficiarse de ellas, en las mismas condiciones que los miembros de la entidad, o sus familiares.

Son actividades de salud aquellas que están autorizadas por el Ministerio de la Protección o por la Superintendencia Nacional de Salud.

Son actividades de deporte aficionado aquellas reguladas por la Ley 181 de 1995. Se entiende por actividades culturales las descritas en el artículo 18 de la Ley 397 de 1997 y todas aquellas que defina el Ministerio de Cultura.

Son actividades de investigación científica o tecnológica aquellas definidas en el Decreto 2076 de 1992.

Los programas son de desarrollo social, cuando afectan a la colectividad fomentando el mejoramiento y desarrollo de las condiciones de vida del hombre en sociedad.

Se entiende por programas ecológicos y de protección ambiental los contemplados en el Código Nacional de Recursos Naturales de Protección del Medio Ambiente y

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo: Dian.

los que defina el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y otra entidad pública del sector.

Parágrafo. *Cuando las entidades sin ánimo de lucro desarrollen actividades que son de interés general, pero a ellas no tiene acceso a la comunidad, gozarán de los beneficios como contribuyentes con tratamiento tributario especial, sin derecho a la exención del impuesto sobre la renta”.*

Al respecto, la Honorable Corporación de lo Contencioso Administrativo¹ en un caso particular dijo:

Aún cuando no estaba vigente a la época de los hechos, el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 124 de 1.997, por el cual se reglamentó el régimen tributario especial, resulta pertinente su referencia, para precisar los conceptos de interés general y acceso a la comunidad, consagrados desde antes en la ley, así: “PARÁGRAFO 2.- ... se entiende que las actividades señaladas en el numeral 1 del artículo 19 del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 359 ib., son de interés general, o los programas son de desarrollo social, cuando afectan a la colectividad al propender por el mejoramiento social, y que a los mismos tiene acceso la comunidad cuando benefician a todo el conglomerado social.” Según la anterior definición puede decirse que el Interés general tiene relación con las actividades que permiten acceder al régimen tributario especial, y el acceso a la comunidad, con el derecho a la exención del beneficio neto o excedente y con la procedencia de la deducción de egresos. No se trata de desconocer el derecho que le asiste a la actora de pertenecer al Régimen Tributario Especial, sino de dar estricto cumplimiento al mandato legal, que como se ha dejado expuesto, exige que el objeto social principal este destinado, así como los recursos obtenidos del mismo, a las actividades fiscalmente estimuladas, las cuales, además, deben ser de interés general, presupuestos que como lo advierten los actos acusados no se cumplen, pues ni el objeto social principal ni los recursos están destinados a alguna de las actividades y programas a que se refiere el numeral 1) del artículo 19 del Estatuto Tributario en la versión del artículo 63 de la Ley 63 de 1.967. Puesto que en el subjuice, tal y como se ha dejado expuesto, el Club de Comercio de Bogotá, se dedica fundamentalmente a actividades propias de su objeto social en beneficio de sus diferentes clases de socios e invitados, y que sus egresos son estrictamente operacionales, surge que el objeto social principal del Club y sus recursos, no corresponden a las actividades fiscalmente estimuladas, y en consecuencia, no tiene derecho al Régimen Tributario Especial de que trata el artículo 19 del Estatuto Tributario...” (Negrilla fuera de texto)

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C P. Delio Gómez Leyva. Bogotá D C. 30 de marzo de 2001. Rad: 25000-23-27-000-1999-0513-01(11684)

Rad. 002-2011-00317-00 (Tributario)
 Dte: Club Náutico
 Ddo: Dian

Lo probado.

En este caso, la Sala atendiendo el acervo probatorio allegado al expediente y de acuerdo con los argumentos esgrimidos por cada una de las partes; desatacara las piezas procesales pertinentes que permitirán resolver la contienda, para ello se tiene:

Se encuentra probado con el certificado de existencia y representación de entidades sin ánimo de lucro, expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena, que el objeto social de la entidad actora, es **"a. Prestar servicio de recreación, turístico y deportivo a los miembros de la corporación y a extranjeros. b. Promocionar, desarrollar eventos recreativos, deportivos y culturales. c. Brindar servicio de hospedaje y restaurante de acuerdo a las decisiones de la junta directiva. d. y los que la junta directiva de la corporación autorice de acuerdo al objeto de la corporación.** (fl. 41-44 Cdno principal)

De la misma manera se acredita con base en los estatutos del "Club Náutico Punta Iguana", en su **Artículo 3º** que: **"La Corporación es un Club Social y Deportivo, ajeno a la política, constituido para fines recreativos y culturales, sin ánimo de lucro. No podrá tomar parte, en ninguna forma en debates de carácter político, racial, ni religioso y cuyos objetivos son:**

- **Prestar servicios culturales, recreativos, turísticos y deportivos a sus miembros.**
- **Promocionar y desarrollar eventos recreativos, deportivos y culturales.**
- **Brindar servicio de hospedaje y restaurante de acuerdo a las decisiones de la Junta Directiva.**
- **Realizar todas aquellas actividades que la Junta Directa autorice y que sean complementarios al objeto de la Corporación..."**

A reglón seguido observa la Sala en el mencionado estatuto el **CAPÍTULO IV** lo relativo a los visitantes, invitados y transeúntes que pueden ingresar al recitado club, así:

"Artículo 17. Son Visitantes de Canje los miembros de otros clubes, los cuales según lo que al respecto se establezca en los respectivos convenios de canje, tienen derecho de disfrutar temporalmente de los servicios del club, en las condiciones fijadas en los convenios de canje.(...)

Artículo 19. La Junta Directiva reglamentara las personas que puedan asistir al Club como invitados de cortesía u ocasionales, el procedimiento a seguir para gozar de este derecho o privilegio, así como la duración, periodicidad y demás condiciones pertinentes a que estarán sometidos. (...)

Artículo 21. Los invitados no podrán hacer invitaciones al Club, ni firmar vales y su derecho a disfrutar de las instalaciones y servicios del Club puede ser revocado por

Rad 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo. Dian.

la Junta Directiva, sin lugar a reclamación alguna, por su no cumplimiento a estos estatuto y a los reglamentos del Club. (...)

Artículo 22. Los transeúntes son aquellos (sic) personas no residentes en Colombia a quienes la Junta Directiva o el Presidente, por iniciativa propia o a solicitud de un socio otorgue esta calidad por un término que podrá exceder de cuatro (4) años y quienes tendrán el derecho a disfrutar de los servicios del Club, junto con su cónyuge e hijos menores de diez y ocho (18) años a pesar de no ser socios y de no haber pagado una cuota de admisión. Los transeúntes quedan sometidos a los Estatutos del Club."....

Seguidamente el **CAPÍTULO XIV** del susodicho estatuto aparece la reglamentación de las actividades deportivas en el siguiente tenor:

"Artículo 56. La Junta Directiva establecerá y fomentará en el Club los juegos que estime convenientes. Cada juego estará a cargo de un Comité nombrado por la Junta Directiva.

Artículo 57. Los Comités propondrán a la Junta Directiva las reglas y Reglamentos respectivos, y una vez aprobados por ella se mantendrán publicados en la Casa del Club.

Artículo 58. Las diferencias que puedan suscitarse en los juegos serán sometidas al Comité correspondiente y falladas en definitiva por la Junta Directiva.

Artículo 59. Los Comités estarán sujetos a los Reglamentos que les dicte la Junta Directiva, en los cuales se les asignarán sus atribuciones.

Artículo 60. Todo socio o persona que tome parte en los juegos, estará sujeto a los reglamentos vigentes en el Club. "

Que reposan las copias del libro de inventario y balance allegadas al expediente administrativo, donde claramente aprecia esta judicatura que la entidad actora percibió durante el año 2006, sumas por conceptos de costos de ventas, hoteles y restaurantes. (fl. 128 – 162)

De la misma manera se advierte copias de fotografía de las instalaciones del club demandante. (fl. 164-166)

Milita dentro del expediente administrativo constancia de iniciación de visita de inspección tributaria de fecha 9 de febrero de 2008, donde la entidad demandada plasmó: "Los funcionarios previo acuerdo con el contador y un representante de la firma de Auditores ANAYA Y ANAYA, se trasladan vía marítima a la isla de BARÚ, lugar donde queda ubicada el CLUB NÁUTICO PUNTA IGUANA, viaje cuya duración es de aproximadamente

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)
 Dte. Club Náutico
 Odo: Dian

una (1) hora; esto se hace necesario con el objetivo de tener una idea clara de la actividad económica que se desarrolla en el CLUB. En la práctica de la diligencia se toman fotografías y se les explica a los contadores que a juicio de los funcionarios es un CLUB PRIVADO y CERRADO, que debe tributar a la tarifa del 35%. Manifiestan los representantes (sic) de la CORPORACIÓN CLUB NÁUTICO PUNTA IGUANA, que ellos tributan al 20%, por haber sido reconocidos como entidad sin ánimo de lucro.

Caso Concreto

- **¿Pertenece al régimen especial de renta la sociedad actora conforme lo dispone el artículo 19 del Estatuto Tributario; pese a desarrollar al parecer actividades de hospedaje, restaurante y bar?, de no ser así, ¿se encuentra ajustada la liquidación oficial de revisión efectuada por la DIAN que consideró a la demandante como una sociedad limitada?**

Antes de dar respuesta al problema planteado, la Sala advierte en primer lugar que en el sub lite, no se discute la improcedencia de la deducción por el pago de la contribución de valorización por valor de \$26.804.798 (no corresponde al impuesto de renta) que se dejó señalada en el requerimiento especial, sino la modificación de la liquidación oficial de revisión realizada por la DIAN que fijó la suma de **\$165.163.000**, la cual deberá cancelar la actora por concepto del mayor saldo a pagar a título de impuesto sobre la renta año gravable 2006.

Así mismo, a juicio de la actora y que es sujeto de controversia además de la cifra descrita, es la conclusión a la que arribó la DIAN para considerar que la entidad actora no puede pertenecer al régimen especial de renta tributaria por no cumplir con los requisitos legales que dispone el artículo 19 del Estatuto Tributario y más bien la consideró para efectos de la liquidación de dicho tributo como una sociedad limitada y que debe tributar con base en el 35% de su patrimonio.

Al respecto la Sala después de revisar cada una de las piezas procesales allegadas como pruebas dentro del proceso y contrastadas con la normas referenciadas, concluye sin mayor discusión que la entidad actora no cumple con los requisitos que trae la norma (art. 19 del E.T.), dado que al comparar el objeto social de la entidad con los presupuestos legales, se denota que sus actividades como club no están encaminadas a prestar un servicio a la comunidad que satisfaga los intereses generales tal como lo expone el artículo 2 del Dto. 4400 de 2004, toda vez que de la lectura de los estatutos que rigen a la institución actora, claramente observa esta judicatura que el Club Náutico presta un servicio cultural, recreativo, turístico y deportivos a sus miembros, es decir, a los socios que a él pertenecen (art. 3 de estatuto de la demandante) y no a la comunidad en general.

De la misma manera se analiza en el Capítulo IV del mencionado estatuto, que solamente pueden ingresar y en consecuencia dar uso de las instalaciones de dicho club, los visitantes de canje, los invitados y los transeúntes; estos últimos podrían ser extranjeros o

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo: Dian

aquellos colombianos no residentes en el país; pues al verificar cada una de las definiciones de estos sujetos que tienen acceso a las instalaciones, se puede concluir que el estatuto o las normas internas del mencionado club, no acogen por ningún lado la participación y en consecuencia el acceso de los miembros de la comunidad que habitan en sus alrededores, como tampoco los vinculan en las diversas actividades y servicios que presta dicho club.

Llama la atención esta Sala que el mencionado club considera que si presta un servicio de interés general, pero lo curioso es que no expone entre sus argumentos la forma o los parámetros donde le brinde a la comunidad en general y no solamente a los miembros del club (socios y familiares), la prestación de este servicio, puesto que como bien lo explica la demandada nada más el viaje a sus instalaciones dura aproximadamente una (1) hora; hecho que desde el punto de vista de la Sala deja entrever la dificultad para acceder a las instalaciones del club; aparte de que no se trajo al plenario prueba alguna tendiente a demostrar que se ofrecieran sus servicios a la comunidad en general a un grupo poblacional distinto de sus asociados y miembros de canje lo que sin lugar a dudas desdibuja lo preceptuado en la norma y que lleva a determinar que la sociedad actora no tiene como finalidad a través de su actividad prestar un servicio en general a la comunidad.

Nótese que el artículo 2 del Dto. 4400 de 2004, desarrolla cada una de las características que tiene el artículo 19 del Estatuto Tributario en su objeto social, y de la mencionada norma se puede extraer sin mayor análisis que **"Las actividades son de interés general cuando beneficien a un grupo poblacional, como un sector, barrio o comunidad. Se considera que la entidad sin ánimo de lucro permite el acceso a la comunidad, cuando hace oferta abierta de los servicios y actividades que realiza en desarrollo de su objeto social, permitiendo que terceros puedan beneficiarse de ellas, en las mismas condiciones que los miembros de la entidad, o sus familiares;** es decir, que la entidad sin ánimo de lucro y que pertenece al régimen tributario especial, permite a la comunidad en general dar uso de sus instalaciones, servicios en desarrollo de su actividad social; contrario a ello, entonces no sería una entidad llamada a tener un régimen especial de tributación, puesto que su objetivo no tiene razón de ser para el bienestar de la sociedad en general; lo mismo ocurre para las otras actividades que establece la norma por cuanto no cumplen con la finalidad determinada por el legislador para otorgar estos beneficios.

Lo anterior cobra más soporte cuando al verificar el capítulo XIV del estatuto de la demandante, preceptúa la forma como se fomentarán los juegos o deportes dentro de dicha entidad, pues en ningún aparte fija el procedimiento que se ha de realizar a fin de vincular a la comunidad, no siguiendo de esta manera lo señalado por el legislador, pues de todos los argumentos que expuso la demandante siempre perdió de vista el servicio social que se debe prestar a la comunidad, solamente se dedicó a exponer que el club pertenece a los socios y que estos utilizan el servicio de hospedaje porque no puede regresar el mismo día a sus residencias o ciudades de origen, lo que sin lugar a dudas

Rad. 002-2011-00317-00 (Tributario)
Dte: Club Náutico
Ddo. Dian

conlleva concluir que la actividad desarrollada por la actora nada tiene ver con la prestación del servicio a nivel general.

Por otro lado, sin perder el orden de la controversia, el objeto social principal de la entidad en armonía con el estipulado en el artículo 19 del Estatuto, a juicio de la Sala no guarda relación con lo dispuesto por el legislador; puesto que si bien el certificado allegado por la actora determina que el objeto social de dicho club, radica en la prestación del servicio de recreación, turístico y deportivo a los miembros de la corporación (visitantes de canje, invitados y transeúntes), hay una cosa muy clara y es que este servicio no es el objeto social principal, dado que teniendo en cuenta las copias de los libros de balance allegados al expediente administrativo, comparte la Sala argumentos de la DIAN, al considerar que el objeto social principal en este caso es el servicio de hospedaje y restaurante, dado el balance que mostró la entidad en su contabilidad, arroja que la mayor parte de sus ingresos se perciben es por estos concepto; no obstante, lo que más extraña a la Sala, es justamente que ni siquiera este servicio se le presta a la comunidad en general sino solamente a los miembros del club cuando al parecer no pueden regresar a sus sitios de origen, lo que soporta aún mas que al ser éste su objeto principal, con mayor razón se colegir que la actora igualmente no cumple con el literal a) del numeral 1 del artículo 19 de Estatuto Tributario.

De otra parte, la demandante igualmente no cumple con lo indicado en el literal c) de la norma de referencia, como quiera que no demostró dentro del proceso, que sus ingresos por concepto de su objeto social, distintos al hospedaje y restaurante, se destinaran al desarrollo de las actividades deportivas, educación, cultura, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o programas de desarrollo social, que le dieran luz a esta Sala que su actuar esta encaminado a la prestación del servicio social; pese a que la demandante manifiesta tener biblioteca destinada al fomento de la actividad cultural, a realizar donaciones a la fundación fe y alegría para el fomento de la educación, hecho que en este caso no se probó, lo que hace notar que la actuación de la demandante, en ningún momento esta encaminada al desarrollo de actividades de tipo social.

En resumen a todo lo desarrollado previamente, la Sala concluye que en este caso no se puede acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que la actividad desarrollada por la entidad demandada, no cumple con requisitos que dispone el numeral 1 del artículo 19 del Estatuto Tributario, dado que su objeto social no guarda armonía con lo establecido en dicha norma, puesto que su actividad económica tiene soporte es en la prestación del servicio de hospedaje y restaurante y no en actividades de tipo social; así mismo que no presta un servicio de intereses general, por cuanto solamente tienen acceso a dicho club únicamente los miembros que pertenecen al club y mucho menos demostró que los ingresos percibidos por concepto de su actividad económica fueren reinvertido con base a lo desarrollado en su objeto social; circunstancia que a toda luz, conduce a esta Corporación a deprecar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Rad: 002-2011-00317-00 (Tributario)

Dte: Club Náutico

Odo: Dian

En esa medida dando respuesta al problema jurídico planteado concluye la Sala que la actora no pertenece al régimen especial de tributación y en consecuencia la liquidación efectuada por la entidad demandada se encuentra ajustada a derecho en virtud que la demandante no cumple con lo dispuesto en el artículo 19 del Estatuto Tributario.

Así las cosas se reitera que se negaran las pretensiones de la demanda, no sin antes advertir que la Sala no condenará en costas a la parte actora, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandado.

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y devuélvase el remanente si lugar a ello.

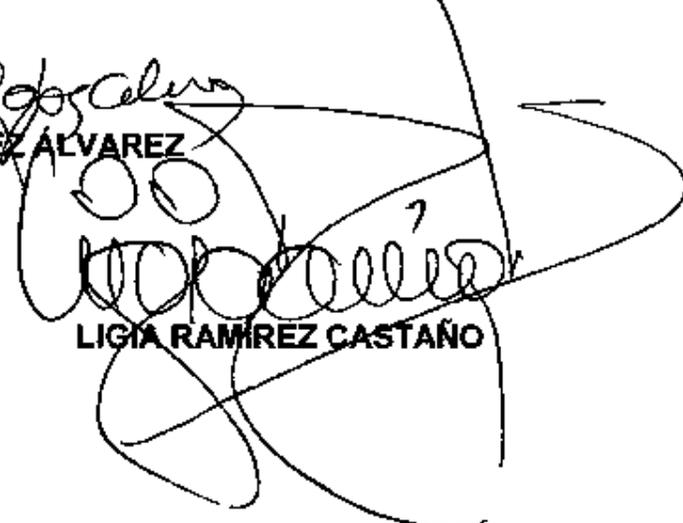
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0057

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: E-S-E HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2007-00866-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

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

Sentencia de Primera Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-23-31-004-2007-00866-00
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Demandado : DIAN

Tema: Sanción por no entrega de información en medio magnético. (Tributario)

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA 9537, emanado del Consejo Superior de la Judicatura y la Circular No. 013 de 2012 del Consejo Seccional de la Judicatura, procede a decidir la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por la ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS contra la DIAN.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS, interpone demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

Primero: Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 06064200600052 del 19 de septiembre de 2006** "Por medio de la cual se impone la sanción pecuniaria a la sociedad Empresa Social del Estado Hospital Local Cartagena de Indias; y la **Resolución No. 060662007000003 del 31 de julio de 2007**, que resolvió el recurso de reconsideración confirmando la decisión inicial. Todas ellas proferidas por la entidad demandada.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la demandada reintegrar a la actora la suma de dinero que ésta hubiere pagado o llegare a pagar con ocasión del cumplimiento de las resoluciones acusadas, debidamente indexadas, más

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo. Dian.

los intereses de rigor. Así mismo se condene a la DIAN al pago de los perjuicios materiales que se generaron con la expedición de los actos. Que se condene en costas y que se le dé cumplimiento a la sentencia conforme lo disponen los artículos 171, 176, 177 del C.C.A.

HECHOS

En resumen son los siguientes:

1. Narra la demandante que mediante Resolución No. 060632006000077 del 14 de marzo de 2006, el Jefe de Grupo de Gestión de la División de Fiscalización Tributaria – DIAN, formuló pliego de cargos contra la demandante por haber incurrido en supuestos hechos sancionables identificados como “9. *Información o pruebas no suministradas, información suministrada en forma extemporánea o errores en la información, o no corresponden a la solicitada*” en el expediente No. 11-2002-2006-546.
2. Luego, el Jefe de la División de Liquidación Tributaria de la DIAN, expide la Resolución No. 060642006000052 del 19 de septiembre de 2006, a través de la cual impone sanción pecuniaria a la actora. Contra dicho acto administrativo, se interpuso recurso de reconsideración en razón a las falencias que se presentaban “*Inexistencia de la violación de la norma por cumplimiento del deber de entregar la información del periodo gravable 2002 en medio magnético y por violación del debido proceso por vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de inexcusabilidad del cumplimiento de la ley independientemente de su conocimiento. Aplicación del principio de igualdad.*”
3. Señala la libelista que el recurso fue resuelto a través de la Resolución No. 060662007000003 del 31 de julio de 2007, confirmando en todas sus partes la decisión inicial. No obstante, advierte que paralelamente el Jefe de Grupo de la División de Fiscalización Tributaria de la DIAN, profiere Auto de Archivo No. 060632004001487 del 25 de octubre de 2004, mediante el cual ordena archivar el expediente YO 2002 2004 1744 a nombre del contribuyente ESE Hospital Local Cartagena de Indias, por violación a la seguridad jurídica y el cual se había iniciado por idénticas motivaciones y fundamentos que dieron origen al expediente 11-2002-2006-546, es decir, “9. *información o pruebas no suministradas, información suministrada en forma extemporánea o errores en la información, o no corresponde a la solicitada*”.
4. Que pese a ser idénticas las motivaciones y fundamentos, la DIAN reconoce la violación al principio de seguridad jurídica en un evento y no frente a la investigación que dio como resultado la sanción que se demanda, incurriendo así en múltiples y graves vicios en su formación y en su contenido de los cuales deviene su nulidad absoluta, por haber sido expedidas infringiendo normas superiores en las cuales debían fundarse, por violación del régimen de

Rad: 004-2007-00866-00
Dte. ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

atribuciones y competencias del funcionario que expidió los actos, por haber sido expedidas con falsa motivación en unos casos y por falta de motivación entre otros, con vicios de procedimiento, y con desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa, o lo que es igual, con flagrante violación al debido proceso.
(fl. 1-4)

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Aduce la actora, que la entidad demandada, con la expedición del Acto en cita viola las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Art. 2, 4, 6, 13, 29, 83, 90, 121, 122, 209 de la Carta Política.

Legales: Arts. 1 al 74, 82, 83, 85, 135, 136, 137, 138, 139, 206 y ss del C.C.A. Mod., por el Dto. 2304 de 1989 y la Ley 446 de 1998; Arts. 1 al 4 de la Ley 489 de 1998.

Aduce que los actos acusados violan la disposición anterior por lo siguiente:

- *Inexistencia de la violación de la norma por cumplimiento del deber de entregar la información del periodo gravable 2002 en medio magnético.*

Señala que la demandante se le impuso una sanción equivalente a \$234.800.000, por el presunto incumplimiento de entregar la información en medio magnético, siendo que la actora se encontraba en la obligación de aportar tales medios a más tardar el día 21 de abril de 2003.

Que dicho incumplimiento no es correcto, dado que la copia de la Carta GJSG -201-06 de abril 5 de 2006, remitida por la Fiduciaria en la cual explica el allanamiento al deber legal cuyo incumplimiento reclama hoy la DIAN, en desarrollo del contrato de encargo fiduciario de administración y pago suscrito el 18 de octubre de 2000 entre la ESE demandante y la fiduciaria Tequendama hoy Fiduciaria GNB Sudameris S.A.

Que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 102 del Estatuto Tributario, la fiduciaria cumplió con su deber de presentar la información exógena a la DIAN única y exclusivamente sobre los pagos a terceros y las retenciones practicadas a estos por el periodo gravable 2002, que incluye la información de todos los fideicomisos administrados por la fiduciaria entre ellos el de la demandante.

En ese sentido, afirma la actora que sí se ha cumplido con la obligación contenida en los artículos 631 y 651 del Estatuto Tributario de remitir en medio magnético la información del año gravable 2002, en concordancia con la Resolución No. 10540 de 2002.

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian

- *Violación del debido proceso por vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de inexcusabilidad del cumplimiento de la ley independientemente de su conocimiento. Aplicación del principio de igualdad.*

Que con la sanción impuesta se vulneró el debido proceso de la actora, toda vez que la DIAN, generó una inseguridad jurídica en relación con la norma aplicable al caso concreto, como bien lo ha reconocido la entidad tributaria en diversas oportunidades y en el caso específico en la Resolución No. 0020 de septiembre 15 de 2006. *"Por la cual se revoca de oficio un acto administrativo"*.

Que la situación jurídica y fáctica expuesta en la resolución de referencia es idéntica a la que debe aplicarse en el caso que ocupa, con base en el pliego de cargos dado que: (i) En ambos casos se trata de la investigación por el supuesto incumplimiento a la obligación del contribuyente de suministrar la información del año gravable 2002 en medio magnético o electrónico. (ii) En ambos casos se dio aplicación a los artículos 1º de las Resoluciones 10537 y 10540 de 2002 (iii) En ambos casos se causa un agravio injustificado al contribuyente. Téngase en consideración que con la Resolución No. 0020 de septiembre 15 de 2006, se corrige el perjuicio ocasionado a la ESE Hospital Local de la Esperanza por omisiones del año gravable 2002 y con la resolución impugnada se genera un perjuicio por el mismo año gravable 2002 a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias que antes era la ESE Hospital Local de la Esperanza. (fl. 5-7)

DEFENSA

El apoderado judicial de la DIAN, se opuso a las pretensiones de la demanda señalando lo siguiente:

Considera la entidad demandada que la obligación de informar por parte de la ESE demandante surge es por el monto del patrimonio bruto del año anterior, ya que los ingresos los reporta la fiduciaria.

Que teniendo en cuenta la norma y la certificación remitida por la Fiduciaria GNB Sudameris S.A. esto es la carta GJSG-2010-06 del 05 de abril de 2006, se infiere con claridad, que la sociedad fiduciaria presentó la información exógena a la DIAN, única y exclusivamente sobre los pagos a terceros y las retenciones practicadas por estos, por el año gravable 2002, bajo el NIT. 830.054.357-7, de fideicomisos GNB Sudameris S.A., que incluye todos los fideicomisos administrados por ella, entre los que se encuentra el contrato de encargo fiduciario celebrado con la ESE Hospital Local Cartagena de Indias; y señalando que lo realizó en cumplimiento de las normas tributarias y conforme al objeto del contrato, pero solo respecto del contrato de encargo fiduciario de la administración y pago, pero no la información relacionada con el patrimonio bruto. Es decir, a juicio de la DIAN la fiduciaria presentó la información de todos los fideicomisos administrados por ella, en cumplimiento de la obligación formal de informar, pero no en nombre y representación de la demandante como lo pretende hacer valer.

Rad 004-2007-00856-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

Que el literal f) del artículo 1º de la Resolución No. 10147 de 2005, señala como sujetos obligados a presentar información a las Sociedades Fiduciarías, las cuales deberán informar, bajo su propio NIT y razón social, la totalidad de los patrimonios autónomos administrados durante el año 2005, lo cual no exime de la obligación de informar, si es del caso a la sociedad que constituyó el patrimonio autónomo mediante el contrato de fiducia mercantil; lo que infiere la demandada que el hecho de que la sociedad fiduciaria presente la información de los patrimonios autónomos administrados por ella, no exime a la demandante de la obligación de informar.

Que la demandante poseía según la declaración de ingresos y patrimonio del año gravable de 2001, un patrimonio bruto por valor de \$3.251.202.000, por lo que se encontraba obligada a suministrar la información y no por los ingresos.

Que la actora incurrió en la primera de las conductas del artículo 651 del Estatuto Tributario, en la medida que omitió suministrar información en los plazos, términos y condiciones señaladas en la Resolución No. 10537 del 29 de octubre de 2002, por lo tanto se hizo acreedora de la sanción establecida en la norma tributaria.

Finalmente en cuanto a la violación del debido proceso por vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de inexcusabilidad del cumplimiento de la ley independientemente de su conocimiento y aplicación del principio de igualdad, fundamentado en la Resolución 020 de 15 de septiembre de 2006, que en caso idéntico revocó de oficio un acto administrativo, de la actora; responde que el error en derecho no genera derechos y que las resoluciones 10537 y 10540 de octubre 29 de 2002, son coherentes y complementarias en cuanto a los ingresos, no generan inseguridad jurídica y se encuentran vigentes.

Advierte que en las dos resoluciones en cita se mantiene la cuantía del patrimonio bruto para suministrar la información, modificándose únicamente el rango de ingresos, no se genera la inseguridad por el hecho de que se expidan las dos resoluciones el mismo día y es claro que al cumplir el Hospital con los topes de patrimonio bruto para suministrar la información ha debido entregar la obligación señalada en las dos resoluciones; le bastaba con cotejar su patrimonio bruto del año anterior con el exigido en cualquiera de las relaciones para concluir sin ningún esfuerzo que le asiste la obligación tributaria.

Que por el hecho de que se hubiese archivado un caso semejante, no igual, al debatido no es óbice para argumentar violación al debido proceso, ya que la actuación administrativa se fundamenta en normas vigentes y aplicables al caso en concreto, y no en actuaciones que presentan errores.

Que la mencionada inseguridad no se presenta, ya que de haberse presentado ningún contribuyente hubiese entregado la información en medios magnéticos, los contribuyentes obligados a entregar la información en medio magnético cumplieron con su deber legal y solamente aquellos que incumplieron fueron objeto de sanción, la

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo. Dian.

inseguridad no puede predicarse, ya que la misma implicaría que ningún contribuyente presentase la información. (fl. 185-193)

ALEGATOS

En el sub lite, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el señor Procurador Judicial delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, no rindió concepto.

ACTUACIÓN PROCESAL.

En el presente asunto, la demanda fue admitida mediante providencia de fecha 06 de agosto de 2009. (fl. 180-181).

Luego, el proceso se fija en lista el día 3 de diciembre de 2009. (fl. 181 al reverso)

Mediante auto del 09 de julio de 2010, se abrió a pruebas el proceso (fl. 204-207) y a través de providencia adiada 3 de noviembre de 2011 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 283-284).

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, entra a Sala el expediente para resolver de fondo el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 4 del Artículo 132 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer el presente asunto, en virtud de que se discute el monto de una obligación tributaria y la cuantía excede los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

Caducidad

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. **060662007000003 del 31 de julio de 2007**, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, se notificó personalmente a la actora el día 15 de agosto de 2007 (fl. 169) y la demanda se impetró el día 14 de diciembre de 2007; es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian

Acto Acusado

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 06064200600052 del 19 de septiembre de 2006**, *"Por medio de la cual se impone la sanción pecuniaria a la sociedad Empresa Social del Estado Hospital Local Cartagena de Indias"*.
- **Resolución No. 060662007000003 del 31 de julio de 2007**, a través de la cual se resuelve el recurso de reconsideración confirmando la decisión inicial. Todas ellas proferida por la entidad demandada.

Problema Jurídico.

- ¿Está exceptuada la entidad demandante, de informar en medio magnético ante la administración tributaria los ingresos y patrimonios del año gravable 2002, debido a que la entidad fiduciaria que administra su patrimonio autónomo previamente bajo su NIT presentó la correspondiente declaración por dicho periodo?
- ¿Vulneró la administración tributaria los derechos fundamentales de la actora por la no aplicación al caso particular del contenido de la Resolución No. 0020 del 15 de septiembre de 2006, mediante la cual se revoca de oficio un acto administrativo?

La Sala previo a resolver los interrogantes planteados encuentra pertinente traer a colación la normatividad aplicable al caso, en aras de verificar posteriormente si la decisión adoptada en sede administrativa se ajustó a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; seguidamente destacara el acervo probatorio, para finalmente desarrollar la solución del caso concreto.

Marco Normativo.

El artículo 23 del Estatuto Tributario, predica que no son contribuyentes del impuesto sobre la renta, entre otros **los hospitales** que estén constituidos como personas jurídicas sin ánimo de lucro; a su vez, el parágrafo 1 del artículo 574 ibídem, establece que las entidades no contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, deberán presentar una declaración anual **de ingresos y patrimonios** salvo las exceptuadas en el artículo 598 del dicho estatuto.

En esa medida, en el caso particular concluye la Sala que la Empresa Social de Estado Hospital Local Cartagena de Indias, por disposición legal se encuentran exenta de pagar el impuesto sobre la renta y complementario, pero le asiste la obligación de

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

presentar ante la administración tributaria una declaración anual sobre los ingresos y patrimonios que esta posea.

Ahora bien, sobre la declaración anual de ingresos y patrimonios, el Estatuto Tributario en su artículo 598, prevé claramente que están obligadas a presentar declaración de ingresos y patrimonios, todas aquellas entidades no contribuyentes del impuesto sobre la renta, con excepción de la Nación, Departamentos, Municipio y Distrito Especial de Bogotá, así como las juntas de acción comunal, defensa civil, sindicatos, asociaciones de padres de familia, junta de copropietarios de edificios organizados en propiedad horizontal, las asociaciones de hogares comunitarios y hogares infantiles del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y las asociaciones de adultos mayores autorizados por el ICBF.

Por otra parte, el artículo 599 del mencionado estatuto señala los parámetros que debe contener esta declaración, tal es el caso de (i) el formulario determinado por la Dirección General de Impuestos Nacionales debidamente diligenciado (ii) la información necesaria para la identificación y ubicación de la entidad no contribuyente (iii) la discriminación de los factores para determinar el valor de los activos, pasivos, patrimonio, ingresos, costos y gastos. (iv) la liquidación de las sanciones cuando fuere del caso. (v) la firma de quien cumpla el deber formal de declarar (vi) la firma del Revisor Fiscal, cuando se trate de entidades obligadas a llevar libros de contabilidad y que de conformidad con el código de comercio y demás normas vigentes sobre la materia, estén obligadas a tener revisor fiscal.

No obstante lo descrito y pese a que el no contribuyente presente su declaración de ingresos y patrimonio ante la administración tributaria, dicha actuación no imposibilita a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que posteriormente realice estudios y cruces de información en aras de ejercer el debido control de los tributos por ella recaudado; en efecto el artículo 631 del Estatuto Tributario dispuso:

"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...*

(...)

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). *<Literal modificado por el artículo ■ de la Ley 223 de 1995. Valores absolutos que regirán para el año 2001 establecidos por el artículo 3 del Decreto 2661 de 2000. Ver Notas de Vigencia sobre los valores absolutos para años posteriores. El nuevo texto es el siguiente:> 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 diecinueve millones cien mil pesos (\$19.100.000); con indicación del concepto, retención en la fuente practicada e impuesto descontable.*

(...)

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..”*

En armonía con la norma descrita, la **Resolución No. 10537 del 29 de octubre de 2002**, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, aplicable al caso particular, estableció para el año gravable 2.002 el grupo de personas naturales, personas jurídicas y demás entidades, que debían suministrar la información a que se refieren los literales a, d, e, f, h, i, del artículo 631 del Estatuto Tributario, a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; se señalan los formatos y especificaciones técnicas del medio magnético para la correspondiente presentación y se fijan los plazos para la entrega.

Así, el artículo primero de la mencionada resolución dispuso:

Rad: 004-2007-00866-00
 Dte. ESE Hospital Local Cartagena de Indias
 Ddo: Dian.

"Artículo 1°: Sujetos Obligados e Información a Suministrar:
Las personas naturales, personas jurídicas y demás entidades, que se relacionan a continuación y que en el último día del año gravable 2.001 hubieren poseído un patrimonio bruto superior a tres mil ciento setenta y ocho millones cien mil pesos (\$3.178.100.000), o cuando los ingresos brutos de dicho año hubieren sido superiores a seis mil trescientos cincuenta y seis millones trescientos mil pesos (\$6.356.300.000), deberán presentar por el año gravable 2.002 la siguiente información en medio magnético:

a. Están obligadas a suministrar la información de que trata el literal a) del artículo 631 del Estatuto Tributario, las Personas Jurídicas con ánimo de lucro obligadas a presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios.

b. Están obligadas a suministrar la información de que tratan los literales d), e), f), h), i), del artículo 631 del Estatuto Tributario, las Personas Jurídicas calificadas o no como Grandes Contribuyentes obligadas a presentar declaración del impuesto sobre la Renta y Complementarios o de Ingresos y Patrimonio, sean Entidades Públicas o Privadas y las Personas Naturales obligadas a presentar declaración del impuesto sobre la Renta y Complementarios.

c. Están obligados a suministrar la información de que trata el literal e), del artículo 631 del Estatuto Tributario, los Consorcios y Uniones Temporales y los entes públicos del nivel nacional y territorial, de los órdenes central y descentralizado no obligados a presentar Declaración de Ingresos y Patrimonio contemplados en el artículo 22 del Estatuto tributario. Las cuantías de patrimonio bruto o de ingresos brutos, para que los mencionados entes públicos estén obligados a suministrar la información, son las establecidas en el artículo primero de la presente Resolución, tomadas al 31 de Diciembre de 2.001 del saldo reflejado por dichas cuentas en el Plan General de Contabilidad Pública..."

Se desprende entonces de las normas en cita 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.

Ahora como toda obligación viene seguida de una sanción por su incumplimiento, el ordenamiento jurídico previó en el artículo 651 del recitado estatuto la sanción de los contribuyentes y no contribuyentes por no cumplir con el deber de informar en los siguientes términos:

"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:*

Rad 004-2007-00866-00
 Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
 Ddo Dian.

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)

De lo anterior se concluye que son cuatro los supuestos de hechos que trae la norma en cita para que proceda la sanción tributaria, los cuales son:

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.

Finalmente y como quiera que en el caso particular la entidad demandante trae a colación la actuación de la entidad fiduciaria encargada de la administración de su patrimonio autónomo, constituido mediante contrato de encargo fiduciario entre la fiduciaria Tequendama S.A. y la Empresa Social del Estado Hospital Local de la Esperanza (hoy Hospital Local Cartagena de Indias) el día 18 de octubre de 2000, prorrogado el día 4 de octubre de 2001 (fl. 122-136), advierte la Sala que el numeral 5º del artículo 102 del Estatuto Tributario establece:

"ARTICULO 102. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL. <Artículo modificado por el artículo 81 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:

5. <Numeral modificado por el artículo 82 de la Ley 488 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:>

<Inciso modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las sociedades fiduciarias deben cumplir con los deberes formales de los patrimonios autónomos que administren. Para tal fin, se le asignará a las sociedades fiduciarias, aparte del NIT propio, un NIT que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administren. El Gobierno Nacional determinará adicionalmente en qué casos los patrimonios autónomos administrados deberán contar con un NIT individual, que se les asignará en consecuencia.

Inciso modificado por el artículo 127 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las sociedades fiduciarias presentarán una sola declaración por los patrimonios autónomos que administren y que no cuenten con un NIT individual. En estos casos la sociedad fiduciaria tendrá una desagregación de los factores de la declaración atribuible a cada patrimonio autónomo a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para cuando esta lo solicite.

Cuando se decida que uno o varios patrimonios autónomos tengan un NIT independiente del global, la sociedad fiduciaria deberá presentar una declaración independiente por cada patrimonio autónomo con NIT independiente y suministrar la información que sobre los mismos le sea solicitada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los fiduciarios son responsables, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones.

Con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán atender el pago de los impuestos de ventas, timbre y de la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y actualización por inflación, cuando sean procedentes.

Cuando los recursos del fideicomiso sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos retenciones y sanciones.

Rad 004-2007-00866-00
 Dte. ESE Hospital Local Cartagena de Indias
 Ddo. Dian

Cabe hacer énfasis en esta normatividad, por cuanto las sociedades fiduciarias encargadas de administrar los patrimonios autónomos encomendados por otras entidades, les asiste igualmente la obligación de informar a la administración tributaria todo lo concerniente a la administración de estos recursos, sin que ello, no implique el deber que le asiste a la entidad respectiva dueña de su patrimonio de suministrar la información necesaria sobre sus bienes a la administración, por cuanto siguiendo la disposición legal, es deber de todo contribuyente y no contribuyente suministrar la información exigida por la administración tributaria, para efectos de ejercer el control sobre los tributos.

En efecto así lo dejó ver la demandada en sus argumentos cuando trajo a colación lo dispuesto en el Oficio No. 083812 del 28 de septiembre de 2006 que señaló:

"Cabe anotar que el literal f) del artículo 1º incluye como sujetos obligados a presentar información a las Sociedades Fiduciarias, las cuales deberán informar, bajo su propio NIT y razón social, la totalidad de patrimonios autónomos administrados durante el año 2005, lo cual no exime de la obligación de informar, si es del caso, a la sociedad que constituyó el patrimonio autónomo mediante el contrato de fiducia mercantil"

Lo probado.

Dentro del proceso la Sala encuentra probado que mediante auto de apertura No. 060632006000546 del 08 de marzo de 2006, la DIAN ordenó iniciar investigación a las personas o entidades que omitieron cumplir con la obligación de informar entre ellas la ESE Hospital Local Cartagena de Indias. (fl. 79-80)

Reposa igualmente a folio 93 liquidación de la sanción por no informar por parte de la demandada en donde señala lo siguiente:

Formula No. 1		Formula No. 2	
Patrimonio bruto año 2001	3.251.202.000	Patrimonio bruto año 2001	3.251.202.000
Ingresos netos año 2001	5.175.739.00	Ingresos netos año 2001	5.175.739.00
Ingresos netos año 2002	14.874.057.000	0.5% de los ingresos netos	25.878.685
Total costos año 2002	9.885.953.000	Monto sanción	25.878.925
Total deducciones año 2002	3.580.007.000		
Cuentas por cobrar 2002	3.478.684.000		
Cuentas por pagar 2002	2.526.283.000		
Total base de liquidación	34.345.164.000		
5% de todos los conceptos	1.717.258.200		
Monto sanción	234.800.000		

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

Milita a folio 120-121, copia del oficio No. GJSG-201-06 de abril 5 de 2006, expedida por la Fiduciaria GNB Sudameris, donde le informa al Hospital Local Cartagena de Indias, que *"De conformidad con lo establecido en el contrato de encargo fiduciario en mención y lo preceptuado por el artículo 102 del Estatuto Tributario Nacional, la Fiduciaria cumplió con su deber de presentar la información exógena a la DIAN única y exclusivamente sobre los pagos a terceros y las retenciones practicadas a estos por el periodo gravable 2002 bajo el Nit. 830.054.357-7 correspondiente a Fideicomisos Fiduciaria Tequendama hoy Fideicomisos GNB Sudameris, el que incluye la información de todos los fideicomisos administrados por la Fiduciaria, encontrándose en dicha información lo concerniente al encargo fiduciario constituido mediante contrato de encargo fiduciario del 18 de octubre de 2000 y otrosí del 4 de octubre de 2001, celebrado con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE LA ESPERANZA (HOY HOSPITAL LOCAL DE CARTAGENA DE INDIAS)*

Se allega de la misma manera, el contrato de encargo fiduciario celebrado entre la Fiduciaria Tequendama S.A. (hoy Sudameris) y la Empresa Social del Estado Hospital Local de la Esperanza. (fl. 122-137)

De otra parte observa la Sala que la entidad demandada a folio 219 allega al proceso el expediente administrativo No. OY 2002 2004 1744, mediante el cual se le solicitó a la entidad demandada la declaración relacionada con los ingresos y patrimonios del año gravable 2002 y 2003, el cual culminó con el auto de archivo No. 06 063 2004 1487 del 25 de octubre de 2004 (fl. 233-234) que decidió archivar el expediente de referencia porque la entidad demandada suministró las declaraciones respectivas de los años 2000 a 2003 y en fracción 2004, pero haciendo salvedad que *"el presente auto de archivo es por el programa OY, siempre que exista materia revisable y la Administración Tributaria cuente con el término de revisión, podrá en cualquier tiempo iniciar una nueva investigación."*

En cuanto a la prueba testimonial

Encuentra la Sala que durante el presente proceso se practicaron dos pruebas testimoniales visibles a folios 250 – 255; así mismo, se observa que la parte demandada tacho de sospechosos a estos testigos y que dicha solicitud se resolvería en la sentencia.

Respecto de este tópico es oportuno precisar que se considera irrelevante el estudio de la tacha de testigo propuesta por la parte demandada, dado que, sin mayores discusiones resulta evidente que la prueba testimonial en este caso resulta ser impertinente e inconducente, como quiera que no guarda armonía con lo que se debate en este escenario, lo cual es determinar si la entidad actora tenía el deber o no de informar en medio magnético los ingresos y patrimonio del año gravable 2002; problema jurídico que se puede resolver teniendo en cuenta las pruebas documentales allegadas al proceso y lo dispuesto en la norma, por lo que en ese orden se trata de un asunto de

Rad: 004-2007-00866-00
Dte. ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian

pleno derecho que no necesita de testimonios, si el operador jurídico solamente ha de verificar si la demandante cumplió o no con lo dispuesto en el ordenamiento legal.

En esa medida esta Sala de Decisión desecha esta prueba y continúa su estudio con los demás documentos obrantes en el proceso.

Caso Concreto

- **¿Está exceptuada la entidad demandante, de informar en medio magnético ante la administración tributaria los ingresos y patrimonios del año gravable 2002, pese a que la entidad fiduciaria que administra su patrimonio autónomo previamente bajo su NIT presentó la correspondiente declaración por dicho periodo?**

De conformidad con lo dispuesto en el marco normativo en cita, a juicio de la Sala de decisión, la entidad demandante no está exceptuada de informar en medio magnético la información solicitada por la administración tributaria relativa a la declaración de los ingresos y patrimonio del año gravable 2002, como quiera que claramente el legislador determinó que los no contribuyentes (del impuesto de renta y complementarios) tienen el deber legal de suministrar toda la información necesaria por el año gravable que solicite la administración tributaria para efectos de controlar el recaudo de los tributos.

Así mismo y siguiendo lo dispuesto en el artículo 631 del Estatuto Tributario en armonía con la Resolución No. 10537 del 29 de octubre de 2002, la entidad demandante si era sujeto activo de esta obligación, dado que su patrimonio bruto para el año 2001 superó los \$3.178.100.000, toda vez que de acuerdo con el cuadro referenciado previamente, para ese periodo el patrimonio bruto de la actora fue de **\$3.251.202.000**, hecho que no ha sido desconocido por parte de la demandante, dado que en su introductorio nada dijo con relación a esta afirmación, por el contrario escudo su obligación en la declaración que presentó la entidad fiduciaria.

En esa medida al confrontar lo establecido en el ordenamiento con las pruebas allegadas al proceso, no cabe la menor duda que a la entidad demandante le correspondía cumplir con la obligación tributaria de informar y suministrar en medio magnético lo concerniente a los ingresos y patrimonio del año gravable 2001.

Ahora bien, esclarecido lo anterior, advierte la Sala que la demandante manifestó en sus argumentos que ella si cumplió con la obligación de referencia, por cuanto la entidad fiduciaria que administra diversos patrimonios autónomos entre ellos el de la actora, previamente había suministrado al parecer la información de los ingresos de la demandante ante la administración tributaria; sin embargo esta última consideró que efectivamente la entidad fiduciaria presentó la declaración, pero lo hizo con base en todos los patrimonios que ella administra y bajo su propio Nit.

Rad: 004-2007-00866-00
Dte ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

Veamos; aduce la actora que si con cumplió con el deber informar allegando copia del oficio No. GJSG-201-06 de abril 5 de 2006, donde la Fiduciaria GNB Sudameris informa a la demandante: *"De conformidad con lo establecido en el contrato de encargo fiduciario en mención y lo preceptuado por el artículo 102 del Estatuto Tributario Nacional, la Fiduciaria cumplió con su deber de presentar la información exógena a la **DIAN única y exclusivamente sobre los pagos a terceros y las retenciones practicadas a estos por el periodo gravable 2002 bajo el Nit. 830.054.357-7 correspondiente a Fideicomisos Fiduciaria Tequendama hoy Fideicomisos GNB Sudameris, el que incluye la información de todos los fideicomisos administrados por la Fiduciaria, encontrándose en dicha información lo concerniente al encargo fiduciario constituido mediante contrato de encargo fiduciario del 18 de octubre de 2000 y otros del 4 de octubre de 2001, celebrado con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE LA ESPERANZA (HOY HOSPITAL LOCAL DE CARTAGENA DE INDIAS)***

Ahora de acuerdo al expediente administrativo, el NIT que identifica a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias es el No. 806.010.305, sin embargo es menester destacar de conformidad con lo señalado en el artículo 102 del Estatuto Tributario, que a las sociedades fiduciarias que administran patrimonios autónomos como el de la actora, se les asignara un NIT propio (patrimonio autónomo) distinto al que ellas tiene como sociedad para así poder realizar todas las operaciones concerniente a la administración de estos bienes.

Ahora en el sub lite, no se tiene certeza cuál es el NIT que identifica el patrimonio autónomo de la demandante, como se desconoce igualmente el NIT que identifica a la Sociedad Fiduciaria Tequendama; dado que teniendo en cuenta lo relatado en el oficio No. GJSG-201-06 de abril 5 de 2006, el NIT que utilizó ésta fiduciaria fue de el todos los fideicomisos que administra para presentar la correspondiente declaración y no el que identifica propiamente el patrimonio de la demandante. En ese sentido, al constatar la información expuesta por la Sociedad Fiduciaria observa esta Sala que ésta última presentó la información exógena de acuerdo al contrato celebrado sobre los pagos a terceros y las retenciones practicadas a estos por el periodo gravable 2002, es decir sobre los ingresos e incrementos del patrimonio bruto de la entidad actora para ese mismo periodo no hizo ningún tipo de anotación.

Es del caso recalcar que la Dian como ente fiscalizador y de control, por disposición del ordenamiento legal, le asiste el deber de verificar la información que presenten los contribuyentes y no contribuyentes con relación a los ingresos y egresos de sus bienes,

En ese orden, atendiendo lo preceptuado en la Resolución No. 10537 de 2002 y lo contemplado en el artículo 631 del Estatuto Tributario, el no contribuyente (demandante) para el cruce la información, en la declaración que suministre a la entidad tributaria debe señalar, el apellido y nombre o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades según sea el caso; es decir, que recibieron ingresos, descuentos

Rad: 004-2007-00866-00
Dte. ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo. Dian

tributarios, de los pagos o abonos que constituyan costos, de los que recibieron ingresos para terceros, de los acreedores por pasivos, de los deudores por concepto de crédito activos; lo que quiere significar en todo caso que el contribuyente y no contribuyente debe identificar con claridad la persona jurídica que representa.

En el caso bajo estudio, sin lugar a dudas la entidad fiduciaria presentó la correspondiente declaración sobre los pagos a terceros y las retenciones practicadas de los años gravables 2002 de los patrimonios autónomos que administra, pero como específicamente lo señaló en su oficio, estas declaraciones las realizó bajo el NIT. 830.054.357-7 que al parecer identifica todos los patrimonios que administra, por lo que en este caso se advierte sin mayor discusión que la información presentada a la demandada no guarda armonía con lo previsto en el ordenamiento jurídico toda vez que no se presentó con el NIT de la entidad actora y mucho menos se informó sobre el patrimonio bruto de ésta durante el período gravable 2002; por lo que a juicio de esta Judicatura la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, no cumplió con su deber de informar los ingresos y patrimonios del año gravable 2002 y en consecuencia se hizo como bien lo estipuló la demandada acreedora de la sanción por no informar tal como lo contempló el ordenamiento jurídico, en virtud de que pese a la información presentada por la sociedad fiduciaria, la actora de la misma manera tenía el deber de informar ante la demanda lo concerniente a su patrimonio, pues teniendo en cuenta lo señalado en el Oficio No. 083812 del 28 de septiembre de 2006, ésta no quedaba exenta de esta obligación.

Conviene reiterar una vez más que pese a la actuación de la sociedad fiduciaria, la libelista no podía exceptuarse de esta obligación máxime si la Administración Tributaria le otorgó todas las garantías para que cumpliera con esta obligación, pues le formuló pliego de cargos a fin que explicara las razones de su omisión pero además era la oportunidad para allegar la respectiva declaración, como ocurrió previamente en el expediente No. OY 2002 2004 1744, que culminó con auto de archivo y que se relaciona en este caso, dado que la misma demandante en su introductorio así lo dejó ver.

En ese sentido para esta Sala la decisión adoptada por la entidad demandada se encuentra ajustada a derecho y en consecuencia este cargo no está llamado a prosperar.

- **¿Vulneró la administración tributaria los derechos fundamentales de la actora por la no aplicación al caso particular del contenido de la Resolución No. 0020 del 15 de septiembre de 2006, mediante la cual se revoca de oficio un acto administrativo?**

Con relación a este punto, considera este Tribunal pertinente destacar parte de los argumentos esgrimidos en la Resolución No. 00020 del 2006, que dicho sea se encuentra en copia simple dentro del proceso, pero se le dará valor probatorio como

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

quiera que no fue recusada por la entidad demandada y por el contrario reconoció su contenido, se traerá a colación dado que con base en ella, se determinará si realmente existe un violación al debido proceso, al principio de seguridad jurídica y al principio de inexcusabilidad del cumplimiento de la ley.

Veamos, la Resolución No. 0020 de 2006, *"por medio de la cual se revoca de oficio un acto administrativo"*, resolvió revocar el pliego de cargo No. 060632006000078 de fecha 10 de marzo de 2006, al considerar entre otros argumentos lo siguiente:

"Con correo del 6 de abril de 2006, del Subdirector de Fiscalización Tributaria se manifiesta que "una vez analizado el tema de los Omisos informantes por los años 2002, 2003 y 2004, se hacen las siguientes precisiones con miras a continuar con la actuación administrativa respectiva.

Ante la reiterada jurisprudencia, que sobre el particular existe, así como lo estipulado en la circular No. 0131 del 4 de noviembre del 2005, de la División de Representación externa, en especial en lo referente a la determinación del daño que esta omisión le pueda causar a la Administración y su aplicación a la hora de tasar la sanción, y que igualmente la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales es conciente (sic) que se generó una inseguridad jurídica al haber proferido dos resoluciones el mismo día sobre el particular (Resoluciones 10537 y 10540 del 29 de octubre del 2002), y (Resoluciones 08961 y 08973 del 28 de octubre de 2003 se ha decidido:

- 1. Para el año 2002: Los pliegos no notificados, no notificarlos; los ya notificados de aquellos omisos a los que se les aplicaba la resolución 10540, revocarlos.*
- 2. Para el año 2003, solo se notificaran los pliegos de cargos de aquellos obligados a informar con base en la resolución 08961 del 28 de octubre de 2003.*
- 3. Para el año 2004 se notificaran todos los pliegos de cargos de los omisos enviados.*

Finalmente, con correo del 25 de abril del 2006, se plantea por parte de la Subdirección "en relación con las diversas inquietudes planteadas a este despacho, con ocasión de la expedición de los pliegos de cargos, para sancionar por no haber enviado información exógena correspondiente a los años gravables 2002 y 2003, además de las directrices impartidas con relación a este tema, con toda atención le sugiero, que en aplicación de la Orden Marco de Fiscalización, estos temas particulares de cada Administración sean tratados al interior del comité técnico de la Administración. Reiterándoles que el argumento central previo a la definición del archivo de estos pliegos, es la inseguridad jurídica y la inducción de error por parte de la entidad, toda vez que las resoluciones objeto de controversia fueron expedidas en el mismo día para tratar un mismo tema.

Rad. 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

(Siempre y cuando se trate de aquellos contribuyentes cobijados por las resoluciones 10540 del 2002 y 08973 de 2003. (...))

En ese sentido la Administración concluyó en el caso particular de la aludida Resolución No. 020 de 2006:

"Analizados los antecedentes antes expuestos, encuentra esta Administración que el presente proceso no se encuentra ajustado a derecho como quiera que las resoluciones citadas no garantizan el actuar con certeza del contribuyente, al ser proferida la resolución 10540 seguida de la resolución 10537 y las resoluciones 08973 y 08961, las cuales se prestan para confusión y no fijan condiciones de estabilidad jurídica. De ahí que se considera ajustado a derecho revocar los pliegos de cargos emitidos por la División de Fiscalización Tributaria amparados en las resoluciones 10540 del 29 de octubre de 2002 y las resoluciones 08973 del 28 de octubre de 2003"

Es decir la Resolución 10540 del 29 de octubre de 2002 y la Resolución 08973 del 28 de octubre de 2003, al provocar confusión e inseguridad jurídica frente al contenido de las Resoluciones 10537 de 2002 y 08961 de 2003, la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales decidió no darle aplicación a aquellas frente al tema de los omisos informantes de los años gravables 2002, 2003 y 2004; por ello la entidad demandada con base en lo dispuesto en el correo institucional arriba transcrito (6 de abril de 2006) la resolución en cita, resolvió revocar el pliego de cargos que profirió a la ESE Hospital Local de la Esperanza hoy Hospital Local Cartagena de Indias, donde propuso una sanción pecuniaria de \$234.800.000, por cuanto expidió dicho pliego de cargos teniendo en cuenta el contenido de la Resolución No. 10540 del 29 de octubre de 2002.

Ahora en el sub lite, la ESE Hospital Local Cartagena de Indias, alega que la administración tributaria, vulneró el debido proceso, el principio de seguridad jurídica e inexcusabilidad del cumplimiento de la ley, porque a su juicio la administración debió aplicar los mismos argumentos que sustentan la Resolución No. 0020 de 2006 al caso particular, toda vez que en (i) ambos casos se trata de la investigación por el supuesto incumplimiento a la obligación del contribuyente de suministrar la información del año gravable 2002 en medio magnético o electrónico. (ii) en ambos casos se dio aplicación a los artículos 1º de las Resoluciones 10537 y 10540 de 2002 y (iii) en ambos casos se causa un agravio injustificado al contribuyente.

Pues bien frente a estos argumentos la parte demandada señaló que *"el error en derecho no genera derechos, y que las resoluciones 10537 y 10540 de fecha octubre 29 de 2002, son coherentes y complementarias en cuanto a los ingresos, no generan inseguridad jurídica y se encuentran vigentes..."*

"En el presente caso, la sanción se impuso por no suministrar la información a que se refieren los literales a, d, e, f, h, i del artículo 631 del Estatuto Tributario correspondiente

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

al año gravable de 2002, que incluye el patrimonio bruto en medio magnético, dentro del plazo y las especificaciones técnicas establecidas mediante la resolución No. 10537 del 29 de octubre de 2002.”

De conformidad con los argumentos planteados por cada una de las partes, esta Sala de Decisión considera que el mencionado cargo no está llamado a prosperar, por virtud de que al revisar el expediente administrativo más exactamente el pliego de cargos No. **06063200600077 del 14 de marzo de 2006**, (ff. 94-98) sin lugar a equívocos, la administración tributaria aparentemente tomó como razones de derecho para sustentar su actuación el contenido de la Resolución No. 10537 de octubre de 2002 y la Resolución No. 10540 de octubre de 2002, puesto que así se deja ver en la explicación sumaria que hace la demandada al pliego de cargos en cita.

Ahora bien, la Resolución 10540 de octubre 2002, pese a estar relacionada en el pliego de cargos la misma no reviste ninguna incidencia frente a lo resuelto por la administración, como quiera que los motivos con los que se soportó el incumplimiento y en consecuencia la sanción de la actora se sustentó con base a lo dispuesto en la Resolución No. 10537 de 2002.

Conviene precisar que si bien la Resolución No. 0020 de 2006 consideró que los pliegos de cargos fundamentados bajo la Resolución No. 10540 de 2002 debían ser revocados, siguiendo las directrices del correo institucional antes transcrito, lo cierto es que en el caso particular la decisión de sancionar a la demandante tuvo como soporte jurídico realmente el contenido de la Resolución No. 10537 de 2002 y no el de la No. 10540 de 2002.

Sobra decir que aun cuando ésta última resolución haya sido inaplicada por la administración tributaria por generar inseguridad jurídica para los contribuyentes y no contribuyentes, la obligación de suministrar la información en medio magnético no cesó por este hecho jurídico; luego entonces, a pesar de ello, la entidad demandante tenía el deber de reportar la información solicitada por la entidad demandada.

Aunado a todo lo anteriormente expuesto, los cargos esbozados por la parte demandante igualmente no están llamados prosperar dado que la actora durante la actuación judicial no demostró haber cumplido con la obligación tributaria señalada por la demandada, como tampoco se le vulneró su derecho al debido proceso, principio de seguridad jurídica e inexcusabilidad del cumplimiento de la ley, toda vez que la DIAN le otorgó todas las garantías jurídicas para que controvirtiera la sanción impuesta, y teniendo en cuenta el principio de justicia rogada, correspondía en este caso a la demandante demostrar con los elementos probatorios pertinentes que sí cumplió con su deber legal de presentar la información exógena ante la DIAN, tal como ésta lo solicitó.

En esa medida la Sala encuentra en este caso pertinente negar las pretensiones de la demanda, en atención a lo desarrollado previamente y lo demostrado en el proceso; no

Rad: 004-2007-00866-00
Dte: ESE Hospital Local Cartagena de Indias
Ddo: Dian.

sin antes destacar que no se condenará en costas a la parte actora, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandado.

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones esgrimidas en esta providencia.

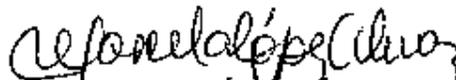
SEGUNDO: Sin costas

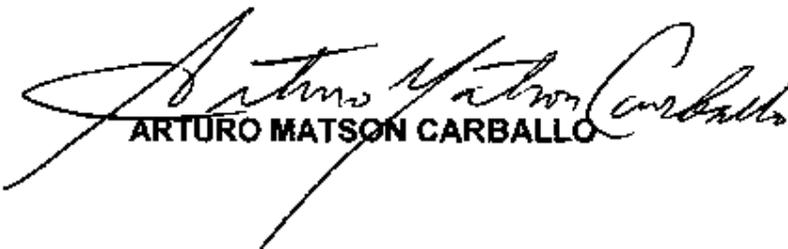
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y devuélvase el remanente.

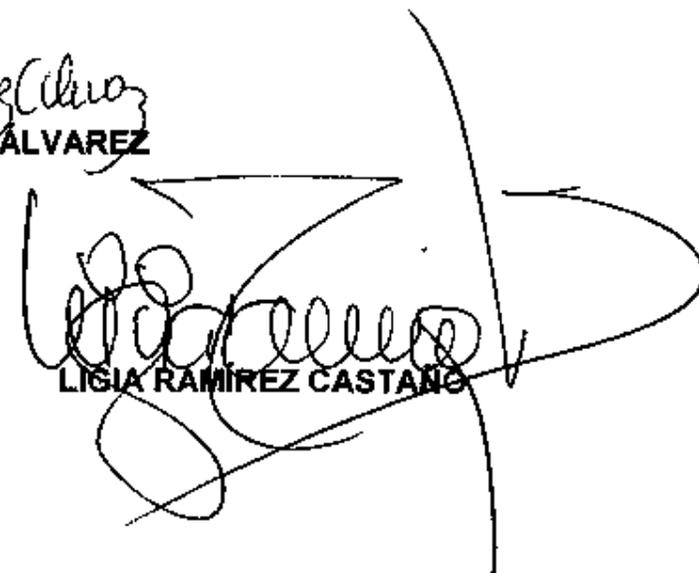
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0058

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2010-00150-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE 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 ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 2013-001-33-31-004-2010-00150-01

Cartagena de Indias, D. T. y C., seis (06) de diciembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Incumplimiento Transporte Multimodal – Faltante de Mercancía

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13-001-33-31-004-2010-00150-01

II. PARTES

Demandante: LOGISTICA S.A

**Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL- DIRECCION DE IMPUESTOS
ADUANAS NACIONALES - DIAN.**

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha ocho (08) de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

" 1.- Que es nulo el Requerimiento Especial Aduanero N° 000191 de VII-31-2009 y las Resoluciones N° 0001941 de IX-25-2009; 002666 de XII-30-2009 por medio de las cuales la División de Liquidación de Aduanas de Cartagena (A), impuso sanción económica a título de multa en cuantía de TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO (\$32.305.000oo) M/CTE, a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A. "C.C.L."

2.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Administración Especial de Aduanas de Cartagena (A), desistir de toda acción sancionatoria contra la Sociedad CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A. "C.C.L. S.A, como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera."

2. HECHOS

"PRIMERO: La Administración Especial de Aduanas de Cartagena con fecha veintiséis (25) de julio de 2008 aceptó y autorizó a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A. "C.C.L. S.A.", la continuación de viaje N° 0610908M000842, destinatario: DEPOSITO CONSIMEX – MEDELLÍN, sobre mercancías que según el B/L N° COSU60111082030 consistían en Quinientos Treinta (530) Cartones conteniendo juguetes, muñecas, infladores, adornos, los cuales venían embalados en el Contenedor TGHU8055157 procedente de NINGBO (China), debidamente sellado y precintado, traído al Puerto de Cartagena, por la Naviera COSCO CONTAINER LINES.

SEGUNDO: Concluido el Régimen de Tránsito aduanero, con fecha 28 de julio de 2008, la DIAN – DEPOSITO CONSIMEX MEDELLÍN, suscribió el Acta de inconsistencia en Depósito N° 138/2008, con la siguiente observación: "ITEM 1: HAY VARIAS CAJAS ROTAS, SUMIDAS Y RECINTADAS, SEGÚN DOCUMENTOS FALTA 4 PIEZAS, FRENTE A LA CV LE FALTAN 2.541 KILOS EQUIVALENTES AL 18%".

TERCERO: Mediante oficio N° 048-245-453-0661 del 20 de abril de 2009, el Jefe del GIT de Control de Carga y Tránsito de la División de Gestión de la Operación Aduanera, remitió a la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, los preliminares del insumo 0152/20092 para que adelante el proceso administrativo sobre las posibles infracciones de la Continuación de viaje autorizada de conformidad a lo contemplado en el Artículo 497, numeral 3.1.1., del Decreto 2685 de 1999 "Entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la declaración de tránsito aduanero." (Folios 2 y 3).

CUARTO: Mediante auto de apertura N° 00437 del 1 de junio de 2009, la División de Gestión de Fiscalización aduanera de la administración Especial de Cartagena, ordena el inicio de la investigación, instruyendo el expediente CU080900437, a nombre de CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A.

QUINTO: Con requerimiento sancionatorio Aduanero N° 000191 del 31 de junio de 2009, la División de Fiscalización Aduanera de esa administración propone a la División de Liquidación Aduanera, sancionar a la firma CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., con la suma de TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL PESOS (432.305.000.00) M7CTE., por la infracción al régimen aduanero establecida en el numeral 3.1.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999. Dicho requerimiento 000191 VII-31-09 fue modificado a mi mandante el 05 de agosto de 2009, fecha en la que éste recibió en su domicilio de la Av. Calle 22 N° 68B-75/81 de Bogotá, correo conteniendo el citado requerimiento.

SEXTO: Pese a la contundencia y claridad de los medios de prueba, al igual que la realidad y evidencia de los hechos, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena- División de Liquidación, optó por sancionar a mi mandante y para tal efecto profirió la Resolución 001941 IX-25-2009,

notificada a mi mandante, también por correo recibido en Bogotá el 1º de octubre de 2009, imponiéndole una sanción pecuniaria en cuantía de TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL PESOS (\$32.305.000.00) M/CTE, por un supuesto incumplimiento al régimen de tránsito aduanero 0610908M000842 de VII-25-2008, por haber llegado la mercancía, supuestamente, con menos pesos o menor cantidad de ésta, con relación a lo consignado en la declaración de tránsito aduanero (Art. 497 Num 3.1.1 Decreto 2685/99).

SÉPTIMO: Oportunamente mi mandante formuló recurso de RECONSIDERACIÓN en contra de la citada Resolución, radicado este el 22-X-2009 ante la División Jurídica de dicha seccional, el cual fue resuelto desfavorablemente a C.C.L. S.A., al confirmar la resolución 001941 IX-25-2009 impugnada, profiriendo la Resolución N° 002666 del 30 de diciembre de 2010, notificada a mi mandante mediante introducción al correo, recibido en su domicilio de Bogotá, el cinco (5) de enero de 2010 confirmando la sanción pecuniaria de TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL PESOS (\$32.305.000.00) M/CTE.

OCTAVO: Con la expedición de la Resolución 02664 XII-30-09, notificada a mi mandante el día cinco (5) de enero de 2010, se agotó la vía gubernativa, haciéndose procedente el debate contencioso que con esta demanda se promueve.

NOVENO: A fin de dar cumplimiento a lo normado por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que reemplazó el artículo 42ª de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el Decreto 1716 de 2009, se realizó conciliación extrajudicial el día 15 de junio de 2010, ante la Procuraduría 175 Judicial I Administrativo ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bolívar.”(SIC)

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Nulidad absoluta de la actuación por falta de competencia violación al debido proceso- expedición irregular del actor administrativo. Artículos 84 y 85 Código Contencioso Administrativo, Resolución 7 de noviembre de 4 de 2008 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en concordancia con los artículos 6º -29 – 83 - 209 Constitución Política.

- Violación al debido proceso. Artículo 29 Constitución Nacional, por falta de aplicación del concepto o instructivo 104 XII-29-1998 de la DIAN, y de las sentencias C-05 98 expediente nD1725 Mag. P Jorge Arango mejía H. Corte Constitucional y Sentencia de tutela T-359 VIII-5-97. Artículos 28 y 35 Código Contencioso Administrativo.

- Violación de los artículos 6º, 29, 83, 209 Constitución Política

- violación de los artículos 364-369 Decreto 2685/99; Decreto 1198/2000 Artículo 1º.

- Violación del artículo 1027 inciso 2º Código Comercio; conceptos 600021-00754 IX-7-2000; 6200.001-07451 VII-5-04 y 62001-00738 IX-4-2000 emitidos por la Dian – Subdirección de Comercio Exterior.

- Violación al debido proceso. Silencio Administrativo Positivo. Artículos 509- 519 Decreto 2685/99; Decreto 1198/2000 artículo 23; Decreto 01/94 artículo 41 (Código Contencioso Administrativo).

- Violación de normas supranacionales. Artículo 214 de la decisión 331 de 1993 – Comisión del acuerdo de Cartagena artículo 1º decreto 1198/2000.

- Violación del artículo 11 de la decisión 331 del acuerdo de Cartagena; artículos 174 - 264-279-183 y 187 Código de Procedimiento Civil; artículo 11 de la Ley 446 de 1998.

C.LA CONTESTACION (FL 239-263)

La entidad demandada dio contestación a la demanda interpuesta oponiéndose a las pretensiones de la misma y solicitando en ese sentido que se nieguen las pretensiones.

Sobre la nulidad absoluta por falta de competencia alegada por el demandante, violación al debido proceso, expedición irregular de los actos administrativos, alegó que: *“la operación de transporte multimodal presenta un control simultáneo a la ejecución de la misma tanto en la aduana de partida como en la aduana de llegada y culmina con la entrega de la mercancía a la aduana de destino, de conformidad con la regulación aduanera la cual se constata en inspección física.*

Es claro entonces en la actuación que la declaración de tránsito aduanero o formato de continuación de viaje con autorización N° 0610908M000842 del 25/07/08 se presentó ante la Aduana de Cartagena, siendo esta la aduana de partida, por tanto es competente esta administración para adelantar el procedimiento respectivo.”

Sobre la violación al debido proceso por falta de aplicación del concepto 104 del 29 de diciembre de 1998, la DIAN alegó: *“(…) de conformidad con lo previsto en los numerales 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001, entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos cantidad constituye una infracción gravísima atribuible al transportador.*

De las normas antes citadas, podemos concluir que es responsabilidad del transportador entregar la mercancía, con la misma cantidad, que la mercancía salió de la aduana de partida.

El concepto citado por el accionante, relacionado con el requerimiento ordinario de información previa a la declaratoria de incumplimiento, era aplicado antes de la reforma introducida en el Decreto 2685 de 1999, que estableció como infracción la conducta del transportador, específicamente en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Antes de la vigencia del Decreto 2685 de 1999, la conducta era catalogada como incumplimiento de la obligación y era la División de Liquidación quien adelantaba el procedimiento directamente sin la intervención de la División de Fiscalización.

Con el Decreto 2685 de 1999, el procedimiento específico y especial que la normatividad aduanera ha fijado para los procesos sancionatorios se encuentra regulado de los artículo 507 al 521. Esto es, cuando se trata de la imposición de una sanción, se expide un Requerimiento Especial Aduanero, con el que da la oportunidad al interesado de presentar su respuesta y solicitar las pruebas que considere conducentes, el que es expedido por la División de Fiscalización, quien realiza con el Requerimiento una propuesta de Sanción, siendo por último la División de Liquidación quien expide la decisión de fondo susceptible de ser impugnada con el recurso de reconsideración, situación que se encuentra regulada en los artículos citados.

En este orden de ideas, en el caso sub examine todas las etapas procesales se cumplieron y se dio la oportunidad a la sociedad CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., de demostrar y probar a la DIAN su conducta sin que la legislación aduanera exija como requisito previo a la expedición del Requerimiento Especial Aduanero, una solicitud de información.”

Sobre la atipicidad de la conducta la DIAN sustentó que, la infracción cometida por la demandante está perfectamente tipificada en el Decreto 2685 de 1999, insistiendo que está plenamente probado que respecto de la mercancía autorizada para su traslado conforme con la continuación de viaje, llegó menos cantidad del autorizado. Llegaron 526 bultos y salieron 530. Que en ese sentido consideran que los actos expedidos, se encuentra ajustados a derecho y no son viables las pretensiones del accionante.

D. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (FL 566-576)

El Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda luego de considerar que la demandante cumplió a cabalidad con el transporte de la mercancía como quiera que el contenedor llegó debidamente precintado, sin señales de violación o saqueo a la unidad de Carga.

De lo dicho por el Juez se puede resaltar lo siguiente:

"(...) De las pruebas obrantes en el expediente se concluye que, el operador de Transporte Multimodal, CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., recibió para transportar una unidad de carga precintada y sellada, desde la Aduana de Partida en Cartagena hasta el depósito autorizado DEPÓSITO CONSIMEX S.A., en la ciudad de Medellín, la cual entregó en la Aduana de Destino dentro de la fecha autorizada por la aduana de partida y con el precinto aduanero intacto, es decir, sin adulteración, ni violación alguna de los precintos colocados al contenedor.

Por lo anterior, el hecho de encontrar el precinto aduanero intacto, le permite a la aduana controlar la seguridad de las mercancías contenidas dentro del mismo, y en virtud de que en el sublite, los precintos se encontraban en buen estado, no puede endilgarse responsabilidad al transportador por los supuestos faltantes de las mismas.

Sea del caso señalar que el Código de Comercio, en el inciso segundo del artículo 1027, relativo a la "ENTREGA DE LA COSA AL PESO, CUENTA O MEDIDA", dispone taxativamente que:

"Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unida de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe."

En atención a la anterior normativa, es claro que, si al transportador se le entrega un contenedor previamente cerrado y precintado, el mismo deberá considerarse como una unidad de carga, y deberá ser entregado en las mismas condiciones en que las recibió, es decir, con los sellos o precintos intactos.(...)"

"(...) finalmente, en cuanto a lo dispuesto en el literal C es claro como quedó demostrado en procedencia, el Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., entregó a la aduana de

destino Medellín, la unidad de carga referenciada en el contenedor TGHU8055157, dentro del término dispuesto para ello en la continuación de viaje con número de autorización 0610908M000842 de fecha 25 de julio de 2008, y con número de precinto 015531 en perfecto estado, sin signos de violación o señales de saqueo a la unidad de carga.

De conformidad con todo lo esbozado en los párrafos que anteceden, el cargo examinado ostenta mérito para prosperar, no siendo necesario entrar a estudiar los demás cargos de nulidad invocados y, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados; se declarará así la nulidad de las resoluciones demandadas.(...)"

E. LA APELACIÓN (FL 578-589)

El apoderado de la parte demandada en escrito presentado con las formalidades contenidas en la ley, solicita a este Tribunal la revocatoria de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, considerando entre otras cosas que contrario a lo expuesto en la sentencia apelada, si existió faltante de mercancía con la finalización del régimen de tránsito autorizado.

De los argumentos expuestos por el apelante se destacan los siguientes:

"(...) la entidad que represento no está de acuerdo con la decisión del A- quo, pues parte de una errada aplicación de las normas aduaneras, sus consideraciones van dirigidas a que no se acredita el faltante que conlleva a la tipificación de la infracción administrativa básicamente atendiendo a que os precintos llegaron intactos a la aduana de destino, en la fecha autorizada y que debe tenerse el contenedor como bullo y no tenerse en cuenta los faltantes o diferencias en el peso de la mercancía sometida al régimen de tránsito aduanero en la modalidad de continuación de viaje.

Insistimos en esta oportunidad en que con la actuación administrativa que se estudia, la administración estableció la responsabilidad de la sociedad CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA OTM por la comisión de la

infracción administrativa prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, que se acaba de transcribir.

Es así como consideramos que está claro y probado dentro de la investigación que cuando llega la mercancía a su destino final autorizado, en este caso Deposito Aduanero CONSIMEX de la Ciudad de Medellín, se detectó que la CANTIDAD de mercancía que llegó es MENOR a la autorizada: LLEGARON 526 BULTOS y se autorizaron 530 BULTOS. La mercancía sometida al régimen de tránsito no se trata de CARGA A GRANEL, luego entonces el aparte que de la norma corresponde aplicar es cuando:

“Se entrega la mercancía objeto del régimen de tránsito, con MENOS CANTIDAD, del consignado en la declaración de tránsito”

Tenemos que la mercancía autorizada para su traslado conforme con la continuación de viaje, llegó menos cantidad del autorizado. LLEGARON 526 BULTOS Y SALIERON 530 BULTOS.(...)”

“(...) Así las cosas consideramos que la conducta desplegada por CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A., se encuadra dentro de la descripción típica de la infracción administrativa prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Es así como al tener la autoridad aduanera certeza que el número de bultos que llegó a la aduana de destino es inferior al que salió de la aduana de partida, la igualdad en el peso no justifica de ninguna manera el faltante de bultos que fueron reportados por la aduana de destino.(...)”

F. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: Mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2013, visible a folio 414 -425, la parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia por encontrarla ajustada a derecho.

Parte demandada: reiteró los argumentos expuestos en el escrito de apelación.(FL 603-613)

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en esta instancia

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto de fecha 30 de septiembre de 2013, se admitió el recurso de apelación. (FL 600)
- Por auto posterior de fecha 31 de octubre de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del Caso y problema Jurídico

La sociedad demandante pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados al considerar que los mismos son violatorios de sus derechos. Argumenta la parte demandante que no ha existido incumplimiento, pues no ha existido el faltante que alega la DIAN, razón suficiente para que no proceda la sanción de que trata el estatuto aduanero.

El Juez de primera instancia consideró de recibo los argumentos presentados por la parte demandante, pues a su entender el hecho de que el contenedor haya sido recibido con el precinto intacto sin signos de violación o manipulación alguna dan cuenta de la entrega de la unidad de carga tal como le fue entregada al transportador.

Por su parte la entidad demandada, considera que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, al entender que los conceptos aducidos por la demandante no le son aplicables y lo que ha existido es un verdadero incumplimiento, al llegar la mercancía con menor cantidad a la autorizada mediante la continuación de viaje respectiva.

En consecuencia la Sala considera como problema jurídico determinar si ¿Es responsable la parte demandante de incumplir el régimen de tránsito aduanero, al entregar la mercancía en la aduana de destino con un faltante de 4 paquetes respecto a los consignados en el documento de viaje inicial y en la Declaración de continuación de viaje?

En caso de ser afirmativo ¿La anterior situación da lugar a la sanción impuesta por la DIAN a través de los actos demandados?

3. Actos administrativos demandados.

3.1. Nulidad del Requerimiento Especial Aduanero N° 000191 del 31 de julio de 2009, mediante el cual se propone una sanción a al demandante por incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por llegar la mercancía con un faltante.

3.2. Nulidad de la Resolución 001941 del 25 de octubre de 2009; 002666 del 30 de diciembre de 2009, mediante la cual la División de Liquidación de Aduanas de Cartagena, impuso sanción económica a título de multa a la demandante en cuantía de Treinta y dos millones trescientos cinco (\$32.305.000.00) a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A.

4. CASO CONCRETO

De cara al problema jurídico planteado la Sala entrará a analizar las pruebas que yacen en el expediente a fin de corroborar los hechos probados, para tal fin se tendrán en cuenta los documentos aportados con el expediente administrativo arrimado por la demandada:

- Formato de continuación de viaje con número de autorización 0610908M000842 de fecha 25 de julio de 2008, en el que se consigna como fecha límite de finalización de la operación el 31 de julio de 2008, una cantidad de 530 cartones, con un peso de 11.600kg con número de precinto 015531. (FL 281)
- BL COSU6011082030 en el que se consigna una cantidad de 530 cartones. (Fl 283)
- Soporte del transporte multimodal N° CCL202-3183, en donde igualmente se consigna una cantidad de 530. (FL 282)
- Acta de Inconsistencia N° 138/2008 suscrita por el Depósito CONSIMEX S.A. el día 28 de julio de 2008, en el que consignan irregularidades en los empaques y embalaje, con peso inferior al registrado en el DTA o planilla de envió, faltante en el número de bultos. Se observa en dicho documento que la cantidad autorizada era de 530 y que llegaron a la aduana de destino 526, es decir un faltante de 4. (FL 292)
- Requerimiento Especial Aduanero N° 000191 del 31 de julio de 2009, mediante el cual se propone sancionar a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A.(FL 318-324)
- Certificación expedida por el proveedor, informando que por un error no se cargaron 4 cajas de las 530 consignadas. (FL 367)
- Resolución N° 001941 del 25 de septiembre de 2009, mediante la cual se impone una sanción a un transportador en el régimen de tránsito aduanero. (FL 384 -392)
- Recurso de Reconsideración interpuesto contra la resolución N° 001941 del 25 de septiembre de 2009 (FL 404 -420).
- Resolución N° 002666 del 30 de diciembre de 2009, mediante la cual se resuelve recurso de reconsideración. (FL 425-452)

Sobre la modalidad de transporte multimodal el Decreto 2685 de 1999 en su artículo 371 dispone:

"ARTICULO 371. OPERACIONES DE TRANSPORTE MULTIMODAL.

Para movilizar mercancías de procedencia extranjera con suspensión de tributos aduaneros por el territorio aduanero nacional, al amparo de un documento de transporte multimodal, se requiere que el Operador de Transporte Multimodal se encuentre debidamente inscrito en el Registro de Operadores de Transporte Multimodal a cargo del Ministerio de Transporte.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 14 del Decreto 390 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La inscripción de los Operadores de Transporte Multimodal ante la autoridad aduanera, se entenderá surtida con la homologación del registro efectuado ante el Ministerio de Transporte."

Sobre la responsabilidad adquirida en el ejercicio del transporte multimodal el Estatuto Aduanero consagra:

"ARTICULO 372. RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL.

Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso. "

Finalmente sobre la garantía que cubre tales operaciones reza lo siguiente:

"ARTICULO 373. GARANTÍA.

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

el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión de las operaciones de transporte multimodal, en caso de pérdida de la mercancía, o no finalización de la operación de transporte multimodal.”

Con respecto a la autorización necesaria para la continuación de viaje se dispuso lo siguiente:

***ARTICULO 374. AUTORIZACIÓN DE LA CONTINUACIÓN DE VIAJE.**

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

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

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

Este procedimiento deberá surtirse dentro del mismo día en que se efectúe la solicitud para la Continuación de Viaje. “

Sobre los aspectos no regulados para este tipo de modalidad el artículo 389 del Decreto 2685 de 1999 dispone

***ARTICULO 389. ASPECTOS NO REGULADOS.**

A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias. “

De conformidad con el artículo 389 previamente citado, y por autorización expresa el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999 "Por el cual se modifica la legislación aduanera", vigente para la época en que ocurrieron los hechos objeto de estudio, acerca de la inconsistencia presentada entre la mercancía descrita en los documentos de viaje y la efectivamente recibida en la aduana de destino, señala:

"ARTÍCULO 98. INCONSISTENCIAS EN LOS DOCUMENTOS DE VIAJE. Si una vez concluido el descargue, se detectan sobrantes o faltantes en el número de bultos, o exceso o defecto en el peso si se trata de mercancía a granel, respecto de lo consignado en el Manifiesto de Carga o en las adiciones, modificaciones o explicaciones, el transportador deberá informarlo por escrito a la autoridad aduanera del lugar de arribo, dentro de las tres (3) horas siguientes a la finalización del descargue, precisando las inconsistencias encontradas."

A su vez, el artículo 356 *ibidem*, para la época en que ocurrieron los hechos y antes de la modificación introducida por el Decreto 2883 de 2008, acerca de las responsabilidades originadas en el régimen de tránsito aduanero preceptúa:

"Artículo 356.- Responsabilidades.

El declarante se hará responsable ante la aduana por la información consignada en la declaración de tránsito aduanero y por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía sometida al régimen de tránsito que no lleque a la aduana de destino. Si el declarante es una agencia de aduanas, esta sólo responderá por el pago de los tributos en el evento previsto en el parágrafo del artículo 27-4 del presente Decreto.

La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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

"Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza con:

(...)

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

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

Se tienen entonces que la DIAN una vez surtido el trámite administrativo resuelve sancionar a la demandante CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A., con ocasión del incumplimiento del Tránsito aduanero al llegar la mercancía la aduana de destino con una cantidad inferior a la autorizada en la continuación de viaje respectiva, con una diferencia de cantidad de 4.

La entidad demandante solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos que declaran la sanción, al considerar que no ha existido ningún faltante de mercancía esto al entender que realizaron el transporte de la mercancía conforme a las normas que gobiernan el asunto, así mismo, alegan que la mercancía llegó con el precinto sin señales de adulteración o violación, entre otros argumentos.

El Juez consideró que efectivamente tal como lo alega la parte demandante no existe el faltante por el cual fue sancionada la entidad, dado que los precintos llegaron en buen estado, que el peso declarado es el mismo, y que adicionalmente la mercancía había sido verificada antes de la continuación de viaje por la DIAN, el Juez concluye

que no existió por parte de la demandante infracción a la legislación aduanera y declara la nulidad de los actos administrativos demandados.

Precisa la Sala como primera medida lo siguiente: Dentro de las pretensiones de la demanda se encuentra la solicitud de nulidad del **Requerimiento Especial Aduanero No. 000191 del 31 de julio de 2009**, tal y como se ha venido consignado en diversos pronunciamientos de esta Corporación tales actos administrativos no son susceptibles de estudio de legalidad al entender que los mismos no definen situación jurídica alguna, tal posición ha venido siendo aplicada reiteradamente por la Jurisprudencia al entender que el mismo es un acto de mero trámite el cual no es demandable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues este requerimiento no resuelve una situación jurídica concreta. Al respecto el Honorable Consejo de Estado¹ ha dicho lo siguiente:

*“El capítulo XIV, Sección II del Decreto 2685 de 1999 (arts. 507-521) estableció el procedimiento administrativo que debe cumplirse para expedir dicha liquidación oficial, una vez culminado el proceso de importación o en desarrollo de programas de fiscalización. Al amparo de esa regulación legal, el procedimiento comienza con la formulación del Requerimiento Especial Aduanero, dentro de los treinta días siguientes a haberse establecido la comisión de la infracción administrativa aduanera o la incursión en errores en el diligenciamiento de las declaraciones (art. 509 ibídem). **Dicho requerimiento es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera.**”*

A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal, surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige.” (Negrilla y subrayado fuera del texto)

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ Bogotá D. C., veintiocho (28) de junio del dos mil diez (2010) Radicación número 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326) Actor F. M. LOGÍSTICA LTDA S/A Demandado MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Atendiendo el análisis jurisprudencial referenciado, y como quiera que el Juez de instancia resolvió declararse inhibido respecto del requerimiento mencionado, esta Sala comparte la decisión adoptada por el Juez y en ese entendido confirmará la sentencia en ese punto.

Dicho lo anterior, la Sala pasará ahora sí a realizar el estudio de legalidad de los dos actos administrativos restantes contenidos en las resoluciones **Resolución Aduanera No. 001941 del 25 de octubre de 2009**, y su confirmatoria la **Resolución No. 002666 del 30 de diciembre de 2009**, actos administrativos mediante los cuales la DIAN resolvió en el fondo la situación jurídica relacionada con el incumplimiento al régimen de tránsito aduanero.

En consecuencia la Sala abordará el estudio del caso para resolver el segundo problema jurídico planteado dentro del presente asunto.

Para esta Sala una vez revisado los documentos que yacen en el expediente se puede corroborar que efectivamente el acta de inconsistencias N°138 del 28 de julio de 2008, confirma la llegada de la mercancía y la finalización del régimen con una entrega de 526, respecto de los 530 paquetes autorizados, es decir con un faltante de 4 paquetes.

Así mismo se corrobora que los documentos que soportan la operación de comercio, esto es la factura comercial, el BL, y el documento de transporte multimodal como la continuación de viaje coinciden en determinar como cantidad de la mercancía transportada 530 paquetes.

En ese entendido es correcto afirmar que la mercancía debe llegar a la aduana de destino conforme a las normas que gobiernan el transporte de mercancía con suspensión de tributos, es decir en la misma cantidad que ha sido autorizada para su transporte.

Sin embargo la finalización del transporte arroja un faltante 4 paquetes respecto de los 530 autorizados, es decir una diferencia respecto de lo consignado y sin que medie

explicación razonada del asunto, pues el contenedor llegó a su destino sin signos de violación o manipulación del precinto de dicho contenedor.

Ahora bien yace en el expediente administrativo una certificación del proveedor de la mercancía en el exterior quien alega haber incurrido en un error, puesto que si bien se consignaron un total de 530 paquetes, estos no empacaron 4 de los referenciados en la factura comercial. Es decir con tal hecho se corrobora que efectivamente el faltante si existió como quiera que fue autorizada una cantidad y llegó una inferior independientemente de si el error inició en los documentos internacionales.

Ha reiterado la Sala en diferentes ocasiones que la norma aduanera es clara al establecer los requisitos de la continuación de viaje y las sanciones aplicables a su incumplimiento puesto que si bien el respaldo de la misma es el documento de transporte multimodal, no es excusa solicitar una autorización con errores que además de inducir a la DIAN a equivocaciones, los perjudica directamente siendo acreedores de las sanciones correspondientes.

De cara a tales circunstancias la Sala precisa que no comparte la decisión adoptada por el a-quo, pues porque si bien a su consideración no existió tal faltante, y aduciendo que el hecho de llegar la mercancía con el precinto correspondiente, es signo de que ha llegado lo correcto, tal como fue empacado en el exterior, para esta Sala tal apreciación no es correcta, debido a que el hecho de que el precinto este intacto no los eximen per se de la responsabilidad, puesto que no basta solo con ese hecho sino que la mercancía arriemen en la totalidad autorizada, siendo menester que la autorización de continuación de viaje se ajuste a la realidad y por ende que los transportadores verifiquen la mercancía a transportar, puesto que una vez autorizados por una cantidad, es esta cantidad es la que debe llegar. Es decir tal faltante contraviene las normas que rigen la materia por parte del transportador de la modalidad de transporte multimodal, pues sus inexactitudes son violatorias de el estatuto aduanero, provocando con su actuar autorizaciones que no corresponden con la realidad, hechos que se pueden prestar sin lugar a dudas.

Es decir el hecho mismo que generó toda la controversia que hoy se estudia radica en cabeza de la demandante quien no guardó el cuidado necesario que este tipo de actuaciones demanda, pues no basta diligenciar los documentos dentro del tiempo y con las formalidades propias, sino que es menester que los datos consignados sea veraces y que corresponda a la realidad.

Es responsabilidad de la DIAN no solo garantizar que las actuaciones aduaneras finalicen sino que las mismas se hagan con transparencia, razón por la cual ha sido facultada para iniciar las investigaciones y las imposiciones de sanciones cuando tal situación se vea vulnerada.

De esa manera y dado que el estatuto aduanero artículo 356 consagra que: *" El declarante se hará responsable ante la aduana por la información consignada en la declaración de tránsito aduanero y por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía sometida al régimen de tránsito que no llegue a la aduana de destino."*

Era responsabilidad de la entidad demandante verificar la mercancía por la que se hacía responsable y no escudarse luego, en el hecho de haber incurrido en error, además alegando su propia culpa dentro de la operación.

De esa manera la entidad aduanera Colombiana no solo estaba facultada para iniciar la actuación administrativa sino para culminarla, en este caso imponiendo una sanción.

Esta Corporación difiere entonces de la posición adoptada por el A quo y apegándose a los documentos que soportaron la operación así como las normas que regulan la materia considera que la sanción impuesta a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A., se encuentra ajustada a derecho, pues la actuación de la misma viola las leyes que la rigen.

VII. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia de fecha ocho de marzo de 2013 que resolvió declararse inhibido respecto del requerimiento especial aduanero demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los demás numerales de la sentencia estudiada, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que accedió a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia se dispone **NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con lo considerado en esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE AMÍN GILLO

SL(descongestión)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
E D I C T O N° 0059
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: NORIS SIERRA DE LEAL
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-INDUSTRIA LICORERA D E BOLIVAR EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2009-00367-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG

f. 417 a 428
(1.c)



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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 320 / 2013¹

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

TEMA: Falta de servicio por omisión en la aplicación de la prelación de créditos para el pago de acreencias.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 004 2009 00367 01

II. PARTES

Demandante: NORIS SIERRA DE LEAL

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR E INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a emitir sentencia de segunda instancia, dentro de la demanda de reparación directa interpuesta por la señora NORIS SIERRA DE LEAL contra el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR E INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN, en atención al recurso de apelación presentado por la demandante en contra de la sentencia treinta (30) de abril de (2012), proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

Narra la parte actora que inició demanda ejecutiva singular contra la Cooperativa de Trabajadores de la Industria Licorera de Bolívar Limitada –COOTRAINDULIBOL, para hacer efectivo un título valor –Pagaré–; la demanda fue presentada y correspondió por reparto al Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena.

Con la presentación de la demanda se solicitaron medidas cautelares, tales como el embargo y secuestro de los dineros que por cualquier concepto la Gobernación del Departamento de Bolívar, tuviera que cancelarle a la demandada COOTRAINDULIBOL.

Mediante oficio de fecha octubre 7 del año 2003, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, ordenó al cajero pagador de la Gobernación de Bolívar, embargar y secuestrar todas las sumas de dinero que por cualquier concepto tenga que cancelarle a la Cooperativa de Trabajadores de la Industria Licorera de Bolívar, el oficio fue recibido el 7 de octubre de 2003.

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, en oficio No. 1586 de agosto 5 de 2004, comunica a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, que embargue los dineros que por cualquier concepto tenga que girarle al demandado COOTRAINDULIBOL, y que dichos dineros debía ser puesto a órdenes del Juzgado en mención dentro del proceso ejecutivo singular que se venía adelantando. El mencionado oficio fue recibido el 17 de septiembre de 2004.

El Juzgado Quinto Civil Municipal, mediante varios oficios requirió al pagador de la Gobernación de Bolívar, y al pagador de la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, para que dieran cumplimiento a las órdenes de embargo.

En la Tesorería de la Gobernación de Bolívar, en el libro de consecutivos y oficios recibidos, el día 7 de octubre de 2003, se anotó el recibido del oficio No. 1817

proveniente del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dentro del proceso adelantado por Noris Sierra de Leal contra COOTRAINDULIBOL, dicha anotación correspondió a folio No. 322.

En ejercicio del derecho de petición, la apoderada judicial de la señora demandante, solicita se le informe sobre la orden de embargo emanada de la autoridad judicial dentro del proceso ejecutivo singular, y la Administración manifiesta que los dineros adeudados a la Cooperativa, habían sido consignados al Juzgado Primero Laboral de Cartagena (\$65.884.715.93.) y al Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena (\$51.222.525.75), dando cumplimiento a los oficios de embargo emanado de dichos despachos.

Afirma la parte demandante que las órdenes de embargo de los mencionados despachos, habían sido recibidas con posterioridad a la presentada en el trámite de su proceso ejecutivo singular.

Señala la parte actora, que si bien las órdenes emanadas dentro de un proceso laboral tienen prelación, toda vez que corresponden a derechos laborales, no ocurre lo mismo con la emanada del Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, toda vez que provenía de un proceso ejecutivo singular, adelantado desde el año 2004 y el oficio había sido recibido en la Industria Licorera de Bolívar con tres (3) meses de posterioridad al enviado por el Juzgado Quinto Civil Municipal, y además afirma que en su proceso ejecutivo se le comunicó a la Gobernación de Bolívar sobre dicho embargo, mientras que en el tramitado en el Juzgado Once Civil Municipal no se le comunicó.

Continúa narrando la parte demandante, que actualmente no se le adeuda suma alguna de dinero a COOTRAINDULIBOL, ni por la Gobernación de Bolívar ni mucho menos por la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, y que dicha Cooperativa fue liquidada completa y definitivamente, y por consiguiente no existe a quien cobrar la acreencia.

Dentro del relato del acápite de los hechos, expone la parte demandante que la Licorera de Bolívar también ha sido liquidada definitivamente, quedando responsable el Departamento de Bolívar de la suerte y responsabilidades adquiridas por dichas entidades, por ser apéndices y pertenecer jurídicamente y estar siempre bajo la tutela de dicho Departamento.

Fundamenta la responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución Nacional; en la omisión atribuida a un funcionario del Departamento de Bolívar, al no otorgar cumplimiento a una orden de un Juez de la República, en su turno u orden consecutiva.

La falla del servicio ha producido daños al demandante y existe una relación de causalidad entre la falla del servicio presunta y el daño causado a la demandante.

B- PRETENSIONES

"Primera: Declarar Administrativamente y Extracontractualmente Responsable al Departamento de Bolívar -Gobernación de Bolívar, y a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, por los perjuicios causados a la demandante señora NORIS SIERRA DE LEAL, identificada con la Cédula de Ciudadanía No.22.388.222 de Barranquilla, por Falla del Servicio en la Administración o con motivo a la omisión de los cajeros pagadores de la Gobernación de Bolívar y de la hoy en proceso en liquidación INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN, quien pertenece al Departamento de Bolívar, como consecuencia de no darle cumplimiento a los oficios de embargo de dineros Nos.1817 de octubre 7 del año 2003, dirigido al Cajero Pagador de la Gobernación de Bolívar y recibido en esa entidad en Octubre 7 del año 2.003; Oficio No. 44 de Enero 20 del año 2.004 (Requerimiento), recibido el día 4 de Febrero de 2.004, Oficio No.690 de Marzo 14 del año 2.008 (Otro Requerimiento), recibido el mismo día. con el consecutivo 246; Oficios enviados y recibidos a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, Nos. 1586 de Agosto 5 del año 2.004, recibido en esa dependencia el día 17 de

septiembre de 2.004, oficio No. 691 de Marzo 14 de 2.008 (Requerimiento), recibido por esa entidad el mismo día, en el folio 4209. Los anteriores oficios emanados por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dentro del Proceso Ejecutivo Singular, adelantado en contra de la Cooperativa de Aportes y Créditos de los Pensionados de la Industria Licorera de Bolívar, con radicación No. 16.403.

Segunda: Condenar al Departamento de Bolívar_ Gobernación de Bolívar, y a La Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, a pagar a mi poderdante, por perjuicios morales subjetivos el equivalente 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes-en el momento de proferirse la sentencia y ejecutoria, por los sufrimientos causados que le produjo el no cumplimiento de las órdenes de embargo y requerimientos emanados por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena.

Tercera: Que se condene igualmente al Departamento de Bolívar-Gobernación de Bolívar, y a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación a pagar a favor de mi poderdante los perjuicios materiales, a título de daño emergente la suma de TREINTA MILLONES SEISCIENTOS SETENTA y CINCO MIL PESOS M.L.C. (\$30.675.000.00.), daño este que se concretizó por no darle cumplimiento a la orden de embargo emanada del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, y que es en la actualidad el valor del crédito prendido y fallado a favor de mi poderdante dentro del proceso ejecutivo singular contra La Cooperativa de Aportes y Créditos de los Pensionados de la Industria Licorera de Bolívar, dicha cooperativa actualmente liquidada.

Cuarta: Que se condene igualmente al Departamento de Bolívar- Gobernación de Bolívar, y a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación a pagar a mi poderdante, por lucro cesante, desde el día 9 de Mayo de 2.008, hasta que se profiera condena, el equivalente al 6% anual sobre la suma de TREINTA

MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS M.L.C. (\$30.675.000.00.), dejada de consignar a mi poderdante y a ordenes del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, proceso ejecutivo No. 16.403.

Quinta. Que se condene igualmente al Departamento de Bolívar-Gobernación de Bolívar, y a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación a pagar a favor de mi poderdante la indemnización por perjuicios directos y futuros causados, por no darle cumplimiento a la orden emanada del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, proceso ejecutivo singular No. 16.403, mediante los oficios 1817 y subsiguientes, teniendo en cuenta el perjuicio causado y el que en el futuro se cause, los cuales deben tasarse en la suma de Cien Salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sentencia y su ejecutoria.

Sexta: Que el Departamento de Bolívar-Gobernación de Bolívar, y la Industria Licorera de Bolívar en liquidación dará cumplimiento a la sentencia en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se tendrá en cuenta lo disuelto en las sentencias emanadas por la honorable Corte Constitucional al respecto. El valor del salario mínimo legal mensual aplicable en este asunto será el que estuviere vigente para el momento de proferida la sentencia."

V. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDADES DEMANDADAS

INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN. (Folio 47-58)¹

La entidad accionada se opuso a cada una de las pretensiones objeto de la presente demanda. En su escrito manifiesta que "[E]l oficio 1586 emanado supuestamente del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, no se recibió en la fecha en que se anota en que se anota en el mismo, con un sello superpuesto, septiembre 17 de 2004, y por tanto el pagador de la liquidación no tuvo el conocimiento de la existencia del embargo y secuestro ordenado supuestamente en el mentado oficio".

¹ La contestación de la demanda fue presentada el 28 de mayo de 2010

Propone las excepciones de caducidad de la acción y que existe un pleito pendiente, persiguiendo el pago de la misma suma de dinero en el proceso ejecutivo contra la COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITO DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR Y SIMILARES, por lo que es posible que la demandante adquiera un doble pago por una misma obligación. Así mismo, presenta la excepción de buena fe y de preclusión de la oportunidad para solicitar el reconocimiento y pago de las pretensiones materia de la demanda.

Dentro de los argumentos de expuestos en su defensa, el ente demandado sostiene que el proceso liquidatorio se llevó a cabo atendiendo todas las reclamaciones presentadas por los acreedores, y con la formalidad determinada en el ordenamiento jurídico.

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

No presentó contestación de la demanda.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 22 de febrero de 2010 (Folio 40-41).
- Por Auto calendarado del 08 de marzo de 2011 se abrió a pruebas el presente proceso. (Folio 69-70).
- Mediante auto de fecha 13 de octubre de 2011 se corrió traslado para alegar de conclusión. (Folio 351).
- El 30 de abril de 2012 se profiere sentencia denegando las pretensiones de la demanda (Folios 381 a 198).

VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

En la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, el *a quo* procedió en primer lugar al estudio de las excepciones propuestas por la entidad demandada INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR EN LIQUIDACIÓN, y estimó que las mismas no

² Folios 381 a 399.

tenían vocación de prosperidad, ya que la demanda sí se había presentado dentro del término legal, que no existían las mismas partes en el proceso ejecutivo y en el proceso de reparación directa y que la demandante no tenía la calidad de acreedora para incluirse en el proceso liquidatorio de la Industria Licorera de Bolívar.

Sobre el incidente de tacha de falsedad respecto al Oficio No. 1586 de agosto 5 de 2004, al manifestar la parte demandante que se encontraba adulterado, el *a quo* determinó que dicha falsedad no había sido demostrada por la parte interesada, *“toda vez, que no cumplió con la carga que le correspondía; no obstante haber adelantado el Juzgado todas las gestiones procedentes para tal fin, por lo tanto, el documento puede ser objeto de valoración probatoria, y la estimación conjunta de las demás pruebas obrantes en el expediente”*³.

Adentrándose al estudio del fondo del asunto, el juez de primera instancia consideró como tesis para aplicar en la resolución del problema jurídico, que los entes demandados no habían incurrido en incumplimiento a la prelación de créditos señalada en el Código Civil, y por ese motivo no era posible imputar responsabilidad alguna a título de falla del servicio por omisión. Para el *a quo* resultó suficientemente demostrado que un crédito gozaba de privilegio por provenir de una causa laboral, y frente al segundo, no se verificó que en realidad se hubiera producido su pago.

En cuanto a los elementos que configuran el régimen de responsabilidad, determinó que el daño se encontraba configurado ante la falta de demostración del crédito, por cual se daba por establecido la existencia del mismo.

Con relación a la falla del servicio, el *a quo* procede a realizar un estudio sobre todos los documentos que obran en el expediente, a fin de lograr determinar si los entes demandados incurrieron o no en omisión de la aplicación de las normas que regulan la prelación de créditos. Sobre el punto, el juez de primera instancia concluye en relación al crédito de la actora que éste ostenta el mismo nivel con el crédito del señor Cesar

³ Folio 389

Villalba Morales y que atendiendo a la naturaleza del crédito (quinta clase), la norma indica que los mismos se cubren a prorrata de lo sobrante de la masa, sin consideración a su fecha.

De igual forma, el *a quo* parte de la premisa que no se demostró que al señor Cesar Villalba Morales, se le hubiere cancelado el crédito que tenía con la Cooperativa, por tanto no era posible admitir que los créditos no se hayan cubierto a prorrata, conforme lo dispone la norma.

Finalmente, se concluye en el fallo de primera instancia, que *“de la valoración conjunta de las pruebas que obran en el proceso, evidencia el Despacho que no es procedente declarar administrativamente responsable al Departamento de Bolívar y a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, por no demostrar los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual de las accionadas⁴.”*

VIII. RECURSO DE APELACIÓN⁵

El apoderado de la parte demandante dentro del término legal, presenta recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

Sustenta el recurso interpuesto, aduciendo que obran en el plenario los distintos oficios enviados a las entidades demandadas, mediante los cuales se solicitaba retener los valores correspondientes al crédito de la señora demandante Noris Sierra de Leal.

Considera que: *“En cuanto a que no se puede declarar responsables administrativamente a los demandados, por no existir pruebas que así lo demuestren, quiero manifestar que con los testimonios, los documentos aportados y las*

⁴ Folio 399

⁵ Folios 401 a 404

inspecciones oculares practicadas a las oficinas de los demandados, pudimos demostrar fehacientemente que los demandados incurrieron en una falla del servicio al pagar el proceso ejecutivo singular adelantado ante el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, por el señor Cesar Villalba, siendo que las ordenes de embargos de dicho proceso fueron posteriores a las emanadas por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dentro del proceso 16.403, adelantado por Noris Sierra Leal contra la Cooctraindulibol. Y que dichos dineros fueron girados y consignados por la Secretaria de Hacienda del Departamento de Bolívar, al Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, por valor de \$51.22.525.75.00. Tal como se demostró con las consignaciones aportadas y las encontradas en copias al carbón en la diligencia de inspección ocular adelantada ante la Tesorería Departamental, y lo anterior corroborado con la copia auténtica del proceso ejecutivo singular adelantado ante el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, el cual hay copia auténtica en este proceso, y en el se demuestra que el título judicial sí fue pagado al demandante señor CESAR VILLALBA MORALES.”

Conforme lo expuesto solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones del libelo demandatorio.

IX. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Mediante auto del 24 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación (Folio 409).
- Por auto calendarado del 07 de noviembre de 2012 se corrió traslado para alegar de conclusión (Folio 411)
- Con informe secretarial del 11 de enero de 2012, el proceso ingresó al despacho para dictar sentencia.

X. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO⁶.

⁶ Folios 276 a 285.

La señora Procuradora Judicial para asuntos administrativos delegada ante esta Corporación, desistió de emitir concepto dentro del proceso de la referencia.

XI.- CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

Competencia.

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

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior razón por la cual, la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

Caducidad.

Se tiene que los hechos que dieron motivo a la presentación de esta demanda ocurrieron el día **03 de marzo de 2009**, cuando la demandante es notificada de acuerdo a lo solicitado, que la suma de dinero debida por el Departamento de Bolívar a la Cooperativa demandada en el proceso ejecutivo COOTRAINDULIBOL, había sido consignada el día 09 de mayo de 2008 a órdenes del Juzgado Primero Laboral de Cartagena y al Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, y la acción fue instaurada el día 04 de diciembre de 2009, lo cual permite aseverar que la demanda se interpuso dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los hechos que dieron motivo a esta acción; lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 numeral

8° del C.C.A.

2. Síntesis del caso.

En el caso *sub examine* pretende la parte actora que se declare administrativamente y extracontractualmente responsable a la Gobernación de Bolívar y a la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, por los perjuicios causados a la demandante, con ocasión de la falla del servicio en la Administración, al haber omitido dar cumplimiento a los oficios de embargo de dinero emanados del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena y que fueron presentados con antelación a los oficios emanados del Juzgado Primero Laboral de Cartagena y Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena.

Por su parte, las entidades demandadas, en especial la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, aduce que los oficios con los cuales la demandante sustenta que su crédito se encontraba notificado con anterioridad a los que se pagaron, no fueron recibidos por dicha Corporación, y por tal motivo se procedió a realizar el pago de los créditos que se habían hecho valer en legal forma.

La decisión de primera instancia, consistió en negar las pretensiones de la demanda, aduciendo que a partir del material probatorio allegado al expediente, no era posible verificar que se hubiere alterado la prelación en el pago de los créditos, o que se hubiere desconocido la existencia del mismo.

En virtud de dicha decisión, la parte recurrente confrontando lo sostenido por el fallador de primera instancia, aduce que sí existe material probatorio (testimonios, documentos e inspecciones judiciales) que demuestran la falla del servicio de los entes demandados al no pagar el proceso ejecutivo singular adelantado por la señora demandante, prefiriendo el pago a órdenes del Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, el cual fue notificado con posterioridad.

3. Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver dentro del presente asunto, consiste en determinar si conforme a lo decidido por el *a quo*, no hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda, por cuanto no se estructuró el régimen de responsabilidad de falla del servicio, específicamente la parte demandante no demostró que el Departamento de Bolívar y la Industria Licorera de Bolívar en liquidación, incumplieran la aplicación de la prelación de créditos señalada en el Código Civil, o si por el contrario como lo asegura el apoderado de la parte demandante, debe declararse la responsabilidad solicitada.

4. Caso Concreto.

4.1 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron en aquella las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Reitera y resalta la Sala que en el caso en estudio la parte actora estimó que el daño irrogado devino de una falla del servicio por omisión imputable a la demandada, toda vez que no se realizó el pago de su crédito que ostentaba frente a la Cooperativa de Trabajadores de la Industria Licorera de Bolívar, y que las entidades demandadas al haber sido notificadas de forma oportuna, y habérseles requerido en más de una ocasión debieron acatar las órdenes judiciales del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, por lo menos en prelación a la proveniente del Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena.

A partir de esa causa *petendi*, como resulta evidente, la parte demandante estructuró su argumentación hacia la configuración de una falla del servicio por omisión, régimen

del cual hay que mencionar el Consejo de Estado vía jurisprudencial⁷ ha determinado los siguientes requisitos:

"a) Una falta o falla del servicio de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de la que se trata, no es la personal del agente administrativo sino la del servicio o anónima de la administración;

b) lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc. Con las características generales predicadas por el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc;

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización".

Pues bien, bajo este régimen de responsabilidad de la falla del servicio probada, la carga de la prueba de los requisitos arriba mencionados, está a cargo del demandante por regla general y demostrados estos, la parte demandada sólo se podrá exonerar de responder en la medida en que a su vez logre demostrar la debida diligencia, el cuidado, la pericia en la prestación del servicio a su cargo, el hecho de la propia víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la existencia de un caso fortuito y la fuerza mayor.-

⁷ Consejo de estado, sentencia de 28 de octubre de 1976, expediente 1482, Magistrado Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, pasamos ahora a verificar si se encuentran o no reunidos los presupuestos para derivar responsabilidad administrativa a la entidad demandada con fundamento en la teoría de la falla del servicio probada por omisión, como consecuencia de los hechos que han sido puestos de presentes en ésta demanda.

4.2 El daño

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.⁸

Podríamos considerar al daño como el primer elemento de la responsabilidad, ya que sin él, no es necesario entrar a determinar la existencia de los demás; pero ello no significa que sea el elemento único determinante de la responsabilidad, lo que conduce a concluir, que es un elemento necesario, más no suficiente.

Puede existir daño y sin embargo pueda que no exista responsabilidad, bien sea porque el daño no sea consecuencia de una falla del demandado, o por la ruptura del nexo causal.

El daño debe ser personal y cierto, lo primero significa que solamente puede pedir su reparación quien efectivamente lo sufre y lo segundo significa que se excluye el eventual o hipotético, es decir que lo haya sufrido una persona determinada en su patrimonio.⁹

⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alir E. Hernández Enriquez.

⁹ HENAO, Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 129

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

De las pruebas obrantes en el plenario y mediante las cuales se pretende probar el daño, se allegaron las siguientes:

- Copia del Oficio No. **1817** de fecha 7 de octubre de 2003, proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dirigido al señor Cajero Pagador de la Gobernación de Bolívar, recibido el mismo 7 de octubre de 2003; en dicho oficio se informa que dentro del proceso ejecutivo singular presentado por NORIS SIERRA DE LEAL contra la COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITOS DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR se ordenó el embargo y secuestro de las sumas de dineros que por cualquier concepto tuviere que cancelarle la entidad a la cooperativa (Fl. 9).
- Copia del Oficio No. **44** de 20 de enero de 2004, proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dirigido al señor Pagador de la Gobernación de Bolívar y recibido de fecha 4 de febrero de 2004, en el que se le **requiere** a fin que de cumplimiento a la orden de embargo dentro del proceso ejecutivo singular presentado por NORIS SIERRA DE LEAL contra COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITOS DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR (Fl. 28).
- Copia del Oficio No. **690** de 14 de marzo de 2008, emanado del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dirigido al señor Pagador de la Gobernación de Bolívar y recibido de fecha 14 de marzo de 2004, en el que nuevamente se le **requiere** para que de cumplimiento a lo ordenado mediante auto de fecha 02 de octubre de 2003, en el cual se decreta el embargo y retención de las sumas de dinero que por cualquier concepto tenga que

cancelarle a la COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITOS DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR (Fl. 10). Sobre el presente oficio, y reafirmando lo decidido por el *a quo*, no se le otorga mérito probatorio por presentarse inconsistencia entre la fecha de elaboración del oficio con la fecha en la cual es recibido, siendo totalmente discordante o contradictoria.

- Copia del Oficio No. **1586** de 5 de agosto de 2004, emanado del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dirigido al señor Gerente Liquidador de la Licorera de Bolívar en Liquidación, con recibido de fecha 17 de septiembre de 2004, en el que se le informa que dentro del proceso ejecutivo singular presentado por NORIS SIERRA DE LEAL contra la COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITOS DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR se decretó el embargo y secuestro de las sumas de dinero que por cualquier concepto la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, le gire a la Gobernación de Bolívar y sea entregada a la Cooperativa ejecutada, y que debe realizar los descuentos y depositarlos en la cuenta de Depósitos Judiciales (Fl. 11)
- Copia del Oficio No. **691** de 14 de marzo de 2008, emanado del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, dirigido al señor Gerente Liquidador de la Licorera de Bolívar en Liquidación, con recibido de fecha 14 de marzo de 2008, en el que se le informa que dentro del proceso ejecutivo singular presentado por NORIS SIERRA DE LEAL contra la COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITOS DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR se decretó el embargo y retención de las sumas de dinero que por cualquier concepto se dirija a la Cooperativa ejecutada (Fl. 12).
- Copia auténtica del Oficio No. **1535** de 19 de diciembre de 2007, remitido por Secretario del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena, que fue dirigido al señor Gerente Liquidador de la Licorera de Bolívar en Liquidación,

con recibido de fecha 19 de diciembre de 2007, en el que se le informa que dentro del proceso ejecutivo laboral presentado por NANCY MARTÍNEZ PEREIRA contra la COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITOS DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR se decretó el embargo y secuestro de la sumas de dinero que del crédito u otro derecho semejantes a que tiene derecho la Cooperativa de Aportes y Crédito de los Pensionados de la Industria Licorera de Bolívar Similares en Liquidación "COOPENSINDULIBOL", por concepto de descuentos y aportes del año 2003 y que debía consignar el dinero a órdenes del Juzgado en mención. (Fl. 244).

- Copia auténtica del Oficio No. **1815** de 1 de diciembre de 2004, proferido por el Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena, que fue dirigido al señor Pagador de la Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, con recibido de fecha 2 de diciembre de 2004, en el que se le informa que dentro del proceso ejecutivo laboral presentado por CESAR VILLALBA MORALES contra la COOPERATIVA DE APORTES Y CRÉDITOS DE LOS PENSIONADOS DE LA INDUSTRIA LICORERA DE BOLÍVAR se decretó el embargo y secuestro precio de las sumas de dinero que deba recibir la Cooperativa en la empresa Industria Licorera de Bolívar en Liquidación, por concepto de cuotas o aportes que le fueron deducidos a los socios de sus mesadas pensionales correspondiente al año 2003, las cuales se encuentran como acreencias en esa empresa. Se ordena realizar dichos descuentos y se consignen en la cuenta judicial (Fl. 330).
- A folio 212 del expediente se encuentra Orden de pago 0290 de la Tesorería Departamental de la Gobernación de Bolívar de fecha 21 de abril de 2008, dirigida a la Fiduciaria Popular, en la que se indica que se realicen los pagos de las órdenes de embargo proferidas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena a favor de la señora Nancy Martínez Pereira y la proferida por el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena a favor del señor Cesar Villalba Morales. Lo anterior en razón al contrato de encargo fiduciaria celebrado entre

el Departamento de Bolívar y dicha Fiduciaria¹⁰.

Al analizar el anterior acervo probatorio, en relación con el daño que pretende demostrar la parte demandante, encuentra la Sala que del mismo no se predica grado alguno de responsabilidad a la Administración; para la Sala dichos sucesos obedecen a la tramitación de tres procesos judiciales distintos, que con actuaciones predicables para ejecutarse a cargo de la Administración, pero que *per se* no producen perjuicio o daño irremediable a la actora.

Según lo manifestado por la parte demandante, la omisión del pago de su acreencia, frente a la preferencia que se tuvo en el pago de los sumas de dinero ordenadas por los Juzgados Primero Laboral de Cartagena y Undécimo Civil Municipal de Cartagena, desatendió la prelación de crédito que debió respetarse al concursar varios créditos sobre el mismo deudor. Tal omisión, a juicio de la parte actora produjo graves perjuicios, no obstante, para la Sala no pudieron ser demostrados.

En primer lugar, se tiene que si bien la parte actora inició un proceso ejecutivo contra la Cooperativa de Aportes y Créditos de los Pensionados de la Industria Licorera de Bolívar, también lo es que de acuerdo a lo obrante a **folio 366**¹¹, se verifica en el Libro Radicador del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, las distintas actuaciones que correspondieron al proceso ejecutivo singular iniciado por la señora NORIS SIERRA DE LEAL bajo el radicado No. 16403 de 2003 y de ella se aprecia que una vez cursadas todas las etapas (se profiere mandamiento de pago, se decretan medidas cautelares, se profiere sentencia, se liquida el crédito y las costas) se aceptó la REMISIÓN del proceso al representante legal Liquidador de la entidad demandada

¹⁰ En la parte final de la orden de pago se señala: "Las facturas antes relacionadas han sido causadas en el Área de contabilidad del Departamento y en consecuencia se ha registrado los descuentos por concepto de retención, Ica, parafiscales y otros deducciones, cuyas declaraciones y pagos serán elaboradas y presentadas posteriormente por el Departamento y oportunamente ordenaremos los giros correspondientes

AutORIZAMOS acreditar a cada uno de los fondos, los respectivos descuentos.

Los pagos aquí realizados cumplen con las condiciones términos y prioridades contempladas en el acuerdo de Restructuración de Pasivos Ley 550 de 1999 Suscrito por el Departamento de Bolívar.

Atentamente,

LUÍS ROBERTO ÁNGULO BETANCOR

Asesor Unidad Tesorería"

¹¹ Prueba documental remitida por la Secretaria del Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena mediante oficio No. 16 del 18 de enero de 2012

para que se hiciera parte en el proceso liquidatorio de conformidad con lo establecido en el Art. 20 de la Ley 1116 de 2006.

Es importante precisar, que de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, se tiene que la Industria Licorera de Bolívar entró en liquidación con la expedición de la Ordenanza No. 12 del 29 de noviembre de 2003 de la Asamblea Departamental de Bolívar¹², fecha posterior a la iniciación del proceso ejecutivo, y que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006, cuando aún no se había logrado el pago efectivo de la obligación ejecutada, la parte interesada debió dar plena aplicación a lo dispuesto en la citada disposición.

Sustentando lo dicho se tiene, que en la última anotación del Libro Radicador de Procesos llevado por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena, se señala que se remite (expediente) al liquidador de la Cooperativa de los Pensionados de la Industria Licorera de Bolívar Similares en Liquidación con oficio No. 1134 de mayo 22 de 2008 (Fl. 366).

Todo lo anterior demuestra, que la señora NORIS SIERRA DE LEAL, tenía conocimiento perfectamente, a través de su apoderado judicial, del trámite que surtía su proceso ejecutivo, y que el mismo se incorporaría al Régimen de Insolvencia que se llevaba a cabo al interior de la entidad.

De suyo, la decisión tomada por el juez de conocimiento del proceso ejecutivo, obedeció a la solicitud que hiciera el Representante Legal Liquidador de la entidad ejecutada, y sobre ese y demás memoriales debió tener acceso la demandante, como parte ejecutante.

En este sentido, las solicitudes de la parte actora debieron estar encaminadas a obtener dentro del proceso liquidatorio, la participación real y efectiva y con ello asegurar el pago de su acreencia.

¹² Folios 143 a 159

Correspondía por tanto a la parte demandante, desplegar las actuaciones pertinentes en el proceso liquidatorio, por cuanto tenía previamente conocimiento de la transformación que tomaría el proceso ejecutivo y con el seguimiento real, efectivo y eficiente hubiere podido lograr la inclusión en debida forma de su acreencia.

Así las cosas, no resulta evidenciada para la Sala la concreción del daño alegado por la parte actora, pues el proceso ejecutivo desprendiéndose de su originaria naturaleza se convirtió en proceso liquidatorio, el cual se presume de acuerdo a las actuaciones de los funcionarios, y amparado por el principio de legalidad, que fue llevado a cabo con la observancia de todos los requisitos establecidos en las distintas disposiciones.

Incluso, analizando los restantes documentos que hacen parte del acervo probatorio, entre ellas, las copias auténticas del expediente remitido por el Juzgado Undécimo Civil, correspondiente al proceso ejecutivo singular instaurado por el señor CESAR VILLALBA MORALES en contra la de la COOPENSIDULIBOL radicado No. 00923 de 2004, se evidencia que a pesar de que los dineros fueron puestos a disposición de ese juzgado, el título no le fue entregado al ejecutante, pues en virtud de la solicitud del Agente liquidador de la Cooperativa, se decretó mediante auto del 17 de junio de 2008 (Fl. 339) la terminación del proceso, el levantamiento de las medidas cautelares y la remisión de los bienes embargados con el objeto de que hiciera parte de la liquidación de la asociación, por tanto resulta inconcebible sostener que hubo inaplicación de las disposiciones que regulan lo referente a la prelación de los créditos, toda vez que no puede afirmarse con plena certeza que se generó el pago al señor CESAR VILLALBA MORALES. Partiendo de esta tesis, no es posible predicar la existencia de daño alguno a la parte demandante.

Verifica la Sala, que de acuerdo a lo obrante a folio 345, mediante auto del 28 de julio de 2008 el Juzgado Undécimo Civil Municipal de Cartagena, ordenó hacer entrega del título judicial No. 412070000753040 a favor del señor JOSÉ RAMÓN ESCOBAR PALOMINO, en calidad de liquidador. Con lo anterior, se constata que en principio no

se le entregó el dinero al ejecutante dentro del proceso ejecutivo singular tramitado por el Juzgado antes mencionado; y de igual forma se constata que no existe certeza de cuál fue la destinación dada a los recursos remitidos a la masa de liquidación, con los recursos se pudo haber pagado al señor Villalba o a cualquier otro que hubiere tenido una acreencia superior, e incluso a la misma actora. Por tanto no hay lugar a daño o perjuicio alguno en cabeza de la demandante.

De otro lado, la Sala al recordar los planteamientos reiterativos del H. Consejo de Estado, en cuanto a la importancia del daño como elemento configurativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, y las características que hacen parte del mismo, encuentra las siguientes precisiones:

“RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño. Noción

El daño es “el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial”; es el “nocimiento o perjuicio, es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable”, o la lesión de un interés jurídicamente relevante. La jurisprudencia de la Sala, con apoyo en la doctrina nacional y foránea ha sido enfática al señalar que el daño no sólo es el primer elemento de la responsabilidad del Estado, sino que es un elemento imprescindible, porque sin él no hay lugar a declararla, por lo que en su ausencia, resulta inoficioso verificar si se haya o no demostrada la imputación del daño a la entidad demandada.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño. Elementos

Para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe ser: (i) personal, esto es, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, bien se trate de la víctima o sus causahabientes, o de quien resulte damnificado con el daño sufrido por un tercero; (ii) cierto, por oposición al eventual o hipotético, es el perjuicio que aparece debidamente acreditado, a través de cualquier medio probatorio, incluidos los medios indirectos, como el indicio, al margen de que dicho perjuicio sea actual o futuro, porque la certeza

del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia, mientras que el eventual es el daño que "hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no", y (iii) determinado, característica que dice relación a la cuantía del perjuicio, y que en los eventos en los cuales no sea posible su demostración, podrá ser tasada por el juez, con fundamento en criterios de equidad.¹³

El daño es el elemento fundamental y *sine qua non* del juicio de responsabilidad, en tanto al no encontrarse en el presente asunto debidamente acreditado, pues no resulta ser un daño cierto y por el contrario aparece como **eventual o hipotético**, ya que no se encuentra evidencia en el trámite de la primera y la segunda instancia de que el mismo se haya materializado, que haya sido efectivamente generado a la señora NORIS SIERRA DE LELA, ni siquiera obra con certeza a cuanto ascendía el monto de lo realmente era adeudado por la extinta Cooperativa. Así las cosas, resulta inocuo continuar con el estudio de los restantes elementos configurativos de la responsabilidad.

En virtud de lo anterior, y resultando improcedente continuar con el examen de los demás elementos -imputación y el fundamento de la misma-, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha 30 de abril de 2012, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, pero teniendo en cuenta que el fundamento para negar las pretensiones consistió en que no se encontró demostrado el daño que originaría el reconocimiento y pago de la aludida indemnización.

Por último, en cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A., el cual dispone: "*El Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil*"; la Sala no

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 3 de febrero de 2010, Consejera Ponente. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

evidencia en la actitud de la parte demandante temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

XI. DECISION

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta (30) de abril de (2012), proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por otras razones, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

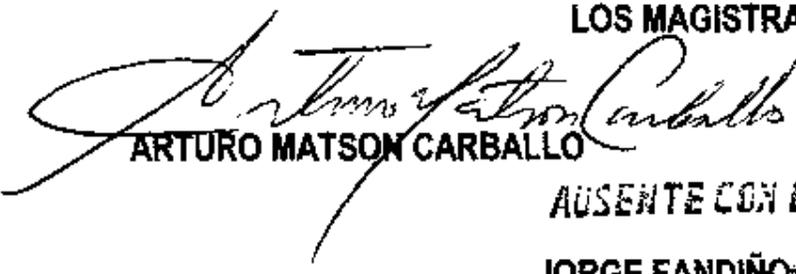
SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO

AUSENTE CON FERNIS D

JORGE FANDIÑO GALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0060

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SOCIEDAD AGUAS DE CARTAGENA S-A-E-S-P
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2006-00523-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG

f: 253 u 264
(1.e)



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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 309 / 2013

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

TEMA: Cuota de Fiscalización.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 004 2006 00523 00

II. PARTES

Demandante: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

Demandado: CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA - DISTRITO DE CARTAGENA.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

En oportunidad legal procede esta Sala de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir la primera instancia del proceso adelantado por la sociedad AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., contra la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA y el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

IV. ANTECEDENTES

A- PRETENSIONES

“1. Que se declare la nulidad de la resolución No. 201 expedida por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS el 4 de octubre de 2005, mediante la cual el órgano fiscal Distrital ordenó recaudar de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. la cuota de fiscalización para la vigencia de 2005 en un porcentaje de 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados durante el año 2004 por valor de trescientos sesenta y cuatro millones trescientos catorce mil novecientos cuarenta pesos M/cte (\$364.314.940,00), constituyó en mora a la demandante y ordenó el cobro coactivo.

2. Que se declare la nulidad de la resolución No. 249 expedida el 15 de diciembre de 2005 por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por el cual al resolver el recurso de reposición confirmó en vía gubernativa el acto inicial o resolución No. 201 de 04 de octubre de 2005.

3. Que como consecuencia de las nulidades solicitadas, que se ordene a la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA devuelva a la Sociedad ACUACAR S.A. E.S.P. la suma de dinero que pague o llegare a pagar a título de cuota de fiscalización para la vigencia de 2005, debidamente indexadas o corregidas, más los intereses de rigor a la tasa legal más alta, desde cuando se hizo el pago coactivo hasta el momento de su reintegro.

4. Igualmente, como consecuencia de las nulidades solicitadas, se ordene a la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA reconocer que la Sociedad ACUACAR S.A. E.S.P. no adeuda cuota alguna de fiscalización para la vigencia de 2004 ni para ninguna otra vigencia fiscal, en razón a que no le es aplicable el párrafo de la ley 617 de 2000, el Acuerdo 15 de 2002 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena ni la resolución 332 de 2002 expedida por la Contraloría Distrital de Cartagena.

5. *Que se condene en costas a la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA en los términos señalados en el artículo 171 del C.C.A. conforme lo modificó el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.*

6. *Que se ordene a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en los términos previstos por el artículo 176 del C.C.A. y se haga efectiva de conformidad con el artículo 177 ibidem."*

B. HECHOS

Los fundamentos fácticos de la demanda se pueden resumir en los siguientes:

Afirmó la parte actora que mediante la Ley 617 de 2000 se dispuso el valor máximo de los gastos de los concejos, personerías, contralorías distritales y municipales.

El artículo 11 de la citada ley estableció un período de transición a partir del año 2001, para los Distritos y Municipios cuyos gastos en Concejos, Personerías y Contralorías, donde se hubieren superados los límites indicados en la Ley.

Manifestó, que el Concejo Distrital de Cartagena, invocando el parágrafo único del artículo 11 de la Ley 617 de 2000, expidió el Acuerdo 015 de agosto 12 de 2002, por medio del cual se fijó la cuota de auditaje a las entidades descentralizadas del orden Distrital en un 0.4%, sin indicar sobre que recaía ese 0.4%.

Que posteriormente la Contraloría mediante Resolución No 323 de 24 de septiembre de 2002, con apoyo en el parágrafo único del artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y en el Acuerdo 015 de 2002, resolvió adoptar la cuota de auditaje de que tratan las normas citadas.

Aseveró la accionante, que sin procedimiento administrativo alguno, el señor Contralor Distrital de Cartagena les envió en fecha 19 de mayo de 2005, una cuenta de cobro donde le facturan una supuesta cuota de fiscalización por la suma de \$364.314.940 por la vigencia fiscal del año 2005.

Que mediante Resolución No 201 de 4 de octubre de 2005, el Contralor Distrital de Cartagena ordenó recaudar de la accionante, la cuota de fiscalización por la vigencia 2005 en un porcentaje de 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados en el año 2004, constituyendo en mora a la demandante y ordenando el cobro coactivo. Decisión que fue recurrida por el representante legal de la sociedad actora, y confirmada por la accionada mediante Resolución 249 de 15 de diciembre de 2005.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Nacional, preámbulo, artículo 6,29,122,338,365 y 367

C.C.A., artículos 1 al 67, 81 y 84.

Ley 142 de 1994, artículos 24,27,49,50,51,186

Ley 489 de 1998, artículos 38,68 y 69

Ley 617 de 2000, artículo 11, párrafo único

El concepto de la violación expuesto por la parte demandante se encuentra visible a folios 5-17 del expediente, del cual se puede destacar lo siguiente:

En cuanto a la cuota auditaje por concepto de vigilancia fiscal, manifestó:

"(...) o sea, la norma define el sujeto pasivo de la cuota de auditaje exclusivamente a las ENTIDADES DESCENTRALIZADAS de orden Distrital y ACUACAR es una empresa de servicios públicos domiciliaria mixta y la ley 489 de 1998 --ley que regula el funcionamiento y estructura de la administración pública NO DEFINIO A ESAS EMPRESAS como entidades descentralizadas.

(...)

- *Solo las empresas de servicios públicos OFICIALES (Art. 14.5, ley 142 de 1994) forman parte de la administración según lo dispuesto por el Art. 68 Ley 480 de 1998, en consecuencia, Acuacar no es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público.*
- *Acuacar es una empresa de servicios públicos mixta (Art. 14.6 ley 142 de 1994) y no una SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. Si bien existe mixtura en su capital, su objeto no consiste en desarrollar una actividad industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, sino prestar un servicio público domiciliario y por consiguiente sometida a un régimen de excepción. (L.142/94)*

Sobre el presupuesto señaló:

"En consecuencia, la Contraloría Distrital de Cartagena no puede realizar los recaudos sin estricta sujeción a las normas presupuestales pues sus rentas hacen parte de las Distritales tal como se desprende de lo establecido en el artículo 3º del Acuerdo 044 de 1998 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, que contienen las normas orgánicas del presupuesto aplicables en el Distrito de Cartagena."

Sobre la violación de los derechos de audiencia y defensa.

"Si revisamos con detenimiento el contenido de las resoluciones atacadas por esta vía, encontramos que además de su expedición Irregular por falta de motivación y por violación de la atribución de competencia del ente fiscalizador demandado, como se expondré (sic) posteriormente, la Contraloría Distrital de Cartagena no sólo ha desconocido la naturaleza jurídica de ACUACAR S.A. E.S.P., sino que además ha desconocido el debido proceso administrativo al no notificar en debida forma a Aguas

de Cartagena la liquidación de la contribución y haber omitido concederle los recursos a que los que (sic) constitucionalmente tiene derecho.

(...)

Es decir, la actuación administrativa que da como resultado una orden de recaudo objeto de las resoluciones demandadas por esta vía, no podía iniciarse con la expedición del acto "por el cual se ordena recaudar la cuota de fiscalización", sino que tal acto administrativo debió ser el resultado de una actuación en la cual oficialmente Aguas de Cartagena SA E.S.P., pudiera expresar todas las consideraciones que se hacen en el presente escrito, especialmente en lo relacionado con la base gravable tenida en cuenta para liquidar la contribución para respetar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que son obligatorios para garantizar el derecho de defensa en cualquier procedimiento administrativo,(sic)"

En cuanto a los vicios de forma manifestó:

"La contraloría demandada, no explicó el método y el sistema aplicado en la liquidación de la contribución que pretende cobrara Acuarcar, ni ha dejado claro el procedimiento utilizado para aplicar las restricciones previstas en el artículo 11 de la ley 617 de 2000 y el artículo primero de la Resolución 332 de 2002 expedida por el ente de control demandado o si al aplicar el porcentaje 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados en el año 2004, tomó en cuenta que sólo es aplicable en relación con los recursos estatales de la sociedad y no en relación con los privados tal como lo fijó la doctrina de la Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2001.

(...)

Revisada la resolución demandada, se advierte entonces que la misma no fue debidamente motivada, omitiendo así uno de los elementos sustanciales de su formación, como es la motivación, dando lugar con ello a que el acto sea anulable.

En cuanto a los vicios de incompetencia.

"Quiere lo anterior decir que al momento de expedir los actos administrativos demandados, el Contralor Distrital de Cartagena debió respetar las leyes y reglamentos aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, más sin embargo, en una manifiesta desviación de sus competencias desconoció tales normas, excediéndose en sus atribuciones al expedir los actos atacados."

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

V.1 CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA. (Folio 179 a 191)

La entidad demandada recorrió el traslado en forma oportuna mediante el escrito que obra a folios 179 a 191 del expediente. En esa oportunidad manifestó su oposición a cada una de las pretensiones de la demanda, indicando en su contestación entre otras cosas lo siguiente:

Es claro, pues, que el procedimiento para el cobro de la cuota de auditaje a la empresa ACUACAR S.A. ha sido soportado en argumentos de hecho y de derecho sólidos, serios y acordes con la función constitucional de la Contraloría Distrital de Cartagena. Otro aspecto que se debe tener en cuenta es que el cobro de la cuota de fiscalización del 2.005, producida por despacho del señor contralor y fue debidamente comunicada a la empresa obligada.

Habiendo transcurrido más de 30 días hábiles desde la comunicación de la cuenta de cobro, ante el silencio de la obligada y dado que no había efectuado su cancelación, se profirió la Resolución 201 del 4 de Octubre de 2005 donde se constituyó en mora y se ordenó el recaudo de la cuota de fiscalización a cargo de ACUACAR S.A. E.S.P. Con ello se cumplió el precepto del artículo 35 C.C.A., pues habiéndose dado oportunidad al interesado para expresar sus opiniones, se tomó la decisión debidamente motivada que fue objeto del recurso de Reposición de 18 de Octubre de 2005, que se desata, lo que prueba el respeto al debido proceso y al derecho de

defensa y contradicción de la persona jurídica recurrente.

En tales consideraciones se exponen, entre otros, los presupuestos de hecho y derecho para el cobro de la cuota de auditaje a la empresa ACUACAR S.A. E.S.P., no en razón de su naturaleza, sino de su composición accionaria, donde priman los recursos del Distrito de Cartagena de Indias y que por tanto no pueden estar exentos del control fiscal ejercido por la Contraloría Distrital.

V.2 DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS. (Folio 229-239)

El Distrito de Cartagena se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando concretamente que el surgimiento de los actos administrativos que hoy son objeto de reparo por la demandante, se ajustaron a las formalidades constitucionales y legales, en contravía de lo que erradamente manifiesta el vocero judicial de la demandante, pues el señor Contralor Distrital si tenía y tiene competencia para expedir el acto administrativo donde se adoptan las cuotas de auditaje, todo de conformidad con los artículos 267, 268, y 272 de la Constitución Política Colombiana, y lo preceptuado en los artículos 5 de la ley 489 de 1998, y 11 de la ley 617 de 2000, al igual que para la expedición de las resoluciones 201, y 249 de 2005; el objeto es más que claro, recaudar las cuotas de auditaje establecidas en la Constitución, la ley, y los reglamentos (acuerdo); la voluntad es clara, cierta, libre, y espontánea amparada en la Constitución y la ley; la forma no merece comentario alguno; la motivación está plenamente demostrada, la cual se puede colegir de la sola lectura de los actos acusados; y por último la notificación se practicó en legal forma.

Los actos acusados no adolecen de los vicios que se le endilgan, por el contrario a juicio del Distrito fueron expedidos respetando la Constitución, las leyes, y los reglamentos, pues no es cierto que hayan violado los preceptos constitucionales y legales alegados, pues la competencia está más que demostrada, fueron expedidos y amparados en los procedimientos legales, fueron notificados en legal forma, y por último se respetó el debido proceso y el derecho de defensa, prueba de ello fueron los recursos interpuestos, los cuales se les imprimió el trámite de rigor, resolviéndolos en

forma oportuna.

Indica que la naturaleza jurídica de la demandante no se discute por ninguna de las partes, esto es, tanto ACUACAR como la Contraloría Distrital son coincidentes en sus apreciaciones al considerar a AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. como una entidad de servicios públicos domiciliarios mixta, lo que sí es claro para la Contraloría Distrital es la obligación a cargo de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., al sostener que el capital de la demandada lo integran capital público (en este caso del Distrito), y capital privado de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., por lo tanto le es aplicable por parte de este Órgano de Control el control fiscal previsto en la Constitución Política y las leyes; dado lo anterior, sostiene la Contraloría que no es desacertado el recaudo de la cuota de auditaje impuesto a AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.; por otra parte la Contraloría Distrital es del concepto de que las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, forman parte de la estructura del Estado, y pertenecen a la Rama Ejecutiva del sector público en su carácter de Entidades Descentralizadas por servicios. Resulta absurdo el planteamiento de la demandante de que solo se puede auditar o controlar fiscalmente el aporte estatal y no el restante que da origen a la mixtura, porque, como es obvio, solo puede preservarse el interés estatal mediante el auditaje y control de todo el desenvolvimiento fiscal de la empresa de la naturaleza ya mencionada.

EXCEPCIONES

Si bien es cierto que dentro del proceso administrativo no se encuentran contempladas en forma expresa la formulación de excepciones previas, no es menos cierto que los hechos que configuran dichas excepciones pueden ser propuestas dentro de la actuación en la oportunidad para contestar la demanda.

En razón a lo anterior se propone como tal la siguiente:

❖ INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA O

DEFECTUOSA PETICIÓN.

Se formula esta excepción al considerar que junto con los actos acusados debió demandarse asimismo la nulidad de la cuenta de cobro emitida por la Contraloría Distrital de Cartagena de fecha 18 de mayo de 2005, en la cual se le liquidó y cobró a AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. la cuota de auditaje adoptada en la resolución 323 de 2002 emanada de la Contraloría Distrital, la cual fue enviada oportunamente y a la que se opuso en su debida oportunidad el representante legal de la demandante, que en este caso fue la primera actuación que dio origen al surgimiento de los actos administrativos acusados, los cuales lo único que hicieron fue constituir en mora a la demandante por el no pago oportuno de la cuota de auditaje impuesta.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante auto del 12 de junio de 2006 se admitió la demanda (Fl. 171), al tiempo que se ordenó notificar a la parte demandada, al Agente del Ministerio Público, la fijación en lista del proceso, se señaló una suma para gastos del proceso y se reconoció al apoderado de la parte demandante.

La fijación en lista se surtió entre los días 20 de febrero de 2007 (Fl. 171 respaldo).

La apertura a pruebas del proceso se dispuso mediante auto del 14 de septiembre de 2007.

La oportunidad para alegar de conclusión se dio en forma común a las partes mediante providencia del 15 de agosto de 2012.

VII.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo,

que dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los procesos en los que se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estudiada la demanda, se tiene que el monto reclamado es la suma de (\$364.314.940), el cual fue fijado en la Resolución No. 201 del 4 de octubre de 2005. Así las cosas, observa esta Sala de decisión que la cuantía establecida por la sociedad demandante al momento de la presentación de la demanda superaba el monto legalmente establecido en el mencionado artículo. En consecuencia, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por razón del territorio y de la cuantía.

2. Caducidad.

La presente acción fue iniciada en tiempo puesto que la última decisión administrativa (Resolución No.249), fue expedida el 15 de diciembre de 2005 y notificada el 19 de diciembre de 2005¹; y la demanda fue presentada el 17 de abril de 2006, es decir, dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es (4) meses calendario contados a partir del día siguiente de su notificación (numeral 2º del art. 136 del C.C.A.).

3. Cuestión previa.

El Distrito de Cartagena en su escrito de contestación de la demanda, presentó la excepción de "INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA O DEFECTUOSA PETICIÓN", argumentando su excepción en el sentido de manifestar que en el asunto tratado la parte demandante debió demandar la nulidad de la cuenta de cobro emitida por la Contraloría Distrital de Cartagena de fecha 18 de mayo de 2005, en la cual se le liquidó y cobró a AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. la cuota de auditaje adoptada en la resolución 323 de 2002 emanada de la Contraloría Distrital,

¹ Folio 28-33 del expediente

la cual fue enviada oportunamente y a la que se opuso en su debida oportunidad el representante legal de la demandante, que en este caso fue la primera actuación que dio origen al surgimiento de los actos administrativos acusados, los cuales lo único que hicieron fue constituir en mora a la demandante por el no pago oportuno de la cuota de auditaje impuesta.

A juicio de esta Sala la excepción propuesta por el Distrito no está llamada a prosperar, pues la cuenta de cobro no puede ser entendida como un acto administrativo enjuiciable ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues dicho documento es una consecuencia de la decisión administrativa, por medio del cual se requiere el pago de la cuota de fiscalización, pero en ningún momento puede constituirse como una decisión administrativa, por consiguiente no se accederá a decretar la prosperidad de la excepción propuesta.

4. Actos acusados.

En el caso bajo estudio el demandante persigue la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

4.1 Resolución No. 201 expedida por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS el 4 de octubre de 2005, mediante la cual el órgano fiscal Distrital ordenó recaudar de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. la cuota de fiscalización para la vigencia de 2005 en un porcentaje de 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados durante el año 2004 por valor de trescientos sesenta y cuatro millones trescientos catorce mil novecientos cuarenta pesos M/cte (\$364.314.940,00), constituyó en mora a la demandante y ordenó el cobro coactivo. (Folio 26-27)

4.2. Que se declare la nulidad de la resolución No. 249 expedida el 15 de diciembre de 2005 por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS,

por el cual al resolver el recurso de reposición confirmó en vía gubernativa el acto inicial o resolución No. 201 de 04 de octubre de 2005. (Folio 28-33)

5. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico gira en torno a determinar, ¿primeramente si la sociedad actora ostenta la calidad de "entidad descentralizada" y, en tal virtud, estaba obligada a cancelar o no, las cuotas de fiscalización correspondientes al año 2005?, y en caso de asertiva el primer cuestionamiento, determinar si los actos acusados se encontraban viciados de algún vicio que acarree su nulidad.

Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario hacer las siguientes consideraciones.

6. Marco Jurídico y Jurisprudencial.

Mediante la Ley 617 de 2000 se reformó parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adicionó la Ley Orgánica de Presupuesto, y se dictaron otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y la racionalización del gasto público nacional.

Dicha normatividad ajustó los valores máximos en que debían incurrir los gastos de los Concejos, Personerías, Contralorías Distritales y Municipales, y en aras de su cumplimiento concedió un periodo de transición en que debían ajustarse los mismos.

El artículo 11 señaló lo concerniente al periodo de transición, así:

"Artículo 11. Periodo de transición para ajustar los gastos de los concejos, las personerías, las contralorías distritales y municipales. Se establece un periodo de transición a partir del año 2001, para los distritos y municipios

cuyos gastos en concejos, personerías y contralorías, donde las hubiere, superen los límites establecidos en los artículos anteriores, de forma tal que al monto máximo de gastos autorizado en salarios mínimos en el artículo décimo se podrá sumar por período fiscal, los siguientes porcentajes de los ingresos corrientes de libre destinación de cada entidad:

(Tabla...)

Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización. (negritas fuera de texto)

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda distrital o municipal, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de audifaje establecidas en el presente artículo."

Por su parte, la **Ley 142 de 1994**, "Por la cual se establece el régimen de los servicios

públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.” establece:

“Artículo 14. Definiciones. *Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

“14.5. Empresa de Servicios Públicos Oficiales. *Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes”.*

14.6. Empresa de Servicios Públicos Mixta. *Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

14.7. Empresa de Servicios Públicos Privada. *Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”*

“Artículo 15.- Personas que prestan servicios públicos. *Pueden prestar los servicios públicos:*

“15.1. Las empresas de servicios públicos.

“15.2. ...”

“Artículo 17.- Naturaleza. *Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.*

“Parágrafo 1º. *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.*

“Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las

correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta ley.

“Parágrafo 2º. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas”.

“27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales”.

“Artículo 50.- Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado (con la modificación introducida por el artículo 5º de la Ley 689 de 2001). El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista”. (negritas fuera de texto)

La Ley 489 de 1998, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, dispuso:

"ARTICULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

"1. Del Sector Central:

"a)...

"2. Del Sector descentralizado por servicios:

"a) Los establecimientos públicos;

"b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

"c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

"d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

"e) Los institutos científicos y tecnológicos;

"f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

"g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

"PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

"PARAGRAFO 2o. ...".

“Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes”.

“Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

“Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

“Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

“Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las

reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

"a) ...

"El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

"A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 12, 13, 17, 27, numerales 2º, 3º, 4º, 5º, y 7º, y 183 de la Ley 142 de 1994.

"..."

"Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

"Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

"..."

"Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas

industriales y comerciales del Estado". (negritas fuera de texto)

En cuanto al control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliario, contempló la Corte Constitucional en sentencia C-1191 de 2000, mediante la cual declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto 266 de 2000, lo siguiente:

"...Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre los alcances del control fiscal y, ha dicho: "El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar –mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley." (Sent. C-586 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo).

Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos

que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. **De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.**

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con

los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional...".(negritas fuera de texto)

Referente al tema tratado el honorable Consejo de Estado SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA - Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008) - Radicación número: 25000-23-27-000-2003-00230-01 - Actor: ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. - Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Referencia: APELACION SENTENCIA, dijo lo siguiente:

"Que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas del orden nacional están sujetas al control fiscal de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (artículo 267 de la Constitución Política), en tanto integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, ya que se pueden encuadrar, bien dentro de los organismos creados por la ley que tienen un régimen especial (artículos 365 de la Constitución Política y 40 de la Ley 489 de 1998), bien dentro de las sociedades de economía mixta, o bien dentro de las personas jurídicas que manejan recursos del Estado, a los cuales se refiere el artículo 2º de la Ley 42 de 1993. Que sobre los aportes oficiales de las empresas de servicios públicos, se aplica la vigilancia de la CONTRALORÍA

GENERAL DE LA REPÚBLICA (artículos 27.4 y 50 de la Ley 142 de 1994), de las contralorías departamentales y de las contralorías municipales, según el caso, aportes oficiales que se encuentran tanto en las empresas de servicios públicos oficiales como en las empresas de servicios públicas mixtas (artículo 14.5 y 14.6, ibídem).

(...)

Que el control fiscal es una función pública que vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes en todos sus órdenes y niveles, función ejercida por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la Ley 42 de 1993, los cuales prevalecen, al igual que las demás disposiciones dictadas por el Contralor General de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 268, numeral 12, de la Constitución Política (artículos 4º y 6º de la Ley 42 de 1993). Que la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal sobre las entidades que manejen bienes o recursos de la Nación en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley; que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; y que dicha vigilancia es autónoma y se ejerce de manera independiente sobre cualquiera otra forma de inspección y vigilancia administrativa (artículos 267 de la Constitución Política y 7º y 9º de la Ley 42 de 1993). Que la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, que será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República.

(...)

Aplicando lo anteriormente extractado al caso específico de la actora, la Sala arriba a las siguientes conclusiones: Que ELECTROLIMA S.A. E.S.P.,

empresa de servicios públicos mixta, por el simple hecho de manejar fondos del Estado es sujeto de control fiscal por parte de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Que la sola circunstancia de ser sujeto de control fiscal da lugar a que también sea sujeto de la cuota de auditaje a que se refiere el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, norma que no hizo excepción alguna, ya que la única condición que exigió para que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA pueda cobrarla es, precisamente, que el organismo o entidad sea sujeto de control fiscal, como en efecto lo es la parte actora. Que si bien es cierto que en materia de las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios prevalece la Ley 142 de 1994, también lo es que en materia de control fiscal prevalece la Ley 42 de 1993, que señala como sujetos de control fiscal a quienes manejen fondos o recursos públicos. Que los artículos 4º de la Ley 106 de 1993 y 4º del Decreto Ley 267 de 2000 constituyen el fundamento legal para que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA cobre a ELECTROLIMA E.S.P., empresa mixta de servicios públicos domiciliarios del orden nacional, la cuota de auditaje que se cuestiona. Que el hecho de que la actora pague a la CREG y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sendas contribuciones para que éstas recuperen, respectivamente, los costos del servicio de regulación y de control y vigilancia que le prestan no la exime del pago de la cuota de auditaje a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, pues ésta última tiene como causa el control fiscal sobre sus aportes oficiales. Vistas las anteriores conclusiones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en consecuencia, denegará las pretensiones de la demanda, pues lo cierto es que al ser ELECTROLIMA E.S.P. una empresa de servicios públicos mixta del orden nacional sujeta al control fiscal de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, adeuda a dicho ente fiscalizador la suma fijada en los actos acusados."

7. Tesis de la Sala.

Denegará esta Corporación las pretensiones de la demanda, toda vez que la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. -ACUACAR- es para efectos del caso bajo estudio, una entidad descentralizada de carácter mixto, en tal virtud, se encontraba sujeta al

deber de cancelar a la Contraloría Distrital de Cartagena la cuota de fiscalización a que se refieren el párrafo del artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y las Resoluciones acusadas. Además de no haberse generado vicios de nulidad en su expedición.

8. Hechos relevantes probados.

1. Se encuentra probado la existencia y representación de la sociedad actora, a través del certificado de cámara de comercio obrante a folio 21 a 25.
2. Se acreditó además la actuación administrativa por medio de la cual el ente de control fiscal Distrital ordena recaudar una cuota de fiscalización, mediante los actos acusados, así como las actuaciones previas a la expedición de los actos administrativos, además de los actos administrativos que sirvieron de fundamento a las Resoluciones acusadas que constan a folios 26 a 170.

El accionante plantea cinco cargos contra los actos acusados: **I. De la violación a la norma superior: i.- Cuota de auditaje por concepto de vigilancia fiscal ii.- Presupuesto II. Violación de los derechos de audiencia y defensa III. Vicios de forma IV. Vicios de incompetencia.**

Procede la Sala a analizar cada uno de los cargos planteados.

I. De la violación de la norma superior.

i. Cuota de auditaje por concepto de vigilancia fiscal.

Sostiene la parte actora que se encuentra exenta de pagar la cuota de auditaje dispuesta en el artículo 11 de la Ley 617 de 2000, porque dicha norma señaló como sujeto pasivo a las entidades descentralizadas del orden Distrital, y ella es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, que si bien tiene una vigilancia

debido al aporte Estatal de que es objeto la sociedad, ello no es motivo *per se*, para hacerla sujeto pasivo de la cuota de fiscalización señalada en la norma.

Afirma la sociedad actora, que las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales son las que se consideran descentralizadas, más no las E.S.P. mixtas, pues ellas quedaron por fuera de la regulación de la Ley 489 de 1998.

Considera la Sala que sobre los aportes oficiales de las empresas de servicios públicos, se aplica la vigilancia de las Contralorías departamentales y municipales (artículos 27.4 y 50 de la Ley 142 de 1994), según el caso; aportes oficiales que se generan tanto en las empresas de servicios públicos oficiales como en las empresas de servicios públicas mixtas (artículo 14.5 y 14.6, *ibidem*).

Que la sujeción al control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas se da por parte de la Contraloría General, como quiera que éstas integran la Rama Ejecutiva del orden nacional, ya sea porque son organismos con un régimen especial, porque constituyen sociedades de economía mixta o porque se encuadran dentro de las personas jurídicas que manejan recursos del Estado.

Por lo tanto se puede afirmar, que Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. empresa de servicios públicos mixta, por el simple hecho de manejar fondos del Estado es sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría Distrital de Cartagena, ya que su composición accionaria es 50% del Distrito de Cartagena de Indias², 45.9% del Socio Operador Aguas de Barcelona y 4.1% de otros accionistas privados; lo que a su vez la caracteriza como una entidad de economía mixta, sin dejar de lado el objeto principal, que es la prestación de servicios públicos.

No obstante la prestación de un servicio público domiciliario es cobijada por el régimen especial de la Ley 142 de 1998, ello no la exime del control fiscal que se

² Tal como se señala en la página web de la entidad, www.ocuacar.com/historia.

ejerce sobre quienes manejen fondos o recursos públicos.

El carácter de entidades descentralizadas de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas ha sido analizada por la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, al estudiar casos similares al hoy debatido; en su momento dispuso:

"Ahora bien, tal como lo anota el señor agente del Ministerio Público en su concepto, es cierto que el Consejo de Estado ha manifestado en pronunciamientos anteriores que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios ostentan el carácter de entidades descentralizadas. En efecto, en su sentencia del 1° de abril de 2009, Expediente número 11001-03-26-000-2007-00075-00(34846), con ponencia del Doctor ENRIQUE GIL BOTERO, la Sala señaló: (negritas y subrayas fuera de texto)

1.2. Reiteración de la Sala, frente a las nuevas circunstancias y con argumentos adicionales, sobre la naturaleza estatal de las empresas mixtas de SPD y de las privadas con participación estatal, sin importar el porcentaje de capital público, e incidencia sobre la competencia de esta jurisdicción para conocer de sus conflictos.

En el presente caso, además de reiterar la anterior posición, la Sala abordará, una vez más, el análisis de la naturaleza jurídica de las empresas mixtas de SPD, teniendo en cuenta que se han producido nuevas decisiones judiciales que han incidido poderosamente en la consolidación de la postura que tradicionalmente ha manejando esta Sección.

De tal manera, la Sala insiste en su criterio de que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, posición que ha asumido en reiteradas ocasiones³. Al respecto, expresó la Sala, en la sentencia

³ Nota original de la providencia citada: Esta posición fue reiterada, posteriormente, en la sentencia de abril 27 de 2006 Exp. 30.096 Actor: Gloria Masquera de Rivera. Ddo.: ETB SA. ESP.-. En esta ocasión se dijo, de nuevo, que las empresas mixtas de SPD son entidades descentralizadas.

Del mismo modo, en el auto de febrero 8 de 2007 ya citado, se sostuvo que la empresa de SPD denominado Aguas de Oriente, era una entidad estatal, porque se trata de una empresa de SPD de naturaleza mixta.

de marzo 2 de 2006 –Exp. 32.302-, que:

“... La tesis positiva, que comparte la Sala, considera que las empresas mixtas de SPD integran la rama ejecutiva del poder público, por varias razones. (negritas y subrayas fuera de texto)

“En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica. (negritas y subrayas fuera de texto)

“En segundo lugar, porque si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distingan por algún tratamiento especial en su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común. (negritas y subrayas fuera de texto)

[...]

“En tercer lugar, también pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2, de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurra, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado. (negritas y subrayas fuera de texto)

[...]

“En cuarto lugar, estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las “empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”, lo cual se

ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella "d) Las empresas sociales del Estado y las **empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios**". A contrario sensu, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas mixtas. (negrillas del texto original)

"Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque –según ya se dijo– las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva "f) Las sociedades públicas y las **sociedades de economía mixta**"

[..]

Este criterio fue recientemente admitido y compartido por la Corte Constitucional, con algunas variaciones, Corporación que a través de la sentencia C-736 de 2007 -que examinó la exequibilidad de los numerales 14.6 y 14.7 de la ley 142 de 1994, así como del art. 38, lit. d) de la ley 489 de 1998- concluyó que este tipo de entidades -las empresas mixtas de SPD-, sin importar el porcentaje de participación pública que se tenga en la empresa, son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público. (negrillas y subrayas fuera de texto)

Los conceptos consignados en la anterior decisión, llevan a la Sala a colegir entonces que la **COMPAÑÍA ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A.-ESP**, es una entidad descentralizada y, en tal virtud, se encuentra sujeta al deber de cancelar a la **CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA** la cuota de fiscalización a que se refieren el párrafo del artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y las **Resoluciones acusadas**. (negrillas fuera de texto)

De conformidad con las consideraciones precedentes, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el día 25 de octubre de 2007 y a denegar las

*pretensiones de la demanda.*⁹

En ese orden de ideas, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, son entidades descentralizadas porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan servicios públicos domiciliarios, cuando integran capital público y privado.

Al estar conformada la Sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. de capital del Distrito de Cartagena y por capital privado del Socio Operador Aguas de Barcelona y de otros accionistas privados, es considerada por esta Corporación acogiendo el criterio del H. Consejo de Estado, una entidad descentralizada a las cuales estaba dirigido el tributo contemplado en la Ley 617 de 2000.

En consecuencia este cargo no prospera.

ii.- Presupuesto

Manifiesta la sociedad demandante que, la Contraloría Distrital de Cartagena no puede realizar los recaudos sin estricta sujeción a las normas presupuestales, pues sus rentas hacen parte de las Distritales tal como se desprende de lo establecido en el artículo 3º del Acuerdo 044 de 1998 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, que contienen las normas orgánicas del presupuesto aplicables en el Distrito de Cartagena, que estaría incorporando recursos adicionales a su presupuesto.

Al respecto considera la Sala, que el fundamento de la cuota de fiscalización está dispuesto en el artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y el Acuerdo 015 de 2002, que contemplaron que la cuota de fiscalización fuera consignada a las Contralorías como un rubro destinado a nivelar los topes máximos señalados en la Ley, ello como

⁹ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 26 de mayo de 2011. Rad. 68001-23-15-000-2003-00658-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

presupuesto aparte de los giros de nivel central. En este sentido el artículo 11 de la Ley 617 de 2000 señaló:

"(...)

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior."

En consideración a ello, el legislador previó varias fuentes de ingresos, los giros de nivel central y los pagos de fiscalización por parte del nivel descentralizado; en razón a ello el cargo no prospera.

III. Violación de los derechos de audiencia y defensa

Asevera la actora, que se desconoció el debido proceso administrativo al no notificarle en debida forma la liquidación de la contribución y haber omitido concederle los recursos a los que constitucionalmente tenía derecho, que debió existir una actuación previa a la expedición de los actos acusados.

No comparte la Sala los argumentos de la parte accionante, como quiera que se encuentra probado dentro del proceso, a través de las pruebas aportadas por la misma sociedad, que en fecha 25 de mayo de 2005 (Folio 38) se comunicó a la actora el recaudo de la cuota de fiscalización, según constancia de recibido del oficio del 19 de mayo de 2005⁵ a través del cual el Contralor Distrital informa lo adeudado por la cuota de fiscalización.

De igual forma se encuentra demostrado en el expediente la notificación de los actos administrativos acusados, los cuales fueron controvertidos en la vía gubernativa, por

⁵ Folio 38 y ss.

consiguiente, el ente Distrital sí dio comunicación previa a la expedición de los actos acusados, dándole oportunidad a la sociedad de manifestarse al respecto, en consecuencia no prosperará el cargo aducido.

IV. Vicios de forma y de incompetencia.

Al encontrarse fundamentados en los mismos argumentos y por economía procesal, se estudiarán de manera conjunta los referidos cargos.

Sostuvo que la contraloría demandada, no explicó el método y el sistema aplicado en la liquidación de la contribución que pretende cobrar a Acuacar, ni ha dejado claro el procedimiento utilizado para aplicar las restricciones previstas en el artículo 11 de la ley 617 de 2000 y el artículo primero de la Resolución 332 de 2002 expedida por el ente de control demandado o si al aplicar el porcentaje 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados al 31 de diciembre de 2001, tomó en cuenta que sólo es aplicable en relación con los recursos estatales de la sociedad y no en relación con los privados tal como lo fijó la doctrina de la Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2001, por lo anterior consideró que no fue debidamente motivada.

No comparte tampoco la Sala esta consideración de la accionante, por cuanto la parte resolutive del acto acusado, señala cual fue el parámetro utilizado para la liquidación impuesta, además de los anexos de la primera comunicación a la cual también se hizo referencia, que estableció los rubros tenidos en cuenta para efectuar la liquidación.

Por consiguiente, si se efectuó una debida sustentación del acto y la Sala no dará prosperidad al cargo.

Por último, en cuanto a la condena en costas, el Tribunal la negará, teniendo en cuenta que en lo contencioso el legislador conservó el criterio subjetivo para su procedencia, es decir se tiene en cuenta la conducta procesal de las partes, esto es, si actuaron con

temeridad o mala fe, lo cual en el presente caso no se evidencia; lo anterior con fundamento en el artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, que a su tenor literal reza:

"ARTICULO 171. CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión No. 03, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

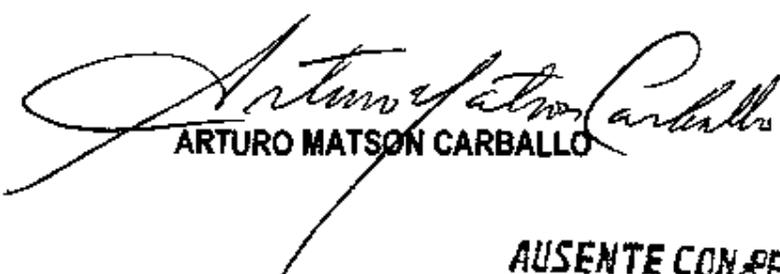
SEGUNDO: Sin condena en costas.

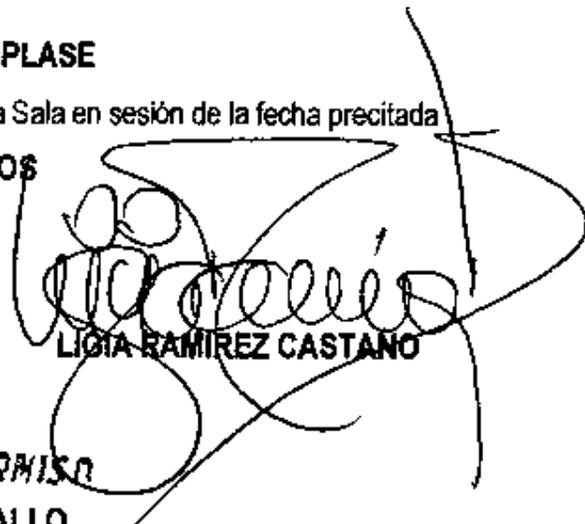
TERCERO: En firme esta providencia devolver el remanente si lo hubiere, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LICIA RAMIREZ CASTANO

AUSENTE CON PERMISO
JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0061

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: CELIO PEÑA HERNANDEZ
DEMANDADO	: CAJA DE SUELDOS D E RETIRO D E LA POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2012-00094-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 270 36
(2.01)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 327 / 2013

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

TEMA: Reajuste asignación de retiro con base en el IPC

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-013-2012-00094-01

II. PARTES

Demandante: CELIO PEÑA HERNANDEZ

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha veintisiete (27) de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda presentada por el señor CELIO PEÑA HERNANDEZ en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones

“PRIMERA: QUE SE DECLARE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el OFICIO N° 1069/ OAJ del 1 de junio de 2011, proferido por a Caja de Sueldos Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual negó al actor el reajuste anual de la asignación de retiro, en los términos del artículo 14 en aplicación del parágrafo 4° del artículo 279 de la ley 100 de 1993, adicionado por el Artículo 1° de la ley 238 de 1995.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ORDENE a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL reajustar la asignación de retiro del actor, con base en el índice de Precios al Consumidor, como lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993, adicionando los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional por el principio de oscilación y la variación porcentual del (I.P.C.) del año inmediatamente anterior; en 1997 el 2,76%; en 1999 el 1,79%, 2002 el 1,65% y 2004 el 0.2%, cambiando la base de liquidación, lo cual deberá afectar el sueldo básico que conforma la prestación social, a partir del año 1997 y subsiguientes con la inclusión en la nómina.

TERCERA: Para que el derecho sea restablecido, el reajuste y liquidación de la asignación mensual de retiro del actor, debe afectarse y reflejarse año por año, conforme el siguiente procedimiento: **“Se toma el Sueldo Básico por oscilación del año anterior (1996) \$247.720, se incrementa sucesivamente aplicando el porcentaje más favorable entre la oscilación y el Índice de Precios al Consumidor IPC para cada vigencia fiscal, generando así un nuevo sueldo básico para cada año.**

Año	Sueldo Básico año anterior	Incremento aplicado	Porcentaje %	Valor incrementado	NUEVO SUELDO BASICO REAL REAJUSTADO
1997	247.720	Variación porcentual IPC	21,63%	53.582	301.302
1998	301.302	Principio de oscilación	17,964%	54.127	355.429
1999	355.429	Variación porcentual IPC	16,70%	59.357	414.785
2000	414.785	Principio de oscilación	9,23%	38.285	453.070
2001	453.070	Principio de oscilación	9,00%	40.776	493.846
2002	493.846	Variación porcentual IPC	7,65%	37.779	531.625
2003	531.625	Principio de oscilación	7,00%	37.214	568.839
2004	568.839	Variación porcentual IPC	6,49%	36.918	605.757

2005	605.757	Principio de oscilación	5,50%	33.317	639.073
2006	639.073	Principio de oscilación	5,00%	31.954	671.027
2007	671.027	Principio de oscilación	4,50%	30.196	701.223
2008	701.223	Principio de oscilación	5,69%	39.900	741.123
2009	741.123	Principio de oscilación	7,67%	56.844	797.967
2010	797.967	Principio de oscilación	2,00%	15.959	813.926
2011	813.926	Principio de oscilación	3,17%	25.801	839.727

Con los nuevos sueldos básicos; aplicando las partidas computables reconocidas, se halla una nueva asignación de retiro que comparada con la asignación de retiro por oscilación para cada vigencia se determina una diferencia; sobre la cual se aplican los descuentos de ley y se indexa me a mes.

CUARTA: CONDENAR a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificados por el (DANE) CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 178 DEL C.C.A., desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores, con la inclusión en la nómina.

QUINTA: ORDENAR a la demandada dar cumplimiento al fallo del presente proceso, dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

SEXTA: SOLICITO reconocerme personería como apoderado del actor en el presente proceso."

2. Hechos

1. "Al actor se le reconoció Asignación de Retiro a partir del 30 de marzo de 1994.
2. La Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, en la vigencia de los años 1997,1999,2002 y 2004; al demandante le reajusto la asignación de retiro en un porcentaje inferior a la variación del (I.P.C.) del año inmediatamente anterior, afectándole la base prestacional con una diferencia en su contra de (6,22%), así:

COMPARATIVO ENTRE EL INCREMENTO POR EL PRINCIPIO DE OSCILACION Y LA VARIACION PORCENTUAL DEL IPC				
AÑO	% INCREMENTO PRINCIPIO DE OSCILACION		VARIACION PORCENTUAL IPC AÑO ANTERIOR	DIFERENCIA PORCENTUAL
	NORMA	% INCREMENTO		
1997	Decreto 122, ene. 16	18,87%	21,63%	-2,76%
1999	Decreto 062, ene. 08	14,91%	16,70%	-1,79%
2002	Decreto 745, abr. 17	6,00%	7,65%	-1,65%
2004	Decreto 4158, Dic. 10	6,48%	6,49%	-0,2%
TOTAL DIFERENCIA				-6,22%

3. *De conformidad con la ley y la línea jurisprudencial, mi prohijado, tiene derecho que la asignación de retiro le sea reajustada en los términos del Artículo 1° de la ley 238 de 1995, a partir del año 1997, cuando el incremento de las mesadas presentaron diferencias con el IPC, derecho que peticiono y le fue negado por la demandada.*

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante sustenta como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 2°, 13, 23, 25, 48, 53, 90, 229.
- Código de Procedimiento Civil: art 23 numeral 1, 18 y 20, 115, 116, 117 y 175.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 45, 57, 61, 84, 85, 134 a 139, 141, 168, 176 a 178.
- Ley 100 de 1993, arts. 14 y 279 parágrafo 4°
- Ley 238 de 1995
- Decreto 1213/90
- Ley 923/04 art. 2, numerales 2.1, 2.4, su Decreto Reglamentario 4433/04 art 42,

Indica que dicho acto, al negar una prestación fundamental apoyándose en la tesis de la existencia de un régimen especial, permitiéndose la aplicación de porcentajes inferiores al IPC en los incrementos legales anuales de las pensiones, le está dando un tratamiento discriminatorio, no ajustándose a los mínimos dispuestos en el sistema general de seguridad social.

Al referirse al artículo 48 de la Constitución Política, manifiesta que conforme a las sentencias C-251 y C-432 de 2004, es procedente aplicar a la asignación de retiro del demandante el artículo 14 de la ley 100 de 1993. Considera que la demandada, al realizar aumentos anuales de la asignación de retiro en un porcentaje debajo de la variación del IPC, actuó en abierta contradicción con el artículo 53 de la Constitución Política, que en materia laboral contempla el primero de favorabilidad.

Manifiesta que se desconoce por parte de la administración los derechos adquiridos, toda vez que al negar los derechos reclamados, dice que la ley 100 de 1993, regula la

carrera de miembros de la policía nacional, siendo ilegal la aplicación de dos normas, lo que es contrario a los pronunciamientos jurisprudenciales que sostienen que los regímenes especiales se ajustan a la Constitución cuando contemplan iguales o superiores a los del régimen especial.

La demandada sustenta su negativa en el principio de nivelación e igualdad, pues estos principios son aplicados a las pensiones en la medida de que no quebrante la norma superior del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, es decir que el porcentaje a incrementar sea igual o superior a la variación del IPC del año anterior, pero contrario a ello, los decretos 1213 de 1990 y 4433 de 2004 permiten que normas de carácter general puedan ser aplicadas a miembros de la fuerza pública.

La ley 100 de 1993 en su artículo 279, conforme al artículo 1 de la ley 238 de 1995 extiende sus beneficios y derechos para los miembros de la fuerza pública.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La entidad demandada no contestó la demanda.

C. LA SENTENCIA CONSULTADA

El juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha veintisiete (27) de mayo de 2013, concediendo las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo Oficio No. 1069/OAJ del 1 de junio de 2011, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, y a su vez a título de restablecimiento del derecho ordeno a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a que efectuó la reliquidación de la asignación de retiro de que es beneficiario el actor en relación con los años 1997, 1999, 2002 y 2004, en razón de que señala que del cálculo se evidencia que durante los años 1997, 1999, 2002 y 2004, el incremento que resulta de la aplicación del índice de precios al consumidor fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional,

extendiendo una diferencia desventajosa para el actor, entre la asignación de retiro percibida y la reajustada con base en el IPC.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Mediante auto de fecha 30 de Septiembre de 2013, y de conformidad con el artículo 184 del C.C.A., se le corre traslado a las partes para alegar de conclusión y se le da traslado al señor Agente del Ministerio Público por cinco (5) días para que emita concepto, si eventualmente lo solicita.
- Finalmente el proceso ingresa para decidir de fondo.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Agente del Ministerio Público desistió de emitir concepto

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

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

2. Acto administrativo acusado.

- OFICIO N° 1069/ OAJ. del 1° de junio de 2011, proferido por a Caja de Sueldos Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual negó al actor el reajuste anual de la asignación de retiro, en los términos del artículo 14 en aplicación del párrafo 4° del artículo 279 de la ley 100 de 1993, adicionado por el Artículo 1° de la ley 238 de 1995.

3. Problema jurídico.

El problema jurídico se contrae a determinar si al señor Celio Peña Hernández , en calidad de retirado de la Policía Nacional, tiene derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reajuste su asignación de retiro aplicando el índice de Precios al Consumidor I.P.C. conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, durante los años 1997, 1999, 2002 y 2004 como lo deprecó en la demanda, igualmente que se precise la prescripción que debe operar consecuencia del reconocimiento del reajuste de conformidad con el IPC en su asignación de retiro.

4. Hechos Probados

- Que mediante resolución No. 3942 de julio de 1994, proferida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le fue reconocida asignación de retiro al señor CELIO PEÑA HERNANDEZ, a partir del día 30 de marzo de 1994. (fl. 22-23)
- Que una vez elevado derecho de petición por el actor la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional profirió el oficio No.1069/OAJ de fecha 1 de Junio de 2011, mediante el cual se negó el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del actor.

5. Marco normativo y jurisprudencial.

5.1. La Naturaleza Jurídica de la Asignación de Retiro

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

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004 con ponencia del M. Dr. Rodrigo Escobar Gil, analiza la constitucionalidad de algunas normas consagradas en el Decreto 2070 de 2003, que introdujo reformas al régimen de personal de la Fuerza Pública, concretamente en cuanto al porcentaje que se aplicaría a la

asignación de retiro, en los eventos señalados en la norma. En esta sentencia se trata de manera específica la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, ya que uno de los cargos de inconstitucionalidad giró en torno a que la misma no tenía una naturaleza prestacional, por lo que no constituía pensión, sino *"un pago por el retiro"* del servicio.

Reza la sentencia:

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

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

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

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

Ahora, un principio de vieja data es la aplicación integral del régimen especial, sin acudir a escoger normas más benéficas del general y la prevalencia de la norma especial sobre la general al tenor del art. 5º de la Ley 57 de 1887; no obstante, la ley bien puede determinar excepciones a esta limitación.

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

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

El sistema de reajuste pensional "oscilatorio" es superior al sistema que se aplica en general, por cuanto mantiene en mejor forma el poder adquisitivo de la mesada pensional, pues siempre aplicará un porcentaje a un salario actual y actualizado; por el contrario, el sistema del reajuste pensional general, parte de una mesada pensional determinada por un porcentaje sobre una base de liquidación pensional de un tiempo establecido, al cual anualmente se le aplica la fórmula de reajuste que ordena la ley, v. gr. el IPC. Al aplicar el sistema de oscilación partiendo del salario actual del empleo y condiciones en que se pensionó un servidor público, para efectuar la comparación de los dos, se observa que el sistema general es en principio de menor protección al trabajador, aunque el IPC de un año sea superior al reajuste que se hace en el régimen militar o policial, pues éste cuenta con otras prerrogativas que en conjunto debieran tenerse en cuenta y no aisladamente.

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

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

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

El Decreto 1212 de 1990, "*Por la cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*", vigente para la fecha de ocurrencia de los

hechos, en el artículo 151, establece la forma como debe reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de la Policía Nacional, al respecto prescribe:

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

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

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

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

que sí es factible la aplicación de normas generales de la administración a los casos sometidos a un régimen especial militar cuando la ley expresamente lo autorice.

5.3. Sistema General de Seguridad Social Integral

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral", en el artículo 14, previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados. La norma en comento prescribe:

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

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

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los

artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Por lo anterior, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibídem, y en consecuencia, tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

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

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

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

artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

(...)

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación (...)"

Finalmente, la Sala advierte que el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor al consagrar en el inciso segundo de la anterior disposición lo siguiente:

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

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

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

"El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado, lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre, pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetua un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector y que el tratamiento dispar no es razonable, se configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la carta.

"No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales.

Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...)"

El Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección "B" de la Sección Segunda, en Sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,¹

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

aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004, debido al cambio de legislación, cuando en estos apartes sostuvo:

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

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

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

Por otra parte, la Ley 923 de diciembre 30 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen pensional y de

asignación de los miembros de la fuerza pública, en desarrollo de esta ley se expidió el Decreto 4433 del día 31 de ese mes y año, el cual volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones en comento.

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

6. Caso concreto.

En atención a que de los hechos que resultaron probados en el expediente y de la lectura del acto acusado, se puede inferir que al demandante se le negó el reajuste de su asignación de retiro, pues señalan que el señor retirado debe tener en cuenta el principio de inescindibilidad normativa, el cual establece que no es procedente la aplicación de fragmentos de normas que se excluyan entre sí, por cuanto regulan dos regímenes de prestaciones diferentes que se excluyen uno al otro, vale decir, que la ley 100 de 1993 (Norma de carácter general que regula las prestaciones de personal NO UNIFORMADO) y los Decretos 1212, 1213 de 1990 y 1091 de 1995 (Normas de carácter especial, QUE REGULA LA CARRERA DE OFICIALES, SUBOFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL), siendo ilegal pretender, que se apliquen dos normas que se excluyen entre sí, por cuanto una regula el sistema general de pensiones y las otras que regulan las prestaciones sociales del personal de la Policía Nacional, razón por la cual considera esta Sala que la asignación de retiro del actor se ha visto menguada al no haberse incrementado en el porcentaje que correspondía, deviene necesario declarar la nulidad del acto acusado. En efecto, la decisión de la entidad accionada desconoció que frente a la asignación de retiro, el demandante tenía derecho a que se le reajustara con base en el IPC en los años que le resultara más favorable frente al principio de oscilación que contempla el régimen especial.

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

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

Conforme a las consideraciones precedentes, se hace necesario hacer la comparación entre los reajustes con el propósito de determinar que efectivamente existe una diferencia en detrimento del actor, es por ello que a continuación mostramos el siguiente cuadro:

AÑO	% REAJUSTE OSCILACION	% REAJUSTE IPC	DIFERENCIA
1997	18,87%	21,63%	-2,76%
1999	14,91%	16,70%	-1,79%
2002	6,00%	7,65%	-1,65%
2004	6,48%	6,49%	-0,2%

Teniendo en cuenta el cuadro comparativo anterior, se evidencia que durante los años 1997, 1999, 2002, y 2004, el incremento que resulta de la aplicación del índice de precios al consumidor fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, existiendo una diferencia desventajosa para el actor, entre la asignación de retiro percibida y la reajustada con base en el IPC, es por ello que considera esta Sala que le asiste derecho al actor de que su asignación de retiro sea reajustada, con base en el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.)

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

Por último en cuanto a la prescripción de las mesadas a partir de qué momento se debe contar, la Sala concluye que se aplicará la prescripción cuatrienal prevista en el Decreto 1213 de 1990, que rige para el personal de la Policía Nacional.

Como el actor elevó la petición que interrumpe el término de prescripción el día 16 de mayo de 2011, se tiene entonces que prescribieron las mesadas anteriores al 16 de mayo de 2007, de tal manera que el pago de las diferencias deberá hacerse a partir de esta última fecha, a partir de la cual se ordenara su pago.

Como quiera que el Juez a-quo realizó un estudio conforme a los lineamientos planteados por el Consejo de Estado y por esta Corporación, resulta en consecuencia procedente confirmar en todas sus partes la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena.

VIII. DECISIÓN.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia consultada proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

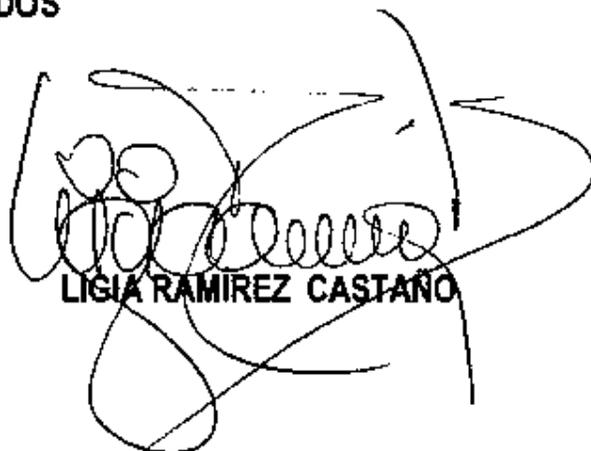
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

AUSENTE DEL TRIBUNAL

JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0062
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: PABLO ANTONIO SOTO LLORENTE
DEMANDADO	: INCORA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2004-00742-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO
(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



P. 292 a 293
(1.07)

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION N° 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

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

SENTENCIA N° 330/2013

Tema: Supresión de Cargo – Requisitos para ser beneficiario de ley 790 de 2002 en Programa de Renovación de la Administración Pública - Estabilidad Laboral Reforzada.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-23-31-000-2004-00742-00

II. PARTES

Demandante: PABLO ANTONIO SOTO LLORENTE

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA" EN LIQUIDACION.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante Acuerdo PSAA12-9201 del 1° de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir en primera instancia la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor PABLO ANTONIO SOTO LLORENTE en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA" EN LIQUIDACION.

IV. ANTECEDENTES

A. La demanda

1. Pretensiones

PRIMERA.- Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 2004 -2- 00838.1, de fecha 2 de febrero de 2004, suscrito por el Asesor de Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA en Liquidación, mediante el cual se le negó a mi mandante la petición de supresión del cargo, TECNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 15 del cual es titular en la dependencia INCORA Regional BOLÍVAR.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la declaración anterior que solicita, y a título de Restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA en Liquidación, representado por el Gerente Liquidador, para que proceda a incluir en el programa de supresión de cargos el de TECNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 15, del cual es titular mi poderdante ANTONIO SOTO LLORENTE, en la dependencia INCORA Regional BOLIVAR, dentro del plazo para la supresión de empleos y para los efectos contemplados en los artículos 15 y 17 Capítulo III del Decreto 1292 de mayo 21 de 2003.

TERCERA.- Que se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA en Liquidación, adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia, dentro del término a que se refiere el artículo 176 del C.C.A."

2. Hechos.

El demandante basa sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes:

Afirma que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1292 del 21 de mayo de 2003, ordenó la supresión y liquidación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA"; que mediante Decreto 1300 de 21 de mayo de 2003, se crea el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA"; que desempeñaba funciones como titular del cargo TECNICO OPERATIVO Código 4080

Grado 15, asignado a la dependencia INCORA Regional BOLÍVAR, con sede en la ciudad de Cartagena, inscrito en el escalafón de CARRERA ADMINISTRATIVA.

Que mediante Decreto 2100 de 28 de julio de 2003, se ordenó la supresión de unos cargos de la planta de personal del INCORA en Liquidación, y explica que con este decreto se suprimió la dependencia del INCORA en Bolívar; que en el Decreto 2100 de 2003, no se incluyó la supresión del cargo de TECNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 15, asignado a la dependencia INCORA Regional BOLÍVAR, que desempeñaba el actor en carrera administrativa.

En atención a ello, el señor Soto presentó derecho de petición ante el INCORA en Liquidación para que procediera a la supresión del cargo TECNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 15, como consecuencia de la supresión del INCORA; que, solicitó observar el procedimiento establecido en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 en concordancia con el artículo 6º del Decreto 2504 de 1998 y el cumplimiento de los términos establecido en dichas normas para garantizar la efectividad de los derechos que le asisten como empleados inscrito en el escalafón de carrera administrativa.

Afirma el actor que está inscrito en el escalafón de CARRERA ADMINISTRATIVA y que la actualización de su inscripción se surtió el 20 de marzo de 1998, como titular del cargo de TECNICO OPERATIVO, Código 4080 Grado 15 del INCORA.

Que el oficio demandado le niega la posibilidad de que su cargo sea suprimido y con base en ello tener la opción de elegir entre indemnización o reincorporación.

B. Normas violadas y concepto de violación.

El demandante considera que con la expedición de los actos acusados se violan las siguientes normas:

- Código Contencioso Administrativo: artículos 85, 206 y siguiente;
- Constitución Política de Colombia: artículos 4º, 13, 58, 122 y 125;
- Ley 153 de 1887: artículo 10, 12;

- Ley 33 de 1985: artículo 1ro;
- Ley 27 de 1992;
- Ley 100 de 1993: artículo 36. inciso 2do;
- Ley 443 de 1998: artículo 39;
- Ley 489 de 1998: artículo 119, parágrafo;
- Decreto 1572 de 1998: artículo 137;
- Decreto 1292 de 2003: Capítulo III.

Como concepto de violación de las normas anteriores, la parte actora expone los siguientes argumentos:

1. La protección temporal contemplada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, comporta un contrasentido en cuanto no permite el retiro de empleados, en el término de tres años contados a partir de la promulgación de la norma, a pesar de haberse suprimido el INCORA.

Que la aludida protección presenta una incompatibilidad porque está en contra de la expresa prohibición del artículo 122 de la Carta Política, que establece una prohibición en el sentido de que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento; que, en ese orden de ideas, no se puede pretender que subsistan empleos sin funciones que desempeñar en el término de tres años como consecuencia de haberse suprimido la entidad (INCORA) a la que estaban asignados; y, que en este caso la dependencia INCORA Regional BOLÍVAR, que tenía sede en Cartagena. desapareció como consecuencia de haberse ordenado la supresión del INCORA.

Invoca la figura de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la Carta Política. por existir incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal; debiendo preferirse la aplicación de la norma superior al tenor de la regla de hermenéutica contenida en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887.

Afirma que, no es posible conciliar la prohibición contenida en el artículo 122 de la Carta Política con la prohibición temporal a que se contrae el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y solicita que se inaplique el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 para declarar la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada incluir en el programa de supresión de cargos, el de Técnico Operativo Código 4080, Grado 15 de la dependencia INCORA Regional BOLÍVAR, para que el titular PABLO ANTONIO SOTO LLORENTE haga efectivo el ejercicio de los derechos adquiridos conforme a la Ley 443 de 1998, en el sentido de optar por recibir indemnización o ser incorporado a un empleo equivalente.

Invoca como precedentes judiciales la Sentencia del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 2000, Sección Primera, Expediente 5654, C.P. MANUEL URUETA AYOLA.

2. La omisión de incluir el cargo del actor en la supresión, así como la negativa dada como respuesta a la petición de suprimir el cargo de TECNICO OPERATIVO Código 4080, Grado 15, persigue desconocer y vulnerar el ejercicio de derechos adquiridos como empleado de carrera, tales como el de ejercer la opción de pedir reincorporación a empleos equivalentes o recibir indemnización conforme a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

3. Falsa motivación.

Asevera el actor que ha acreditado 20 años de servicios al INCORA los cuales cumplió el día 27 de octubre de 1995 y que el día 22 de agosto de 1999, cumplió 55 años de edad; lo que significa que ha adquirido el derecho a la pensión de jubilación con anterioridad a la vigencia de la Ley 790 de 2002, por lo que al expedirse el acto acusado con fundamento en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, la demandada incurrió en falsa motivación.

Que de la constancia de tiempo de servicios y del Registro Civil de Nacimiento, se evidencia que el actor cumple con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de

servicios para pensión de jubilación, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, inciso 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

C. Contestación de la demanda.

La demandada, mediante apoderada judicial, contestó en tiempo la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Al referirse a los hechos, acepta como ciertos los relativos a la supresión del INCORA, a que el actor se desempeña como TECNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 15 asignado en la dependencia del INCORA en la Regional Bolívar y, en general, todos a excepción del que se refiere a los derechos adquiridos por estar el actor inscrito en el escalafón de carrera administrativa.

Como razones de la defensa se expone los siguientes argumentos:

Aduce que con la petición presentada por el actor al Gerente Liquidador, en la cual solicita que suprima el cargo del que es titular, no solamente está olvidando un cambio funcional, circunscrito a las actividades propias de la liquidación y por el término del proceso, que no es la supresión de funciones como pretende hacer ver el actor.

Para el demandado pretender encontrar una incompatibilidad, como viene en interpretar la demanda, entre dicha protección especial de impedir el retiro del servicio de un funcionario próximo a pensionarse y la disposición Constitucional del art. 122 de que no habrá empleo que no tenga funciones detalladas, ciertamente no tiene sentido, en la medida en que se hace consistir en un supuesto equivocado. Y sigue diciendo, como que, con la supresión del cargo de Director Regional, se suprimió la dependencia, y se suprimieron las funciones. No se consideró que la dependencia continuaba con la Gerencia liquidadora, y que las funciones cambiaban por las

tendientes a la liquidación definitiva, y entre ellas las de entrega de las actuaciones administrativas en curso, los archivos y los programas al instituto que por remisión normativa corresponden ahora.

Por otro lado señala que tampoco se puede afirmar que se violen los derechos de carrera administrativa, ya que para ello hay que distinguir, el acto acusado – un oficio mediante el cual se explicó al demandante la negativa de inclusión de supresión del empleo del cargo de TECNICO OPERATIVO CODIGO 4080 GRADO 15 dentro del Decreto 2100 de 2003, y se negó su solicitud de supresión del cargo – del acto administrativo complejo de la supresión del empleo; para significar que los derechos de carrera son efectivos a partir de la expedición del Decreto del Gobierno Nacional con el que culmina la actuación administrativa tendiente a la supresión del empleo y dicha decisión sea comunicada al servidor, no antes.

Expresa el apoderado judicial del demandado: *"Así, al presentarse por el Liquidador a la Junta Liquidadora del Programa de primera fase de supresión de empleos del INCORA en liquidación, el demandante cumplía, con la totalidad de los requisitos para disfrutar de su pensión de jubilación, y en consecuencia procedía la prohibición para ser retirado del servicio en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública. y hasta el reconocimiento y disfrute efectivo de la pensión jubilatoria en los términos de ley, como una protección especial dada por el legislador para un grupo de funcionarios próximos a pensionarse afirmada por la Ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario, artículo 8."*

Puntualiza que lo que realizó el INCORA EN LIQUIDACION fue dar aplicación al citado mandato constitucional, observando en consecuencia que no existe incompatibilidad entre el artículo 12 de la ley 790 de 2002 y el artículo 122 de nuestra Carta Magna, por cuanto al ser comisionado en otra dependencia le fueron asignadas diversas funciones.

Referente a la falsa motivación del acto administrativo demandado, señala que el actor sustenta el referido cargo, en el hecho de que el INCORA EN LIQUIDACION al invocar la protección especial contemplada en el artículo 12 de la ley 12 de 2002, como motivo para no suprimir el cargo del señor PABLO ANTONIO SOTO LLORENTE, no se dio la causal de falsa motivación, por cuanto de la constancia de tiempo de servicio y registro civil del actor resulta evidente que había cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para ser pensionado – leyes 33 de 1985 artículo 1 y 100 de 1993 artículo 36 inciso segundo.

“(…) Si bien es cierto, que el status de pensionado surge para el funcionario público cuando reúne el tiempo de servicio y la edad, para el retiro se necesita además que se haya producido la vacante como consecuencia del reconocimiento e inclusión en la nómina de pensionados correspondientes. En el presente caso, la supresión de empleos dentro de la liquidación de la entidad obedece a un programa autorizado hasta por tres (3) años y para la administración es discrecional suprimir unos cargos antes que otros y puede ejercerse en el término de la liquidación.”

Finalmente manifiesta que el señor PABLO ANTONIO SOTO LLORENTE – demandante –, al momento presentarse el referido programa de supresión de cargos, cumplía con la totalidad de los requisitos para disfrutar de su pensión de jubilación y en consecuencia era procedente la aplicación de la protección señalada en el artículo 12 de la ley 790 de 2002. Por lo cual, al ser procedente la aplicación de la referida protección especial no se observa las circunstancias alegadas por el actor, constitutivas de falsa motivación.

D. Trámite Procesal de Primera Instancia

- El escrito de demanda fue presentado el 1 de Junio de 2004, ante el Tribunal Administrativo de Bolívar.
- La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de fecha 15 de abril de 2005, se ordenaron las notificaciones personales. Folio 63

- Posteriormente de conformidad con los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura se envía el expediente a oficina de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena para que aprehenda conocimiento sobre el asunto. Folio 84
- El apoderado judicial del demandado mediante escrito visible a folios 81 a 83 solicita se declare la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación del demandado. El juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, decide mediante auto de fecha 12 de enero de 2007 dar traslado a las partes del escrito de nulidad, siendo decidida mediante auto de fecha 30 de enero de 2007, a través del cual se declara la nulidad de todo lo actuado, pero por razones alegadas por el demandado, y en consecuencia ordena su envío a esta Corporación. Mediante auto del 18 de enero de 2008 el magistrado ponente declara saneada la nulidad propuesta por el apoderado judicial del "INCORA", consistente en indebida notificación.
- El proceso de la referencia se abrió a pruebas mediante auto de fecha 03 de octubre de 2008. Recopilado todo el material probatorio, el 28 de octubre de 2011, se corre traslado a las partes para que aleguen de conclusión. El Agente del Ministerio Público no manifestó intención de emitir concepto fiscal. Folio 274
- Mediante informe secretarial de fecha 12 de enero de 2012, ingresa al despacho para expedir pronunciamiento de fondo.
- En virtud de los acuerdos PSAA12-9524, PSAA12-9537 del Consejo Superior de la Judicatura y de la Circular N° 013 del 2012, expedida por el Consejo Seccional de Judicatura – Bolívar, se remite al Despacho 01 en Descongestión el día 29 de junio de 2012, a cargo del Magistrado Arturo Matson Carballo, quien es el ponente de la sala 003 en descongestión de esta Corporación.

VI. CONSIDERACIONES

A. Presupuestos procesales

1) Competencia.

De conformidad a lo establecido en el artículo 132 numeral segundo del Código Contencioso Administrativo, el cual establece:

“ARTICULO 132. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.”

Los Tribunales Administrativos son competentes para conocer en primera instancia de asuntos de carácter laboral cuya cuantía exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el presente asunto de carácter laboral muy a pesar que en la demanda no se hubiera establecido la cuantía, en el momento que se procedió a admitir la misma, fue solicitada y el demandante manifestó que la suma ascendía a TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MCTE (\$39.702.533) (Folio 61), la cual a la fecha de presentación de la demanda superaba los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De otro lado, atendiendo los pronunciamientos del H. Consejo de Estado entre ellos el emitido mediante auto de fecha 04 de diciembre de 2008, por medio del cual se determinó que las pretensiones de la demanda en un asunto semejante al *sub examine* conllevaban como restablecimiento el pago de la indemnización regulada en el Decreto Reglamentario 1572 de 1998 y por consiguiente al contener cuantía el Consejo de Estado carecía de competencia.

En dicha oportunidad al resolver el recurso el alto Tribunal sostuvo lo siguiente:

“La presente demanda está encaminada a obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 2004-2-004871.1 del 12 de julio de 2004, suscrito por la Gerente Liquidadora del INCORA mediante el cual se negó la petición de supresión del cargo TECNICO OPERATIVO, Código 4080 Grado 15, de la Regional Cesar.

¹ Para el año 2004 el salario mínimo correspondía a \$358.000.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA – INCORA EN LIQUIDACIÓN –, proceda a incluir en el Programa de Supresión de Cargos el de TECNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 15, dentro del plazo para la supresión de empleos y para los efectos contemplados en los artículos 15 y 17, capítulo III del Decreto N° 1292 del 21 de mayo de 2003.

Del análisis de las pretensiones expuestas por la actora en el libelo de la demanda, se infiere claramente que lo que persigue con la nulidad del oficio N° 2004-2-048711 del 12 de julio de 2004, es lograr los efectos del artículo 17 del Decreto 1292 de 2003 (Fl. 8), es decir, tener la opción de acceder a la indemnización de que trata la ley 443 de 1998 y sus Decretos reglamentarios 1572 de 1998 y 1173 de 1999; en consecuencia, resulta evidente que se trata de un negocio con cuantía. Respecto de este punto, es importante resaltar que la Sala variará la posición en el sentido de darle cuantía a este tipo de negocios, conforme a lo expuesto, sin variar la relación respecto del competente.

Así las cosas, como la presente es una demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que persigue fines económicos y en la que se pretende la nulidad de un acto administrativo de carácter laboral emanado de una autoridad de carácter nacional, es claro que esta corporación carece de competencia para conocer de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 B del C.C.A.” Negrillas fuera del texto.

Igualmente en un pronunciamiento más reciente² el H. Consejo de Estado conoció del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el cual se pretendía que el cargo desempeñado por el actor en el INCORA fuera suprimido, es decir, bajo las mismas condiciones del aquí debatido, por lo que se evidencia que cumple con los pronunciamientos expuestos por la alta Corporación en materia de solicitudes de supresión de cargos en el INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA REFORMA AGRARIA “INCORA”, los cuales son de competencia en primera instancia de los Tribunales Administrativos del Distrito, correspondiéndole la segunda instancia al H. Consejo de Estado.

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE Sentencia de fecha tres (03) de febrero de 2011 radicación N° 47001-23-31-000-2004-00690-01(1345-09) Demandante: José Eugenio Lozano Andrade Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria “INCORA”

2) Caducidad.

La acción fue presentada dentro del término de caducidad del artículo 136.2 del CCA: "La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.". Detalla la Sala lo siguiente:

En el presente caso considera la Sala que la acción fue iniciada oportunamente, por cuanto el acto administrativo acusado, esto es, el oficio N° 2004-2-00838.1 de fecha 2 de febrero de 2004 notificado al actor en la misma fecha de expedición y la demanda se interpuso el día 1 de junio de 2004³.

Lo anterior permite colegir que la presente demanda fue interpuesta dentro del término de cuatro (4) meses que para el efecto señala el numeral segundo del artículo 136 C.C.A.

3) De la comparecencia al proceso.

Dispone el artículo 44 del CPC, que toda persona puede ser parte en un proceso. Y que quienes sean plenamente capaces podrán comparecer por sí mismas, mientras que, las que no lo sean plenamente, deberán hacerlo a través de su representante.

A la vez, el artículo 63 del CPC dispone que las personas que hayan de comparecer a un proceso, por sí mismas o a través de su representante, deberán hacerlo a través de un abogado, salvo en los casos exceptuados por la ley. Para este efecto, los artículos siguientes regulan la forma de otorgamiento del poder. De ellos se desprende que el poder puede otorgarse en forma general, a través de escritura pública, o de manera especial para determinados asuntos, a través de memorial dirigido al juez y presentado en forma personal –en concreto, ver artículos 65 y 84 CPC-.

La Sala corrobora la comparecencia al proceso, puesto que el demandante otorgó

³ Véase constancia de la oficina de reparto visible a folio 24.

poder especial y en debida forma, esto es, por sí mismo y con presentación personal, a folio 1º del cuaderno principal.

La Sala encuentra reunidos los demás presupuestos procesales de la acción, de la demanda y del procedimiento, y no se incurrió en causal de nulidad alguna, de tal forma que le está permitido al despacho pronunciarse de fondo sobre el asunto.

4) Objeto de la demanda

Pretende, el demandante PABLO SOTO LLORENTE, que por parte de esta Corporación se declare la nulidad del oficio N° 2004-2-00838.1 de fecha 2 de febrero de 2004 suscrito por el Asesor de Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación, por el cual se negó al demandante la petición de supresión del cargo TECNICO OPRATIVO CODIGO 4080 GRADO 15 del cual este era titular en la dependencia INCORA Regional Bolívar y que como consecuencia de dicha nulidad, a título de restablecimiento del derecho se le ordene a la entidad demandada a incluir en el programa de supresión de cargos, el de TECNICO OPERATIVO Código 4080 grado 15 que ocupa el demandante en la dependencia INCORA Regional Bolívar, dentro del plazo para la supresión de empleos y para los efectos contemplados en los artículos 15 y 17 capítulo III del Decreto 1292 de mayo 21 de 2003.-

5) Del problema jurídico a resolver.

Según sostiene el apoderado de la parte demandante, la entidad accionada al no haber incluido el cargo de TECNICO OPERATIVO Código 4080 grado 15 que ocupaba el actor, en el programa de supresión de empleos contenido en el Decreto 2100 de julio 28 de 2003 y que la negativa dada a la petición de suprimir el mencionado cargo, desconoce y vulnera el ejercicio de los derechos adquiridos en legal forma como empleado de carrera.-

Dice entonces dicho apoderado que su mandante como empleado de carrera debió recibir el mismo tratamiento y protección de las autoridades para que pudiera ejercer la opción de pedir INCORPORACION a empleos equivalentes, dentro del término legal o de recibir indemnización por la supresión de su empleo.

Que la respuesta negativa de la demandada a la no inclusión del cargo que ocupaba el demandante dentro del programa de supresión de empleos como lo establece el decreto 1292 de 2003, vulnera los artículos 13, 58, 122 y 125 de la Constitución Política en cuanto persigue desconocer y violar los derechos de carrera mediante la aplicación retroactiva de la ley 790 expedida con posterioridad el 27 de diciembre de 2002.-

Además considera que existe falsa motivación en el acto acusado porque de la constancia de tiempo de servicios y del registro civil de nacimiento es evidente que el accionante cumple la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicios para pensión de jubilación, de acuerdo a la ley 33 de 1985 art. 1º y ley 100 de 1993 art. 36 inciso 2º es decir conforme a la vigencia de leyes expedidas con anterioridad a la vigencia de la ley 790 de 2002.-

Teniendo en cuenta lo anterior, considera esta Sala de decisión que deben ser absueltos por este despacho los siguientes problemas jurídicos: ¿Se encontraba efectivamente el demandante PABLO SOTO LLORENTE inscrito en el escalafón de la carrera administrativa?

En caso de ser afirmativa la respuesta al problema jurídico anterior, debe resolverse lo siguiente: ¿Hasta dónde la decisión del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, contenida en el oficio N° 2004-2-00838.1 de fecha 2 de febrero de 2004, significó el desconocimiento de los presuntos derechos de carrera administrativa del demandante, por no haber accedido a incluir en el programa de supresión de cargos del Decreto 1292 de mayo 21 de 2003, el de TECNICO OPERATIVO Código 4080 grado 15 que ocupa el demandante en la dependencia INCORA Regional Bolivar?

6) De la situación fáctica probada su análisis jurídico y conclusión

Con relación al primer problema jurídico planteado tenemos lo siguiente:

Se encuentra demostrado y además no es materia de controversia, que el actor si estuvo vinculado a la entidad demandada.

En efecto, a folio 46 del expediente obra copia autenticada de certificación de fecha 27 de mayo de 2004, en la cual la responsable de talento humano del INCORA en liquidación, hace constar que el señor PABLO SOTO LLORENTE prestaba sus servicios en dicho Instituto desde el 27 de octubre de 1975 y que para la fecha de expedición de dicho certificado, ocupaba el cargo de TECNICO OPERATIVO Código 4080 grado 15 en la regional Bolívar.

No existe entonces duda para este despacho de la calidad de empleado público que tenía el demandante en su vinculación con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con si el demandante tenía o no derechos adquiridos de carrera administrativa, cabe mencionar que a folio 17 del expediente, también se anexó por el apoderado de la parte actora, certificación de fecha 23 de abril de 1998, expedida por la señora LINA MARCELA MELO RODRIGUEZ como Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil, donde se hace constar que el demandante PABLO SOTO LLORENTE, *"ha sido actualizado en el registro público de empleados de carrera administrativa, en el cargo de TECNICO OPERATIVO código 4080 grado 15 de la entidad INCORA REGIONAL BOLIVAR"*, documento este con lo cual se demuestra que efectivamente el demandante si estaba inscrito en el Registro Público de empleados de carrera administrativa en el cargo de TECNICO OPERATIVO código 4080 grado 15 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación.

Con estas breves anotaciones, considera la Sala que definitivamente la respuesta al primer problema jurídico planteado es que el demandante señor PABLO SOTO LLORENTE si estaba inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el cargo de TECNICO OPERATIVO código 4080 grado 15 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación y por ende tenía derechos de carrera que no le podían ser desconocidos por la entidad demandada en el evento en que el cargo que ocupaba fuese suprimido.

Uno de esos derechos precisamente es el establecido por el artículo 39 de la ley 443 de 1998, que era la norma que se encontraba vigente para la fecha en que fue expedido el acto administrativo acusado (2 de febrero de 2004), pues la nueva ley 909 de 2004 de carrera administrativa, solo fue expedida hasta el 23 de septiembre de 2004 y entro en vigencia en esa misma fecha a partir de su publicación que se realizó en el DIARIO OFICIAL. AÑO CXL. N. 45680.

El artículo 39 señalado preveía lo siguiente:

ARTICULO 39. DERECHOS DEL EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN CASO DE SUPRESION DEL CARGO Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

Para la incorporación de que trata este artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1 La incorporación se efectuará, dentro de los seis meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal, en el siguiente orden:

1.1 En las entidades en las cuales venían prestando sus servicios, si no hubieren sido suprimidas.

1.2 En las entidades que asuman las funciones de los empleos suprimidos.

1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecían las entidades, las dependencias, los empleos o las funciones suprimidos.

1.4 En cualquier entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso

2 La incorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño de los respectivos empleos exigidos en la entidad obligada a efectuarla.

3. La persona así incorporada continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión de su empleo y le será actualizada su inscripción en la carrera

4. De no ser posible la incorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARAGRAFO 1o. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo o entidad y los empleos de carrera de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación y el grado de remuneración, aquellos cargos no podrán tener requisitos superiores para su desempeño y los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos, deberán ser incorporados por considerarse que no hubo supresión efectiva de éstos.

PARAGRAFO 2o. En el evento de que el empleado opte por la indemnización o la reciba, el acto administrativo en que ésta conste prestará mérito ejecutivo.
(Subrayas y negrillas son de la Sala)

Este derecho del empleado de carrera, es además ratificado por el artículo 135 del Decreto reglamentario 1572 de 1998 de la siguiente manera:

ARTICULO 135. <Artículo modificado por el artículo 6º del Decreto 2504 de 1998. El nuevo texto es el siguiente. > **Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho a optar por ser incorporados a empleos equivalentes conforme con las reglas de que trata el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, para lo cual debe surtirse el trámite que legalmente se adopte o por recibir la indemnización de que trata el artículo 137 de este decreto.**

Mientras se produce la incorporación el registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Efectuada dicha incorporación a éste le será actualizada la inscripción y continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo

De no ser posible la incorporación dentro del término señalado en la ley, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera.

PARAGRAFO. Producida la incorporación, el tiempo servido antes de la supresión del cargo se acumulará con el servido a partir de aquélla, para efectos de causación de prestaciones sociales, beneficios salariales y demás derechos laborales. (Subrayas y negrillas son de la Sala)

Teniendo entonces entendido cuales son los derechos que la ley le otorgaba al demandante como empleado que era de carrera administrativa, el segundo interrogante versa entonces es respecto de si estos en realidad le fueron desconocidos al actor como lo asegura su apoderado, por el hecho de haberle sido negada con el acto impugnado la inclusión del cargo que ocupaba de TECNICO OPERATIVO código 4080 grado 15 dentro del programa de supresión de empleos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación.

Y definitivamente, luego de analizar los antecedentes que dieron lugar a la expedición del acto acusado contenido en el oficio N° 2004-2-00838.1 de fecha 2 de febrero de 2004 suscrito por el Asesor de Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación, la conclusión a la cual llega la Sala es que si fueron desconocidos los derechos de carrera administrativa del demandante para entonces previstos por el art. 39 de la ley 443 de 1998 en concordancia con el art. 135 del Decreto 1572 de 1998 como se pasará a explicar.

En primer lugar vemos que ciertamente, resulta ser un hecho notorio público nacional, que mediante Decreto No. 1292 del 21 de mayo de 2003, el Gobierno nacional dispuso la supresión del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA y se ordenó su liquidación definitiva.

Dispuso entonces el artículo 1º del Decreto No. 1292 del 21 de mayo de 2003 que se suprimía el citado Instituto y que a partir de la vigencia del Decreto 1292, entraría en proceso liquidatorio que en principio debería concluir a más tardar en un plazo de tres (3) años.-

También estableció el artículo 13 del comentado decreto 1292, que *“La supresión de un empleo o cargo como consecuencia del proceso de liquidación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCORA en Liquidación, dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos de conformidad con el Decreto 2400 de 1968, la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, garantizando los derechos de los servidores públicos.”*

Y luego el artículo 17 ejusdem, dispuso: *“Los empleados públicos de carrera administrativa a quienes se les suprima el cargo en virtud de lo dispuesto en el presente Decreto, tendrán derecho a optar por la indemnización o por la incorporación a empleo equivalente, de conformidad con lo consagrado en la Ley 443 de 1998, y en los Decretos*

Reglamentarios 1572 de 1998 y 1173 de 1999, con sujeción al procedimiento establecido en el Decreto 1568 de 1998 y demás normas vigentes sobre la materia.

Además, en el artículo 15 ibídem, se estableció lo siguiente: ***“PLAZO PARA LA SUPRESIÓN DE EMPLEOS. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que asuma funciones el Liquidador, éste elaborará y presentará a la Junta Liquidadora el programa de supresión de cargos, procediendo a eliminar los cargos vacantes y los que no sean necesarios para adelantar el proceso. Para el efecto, se expedirá el acto administrativo correspondiente de conformidad con las disposiciones legales vigentes.*”**

En todo caso, al vencimiento del término del proceso de liquidación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA en Liquidación, quedarán automáticamente suprimidos los cargos existentes, de acuerdo con el respectivo régimen legal.”

Es necesario precisar, que el plazo de tres (3) años que estableció el decreto 1292 para culminar el trámite liquidatorio, a su vez fue prorrogado en varias oportunidades, primero por el decreto 1492 de mayo 14 de 2006, hasta el 28 de febrero de 2007, luego mediante decreto 542 de febrero 27 de 2007 nuevamente prorrogado hasta el 30 de junio de 2007, posteriormente mediante decreto 2462 de junio 29 de 2007 hasta el 22 de noviembre de 2007, pero que sin embargo, en virtud de la ley 1105 de 2006, la liquidación del INCORA no tendría plazo preclusivo alguno para concluir su trámite y que finalmente concluyó a partir del 1º de enero de 2008, según Resolución No. 1389 de diciembre 31 de 2007 expedida por el Gerente Liquidador, publicada en el Diario oficial No. 46.911 de 23 de febrero de 2008.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala resulta ser suficientemente diáfano que para cuando se expidió el Decreto 1292 de 2003, el Gobierno nacional, previó que los derechos adquiridos de las personas inscritas en el escalafón de la carrera

administrativa debían ser respetados en el evento que sus respectivos empleos fuesen suprimidos como consecuencia del proceso liquidatorio del INCORA.

La Sala está de acuerdo con el demandante en que sus derechos de carrera administrativa le fueron desconocidos por no serle suprimido su empleo so pretexto de otorgarle una protección de la ley 790 de 2002 de la cual no resultaba ser beneficiario toda vez que para la fecha en que se dispuso la supresión y liquidación del INCORA ya el actor tenía adquirido el status pensional.

Dentro del expediente está acreditado, que dentro del programa de supresión de empleos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación, mediante Decreto No. 2100 de 2003, el Gobierno nacional, ordenó suprimir de la planta global de dicho instituto un total de 99 cargos de TECNICO OPERATIVO código 4080 grado 15 como era el que ocupaba el demandante.(Fl. 47 - 48), más sin embargo, es el propio demandante por intermedio de su apoderado, quien asegura que su empleo no le fue suprimido (hecho 5º de la demanda).

Lo que esta Sala entiende del Decreto No. 2100 de 2003, es que mediante el mismo se suprimieron varios empleos de la planta de personal del extinto INCORA, pero sin señalar de manera específica los nombres de las personas a las cuales se les suprimían los empleos, y para el caso concreto del cargo de TECNICO OPERATIVO código 4080 grado 15, el decreto en comento, estableció que se suprimían 99 cargos de estos.-

Lógicamente ante esta situación de supresión en forma genérica, si existían en la planta global de personal del INCORA más de 99 cargos de TECNICO OPERATIVO código 4080 grado 15, lo que en definitiva puede dar certeza de que determinado cargo fue suprimido, es la comunicación que se le haga al respectivo servidor público notificándole la terminación de su vínculo laboral por dicha supresión y brindándole las alternativas que la ley prevea para el caso de estar inscrito en carrera administrativa, pues allí es donde se particulariza la decisión de supresión.

El actor alega que su cargo no fue incluido en el programa de supresión de empleos pues la administración demandada decidió no comunicarle la supresión de empleos ordenada por el Decreto No. 2100 de 2003.-

Según se expresa en el acto acusado, ello ocurrió sencillamente porque se consideró que el actor estaba cobijado por la protección especial de que trata el art. 12 de la ley 790 de 2002, en tanto que a juicio de la accionada el señor PABLO SOTO LLORENTE, cumplía con todos los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez por lo que estaba prohibido su retiro.

Para el apoderado del actor, esta motivación del acto demandado es constitutiva del vicio de falsa motivación, puesto que asegura que su mandante no está comprendido dentro de los supuestos del citado art. 12 de la ley 790 de 2002 porque en su criterio su apadrinado acreditó el requisito edad y de tiempo de servicio para adquirir el derecho a la pensión de jubilación con anterioridad a la vigencia de la ley 790 de 2002.

Analizando este aspecto, la Sala encuentra que es cierto que para la fecha de entrada en vigencia de la ley 790 de 2002, el demandante ya tenía reunidos los requisitos de edad y tiempo de servicios para poder gozar de su respectiva pensión de jubilación o de vejez y no se entra a debatir ese punto, pues la propia demandada en su contestación de demanda así lo acepta, lo que no lo hacía beneficiario de la ley 790 de 2002.-

Esa circunstancia vicia de nulidad el acto acusado, puesto que si el actor ya tenía adquirido el derecho a la pensión, no se le debió otorgar la protección del programa de la ley 790 de 2002 sino que debió procederse a comunicarle la supresión de su empleo como se hizo con otras personas y darle la oportunidad para pedir y luego recibir el pago de la respectiva indemnización por la supresión de su empleo, toda vez que el hecho de que el actor tuviese ya adquirido el status pensional, no impedía que también adquiriera el derecho a recibir la indemnización por la supresión de su empleo, porque el derecho a la pensión y el derecho a indemnización por supresión

de empleo no son incompatibles en la medida en que tienen fuentes jurídicas normativas diferentes.

De manera pues que la entidad demandada en el acto acusado al manifestar que el empleo del demandante no se suprimió so pretexto de cobijarlo por la protección establecida por la ley 790 de 2002, incurrió en falsa motivación, en la medida en que el actor no era beneficiario de dicha ley porque ya tenía status pensional, por lo que la Sala considera que dicho vicio constatado es suficiente como para declarar la nulidad del acto acusado.-

Ahora bien como restablecimiento del derecho la Sala tiene en cuenta que a la fecha ya el empleo que ocupaba el actor no existe, toda vez que este efectivamente fue suprimido una vez culminó el proceso de liquidación del INCORA, por lo que una orden en el sentido de que se suprima el empleo del actor ya no tendría sentido práctico.

En consecuencia el restablecimiento que corresponde ordenar es que se proceda a cancelar el valor que al actor le hubiese correspondido por concepto de indemnización económica por la supresión de su empleo de técnico operativo código 4080 grado 15, orden que se le dirigirá para que la cumpla al Ministerio de Agricultura y desarrollo rural, entidad a la cual se hallaba adscrito el INCORA, toda vez que de conformidad con el artículo 26 del Decreto 1292 de 2003⁴, dicho Ministerio quedó a cargo de asumir todas las obligaciones derivadas de los procesos judiciales instaurados en contra de dicha entidad liquidada.

⁴ Artículo 26 *Procesos judiciales*. El Gerente Liquidador deberá continuar atendiendo dentro del proceso de liquidación los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término, hasta tanto se efectúe la entrega de inventarios al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Así mismo deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Defensa Judicial de la Nación, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la entidad, como también, cuando ello sea procedente, deberá archivar los procesos y reclamaciones con sus respectivos soportes y en los términos señalados por las disposiciones legales vigentes.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo asumirá, una vez culminada la liquidación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora en Liquidación, la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos.

Con todo lo que hasta aquí ha sido expuesto, la Sala considera que los cargos de violación propuestos por el apoderado de la parte demandante de infracción de las disposiciones en materia de carrera administrativa previstas por los artículos 122 y 125 de la Constitución Nacional, 39 de la ley 443 de 1998, 135 del Decreto 1572 de 1998, 12, 15 y 17 del decreto 1292 de 2003 y de falsa motivación, prosperan por lo que habiéndose en consecuencia desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, oficio N° 2004-2-00838.1 de fecha 2 de febrero de 2004 suscrito por el Asesor de Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación, se despacharán favorablemente las pretensiones de la demanda.

Por último y considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con base en lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala especial de descongestión No 001 del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio N° 2004-2-00838.1 de fecha 2 de febrero de 2004 suscrito por el Asesor de Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA en liquidación, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural, entidad a la cual se hallaba adscrito el extinto INCORA, por a que de conformidad con la ley, proceda a liquidar, reconocer y pagar al señor PABLO SOTO LLORENTE la respectiva indemnización económica a la cual tenía derecho por la supresión del empleo de técnico operativo código 1089 g adscrito que este ocupaba en el extinto INCORA.

Parágrafo: La anterior condena económica será reajustada y actualizada en los términos del artículo 178 de C.S.A. para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

INDICE FINAL

$$V = VH \dots \dots \dots$$

INDICE INICIAL

En la que el valor presente (V) se determina multiplicando el valor histórico (VH), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el quansmo que resulte de dividir el índice final de precios al por mayor certificado por el DANE, vigente a la fecha del retiro, por ende en cuenta los aumentos iguales producidos durante dicho periodo.

TERCERO: Sin condena en costas

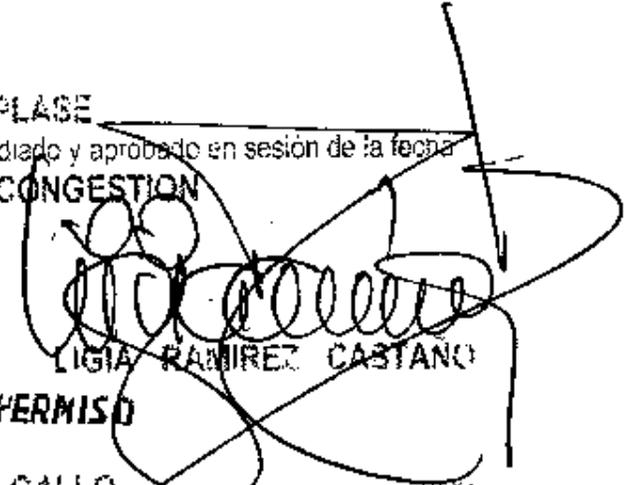
CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión, por Secretaría devuélvase al interesado el expediente de la misma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere y archívese el expediente previas las anotaciones del caso.

CONFIRMARSE Y CUMPLASE

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

LOS REGISTRADORES DE DESCONGESTION


ARTURO WATSON CARRALLOS
AUSENTE CON FERMISO
JORGE FANDINO GALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0063
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: CARLOS GONZALEZ TRUJILLO
DEMANDADO	: CAJA DE SUELDOS D E RETIRO D E LA POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2012-00102-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

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

Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f.º 69 15.
(2.º)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 3 2 8 / 2 0 1 3

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

TEMA: Reajuste asignación de retiro con base en el IPC

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-001-2012-00102-01

II. PARTES

Demandante: CARLOS GONZALEZ TRUJILLO

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda presentada por el señor CARLOS GONZALEZ TRUJILLO en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones

PRIMERA: Declárese la nulidad de los Oficios OAJ No. 8401 del 17 de Octubre del 2007, expedido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por el cual la entidad niega que como parte integral de la asignación de retiro – pensión de mi poderdante, se le reconozca y pague el reajuste que resulte de aplicar el índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), establecido para los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2005(sic), 2006, 2007, 2008, 2009 y los siguientes.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho, se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional al reajuste anual de las mesadas de la pensión que percibe el actor con la inclusión de los porcentajes del índice de Precios al Consumidor decretados por el DANE correspondientes a los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 a la que ponga fin a esta demanda y en adelante, deberá aplicar este Índice cuando sea mayor a la escala gradual porcentual y al método de la oscilación.

TERCERA: Que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las sumas de dinero que resulten de la diferencia entre el reajuste anual aplicando el I.P.C. a las mesadas de asignación de retiro y lo pagado como aumento anual de las mismas mesadas con la escala gradual porcentual y el método de oscilación.

CUARTA: Todos los pagos adeudados deben hacerse con el correspondiente ajuste de valor, según el índice de precios al consumidor para cada año. Artículo 178 C.C.A.

QUINTA: las cantidades adecuadas devengarán intereses comerciales a partir de su acusación y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, artículos 177 C.C.A.

SEXTA: La sentencia debe cumplirse en los términos del artículo 176 C.C.A.

2. Hechos

"1. El señor CARLOS ARTURO GONZALEZ TRUJILLO, se encuentra percibiendo pensión por cuenta de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional desde 1999.

2. mediante petición del 06 de julio del 2007, radicada en la entidad bajo el número 047927, el demandante solicitó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste por I.P.C. en su pensión en virtud de que los aumentos decretados por el Gobierno Nacional para los años 1996,1997,1998,1999,2000,2001,2002,2003,2004,2005, 2006,2007,2008, 2009 y los siguientes no se habían realizado con base en el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.)

3. Con la negativa del acto acusado por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al considerar que las normas especiales prevalecen sobre las de carácter general, ésta violando la prevalencia de las normas constitucionales y de los fallos de la Corte Constitucional como la sentencia C- 815/99 la cual dispone "que el reajuste salarial que el Gobierno decreta nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira, pues está obligado a velar porque el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital a los trabajadores y a quienes de ellos dependen", porque de contrario se estaría vulnerando el artículo 53 de la Carta Política."

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante sustenta como normas violadas las siguientes:

- Constitucionales: Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29,48 y 53.
- Ley 4 de 1992 artículo 1º literal "d" y 2º literal "a"
- Ley 100 de 1993, artículo 14 y 142
- Ley 238 de 1995, artículo 1º

El concepto de violación formulado por la parte actora puede resumirse de la siguiente manera:

Violación por falta de aplicación.

Afirma que al desconocer la demandada las leyes 100 de 1993 y 238 de 1995 que establecieron el reajuste del IPC a las pensiones contempladas para los regímenes exceptuados, se está incurriendo en violación directa de dichos preceptos legales, los cuales deben ser aceptados por los servidores públicos.

Violación directa de la ley por interpretación errónea.

Se aduce la falsa motivación como causal de nulidad del acto, con fundamento en que no es posible dar respuesta a una petición ignorándose la ley.

Considera el accionante la argumentación de la accionada en lo referente a la existencia de un régimen especial para los miembros de la Fuerza Pública, no es admisible para el caso bajo estudio, toda vez que la ley 238 de 1995, estableció expresamente que para los regímenes exceptuados debe aplicarse los artículos 14 y 42 de la ley 100 de 1993.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contesto la demanda por de forma extemporánea, razón por la cual se tendrá la demanda como no contestada.

C. LA SENTENCIA CONSULTADA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha veintisiete (27) de Junio de 2013, concediendo las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo Oficio No. 8401/OAJ del 17 de Octubre de 2007, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, y a su vez a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a que reajuste la asignación mensual de retiro del señor Carlos Arturo

González Trujillo, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, en la forma prevista en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, y que este reajuste se hará desde el año 2000 y hasta el 2004, respecto de las anualidades en que el reajuste conforme al IPC resulte superior al efectuado conforme al sistema de oscilación.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Mediante auto de fecha 31 de Octubre de 2013, y de conformidad con el artículo 184 del C.C.A., se le corre traslado a las partes para alegar de conclusión y se le da traslado al señor Agente del Ministerio Público por cinco (5) días para que emita concepto, si eventualmente lo solicita.
- Finalmente el proceso ingresa para decidir de fondo.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Agente del Ministerio Público desistió de emitir concepto

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

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

2. Acto administrativo acusado.

- OFICIO N° 8401/ OAJ. del 17 de octubre de 2007, proferido por la Caja de Sueldos Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual negó al actor el reajuste anual de la asignación de retiro conforme al Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.)

3. Problema jurídico.

El problema jurídico se contrae a determinar si al señor Carlos Arturo Gonzales Trujillo, en calidad de retirado de la Policía Nacional, tiene derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reajuste su asignación de retiro aplicando el Índice de Precios al Consumidor I.P.C. conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, durante los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y los siguientes, como lo deprecó en la demanda, igualmente que se precise la prescripción que debe operar consecuencia del reconocimiento del reajuste de conformidad con el IPC en su asignación de retiro.

4. Hechos Probados

- Que mediante resolución No. 2557 del 26 de abril de, proferida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le fue reconocida asignación de retiro al señor CARLOS ARTURO GONZALEZ TRUJILLO, a partir del día 16 de mayo de 1999. (fl. 12-13)
- Que mediante petición del 06 de julio del 2007, radicada en la entidad bajo el número 047927, el demandante solicitó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste por I.P.C. en su asignación de retiro en virtud de que los aumentos decretados por el Gobierno Nacional para los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y los siguientes no se habían realizado con base en el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.)
- Que una vez elevado derecho de petición por el actor la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional profirió el oficio No.8401/OAJ de fecha 17 de Octubre de 2007, mediante el cual se negó el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del actor.

5. Marco normativo y jurisprudencial.

5.1. La Naturaleza Jurídica de la Asignación de Retiro

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

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

Reza la sentencia:

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

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

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

El Tribunal, a su vez, considera que esta prestación periódica para el personal militar y policial comprende algunas diferencias muy relevantes debido a la situación especial de dichos servidores públicos, como es la dedicación exclusiva al servicio, las jornadas especiales de trabajo, los lugares donde se debe trabajar, la continua reubicación de lugares de servicio y, en fin, el peligro para su vida y familia dadas las circunstancias de nuestro medio. Por ello el legislador consagró un régimen salarial y prestacional especial. Ahora, un principio de vieja data es la aplicación integral del régimen especial, sin acudir a escoger normas más benéficas del general y la prevalencia de la norma especial sobre la general al tenor del art. 5º de la Ley 57 de 1887; no obstante, la ley bien puede determinar excepciones a esta limitación.

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

Para el personal administrativo del Estado, bajo el régimen general, el reconocimiento de la pensión de vejez se hace teniendo en cuenta unos requisitos (edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas), unos factores por el término que señala la ley y su cuantía porcentual como se determina; por su parte, para el personal militar y policial, bajo el régimen especial, se tienen en cuenta unos requisitos (tiempo de

servicio, etc.), unos factores especiales predeterminados y el valor de la mesada corresponde a un porcentaje de los mismos según el grado del servidor, el cual oscila (se reajusta) teniendo en cuenta la remuneración que se apruebe en el futuro para ese grado.

El sistema de reajuste pensional "oscilatorio" es superior al sistema que se aplica en general, por cuanto mantiene en mejor forma el poder adquisitivo de la mesada pensional, pues siempre aplicará un porcentaje a un salario actual y actualizado; por el contrario, el sistema del reajuste pensional general, parte de una mesada pensional determinada por un porcentaje sobre una base de liquidación pensional de un tiempo establecido, al cual anualmente se le aplica la fórmula de reajuste que ordena la ley, v. gr. el IPC. Al aplicar el sistema de oscilación partiendo del salario actual del empleo y condiciones en que se pensionó un servidor público, para efectuar la comparación de los dos, se observa que el sistema general es en principio de menor protección al trabajador, aunque el IPC de un año sea superior al reajuste que se hace en el régimen militar o policial, pues éste cuenta con otras prerrogativas que en conjunto debieran tenerse en cuenta y no aisladamente.

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

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

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

El Decreto 1212 de 1990, *"Por la cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"*, vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, en el artículo 151, establece la forma como debe reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de la Policía Nacional, al respecto prescribe:

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

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

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

No obstante, esta prohibición tiene una excepción señalada en el propio régimen especial militar cuando determina que los destinatarios de esa disposición *"no podrán acogerse a normas que regulan ajustes prestacionales en otros sectores de la administración, a menos que así lo disponga expresamente la ley."* lo cual significa

que sí es factible la aplicación de normas generales de la administración a los casos sometidos a un régimen especial militar cuando la ley expresamente lo autorice.

5.3. Sistema General de Seguridad Social Integral

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral", en el artículo 14, previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados. La norma en comento prescribe:

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

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

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

Por lo anterior, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibidem, y en consecuencia, tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

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

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

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de

2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

(...)

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación (...)

Finalmente, la Sala advierte que el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor al consagrar en el inciso segundo de la anterior disposición lo siguiente:

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

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

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

“El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado, lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre, pero si se determina que al permitir la vigencia de regimenes especiales, se perpetua un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores. frente al que se otorga a la generalidad del sector y que el tratamiento dispar no es razonable, se configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la carta.

“No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales.

Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta (...).”

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

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

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

Esta Corporación, que antiguamente venía aplicando en uso del principio de inescindibilidad, el sistema que le fuera más favorable al actor en todo el periodo comprendido entre los años 1996 a 2004, ahora, teniendo en cuenta la nueva

¹ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp 8484-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C. P. Jaime Moreno García

normatividad (parágrafo 4º reformado del art. 279 de la Ley 100 /93) y los criterios jurídicos que la inspiran señalados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, replanteó la solución de esta clase de conflictos para dar aplicación a las nuevas orientaciones y aplicar el sistema que año tras año sea favorable al actor.

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

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

6. Caso concreto.

En atención a que de los hechos que resultaron probados en el expediente y de la lectura del acto acusado, se puede inferir que al demandante se le negó el reajuste de su asignación de retiro, pues señalan que el señor retirado debe tener en cuenta el principio de inescindibilidad normativa, el cual establece que no es procedente la aplicación de fragmentos de normas que se excluyan entre sí, por cuanto regulan dos regímenes de prestaciones diferentes que se excluyen uno al otro, vale decir, que la ley 100 de 1993 (Norma de carácter general que regula las prestaciones de personal NO UNIFORMADO) y los Decretos 1212, 1213 de 1990 y 1091 de 1995 (Normas de carácter especial, QUE REGULA LA CARRERA DE OFICIALES, SUBOFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL), siendo ilegal pretender, que se apliquen dos normas que se excluyen entre sí, por cuanto una regula el sistema general de pensiones y las otras que regulan las prestaciones sociales del personal de la Policía Nacional, razón por la cual considera esta Sala que

la asignación de retiro del actor se ha visto menguada al no haberse incrementado en el porcentaje que correspondía, deviene necesario declarar la nulidad del acto acusado.

En efecto, la decisión de la entidad accionada desconoció que frente a la asignación de retiro, el demandante tenía derecho a que se le reajustara con base en el IPC en los años que le resultara más favorable frente al principio de oscilación que contempla el régimen especial.

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

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

Por otro lado, considera esta Sala señalar que en el presente caso no se reconocerá el reajuste correspondiente a los años 1997 a 1999, solicitados en la demanda, en razón de que al actor le fue reconocida su asignación de retiro a partir del 16 de mayo de 1999, según resolución del 26 de abril del mismo año, visible a folio 12 y 13 del expediente, es decir que su primer reajuste conforme al Índice de Precios al Consumidor deberá reajustarse desde el año 2000.

Conforme a las consideraciones precedentes, se hace necesario hacer la comparación entre los reajustes con el propósito de determinar que efectivamente existe una diferencia en detrimento del actor, es por ello que a continuación mostramos el siguiente cuadro:

AÑO	% REAJUSTE RECIBIDO	% DE REAJUSTE IPC
2000	9,23%	9,23%
2001	9,00%	8,75%
2002	5,99%	7,65%
2003	7,00%	6,99%
2004	6,48%	6,49%

Teniendo en cuenta el cuadro comparativo anterior, se evidencia que durante los años, 2002, y 2004, el incremento que resulta de la aplicación del índice de precios al consumidor fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, existiendo una diferencia desventajosa para el actor, entre la asignación de retiro percibida y la reajustada con base en el IPC, es por ello que considera esta Sala que le asiste derecho al actor de que su asignación de retiro sea reajustada, con base en el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.)

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

Por último en cuanto a la prescripción de las mesadas a partir de qué momento se debe contar, la Sala concluye que se aplicará la prescripción cuatrienal prevista en el Decreto 1213 de 1990, que rige para el personal de la Policía Nacional.

Como el actor elevó la petición que interrumpe el término de prescripción el día 6 de julio de 2007, se tiene entonces que prescribieron las mesadas anteriores al 6 de julio de 2003, de tal manera que el pago de las diferencias deberá hacerse a partir de esta última fecha, a partir de la cual se ordenara su pago.

Como quiera que el Juez a-quo realizó un estudio conforme a los lineamientos planteados por el Consejo de Estado y por esta Corporación, resulta en consecuencia procedente confirmar en todas sus partes la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

VIII. DECISIÓN.

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

FALLA

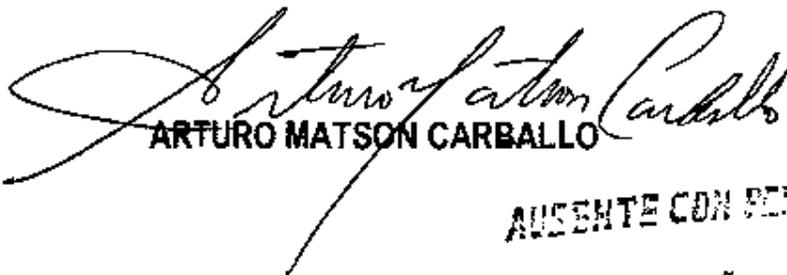
PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia consultada proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO

AUSENTE CON SERVICIO

JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

E D I C T O N° 0064

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: MARGARITA SALAS SANCHEZ Y OTRO
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-005-2009-00352-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE 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 ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



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

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **33712013**

Cartagena de Indias, D. T. y C. Seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Nulidad simple contra la Ordenanza No. 11 del 19 de Agosto de 2006 que regula la Estampilla Pro Hospital Universitario expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE

Radicación: No. 13 001 23 31 005 2009 00352 00

II. PARTES

Demandante: MARGARITA SALAS SANCHEZ y OTRO

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala especial de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a emitir sentencia de primera instancia a fin de determinar la legalidad de los artículos 49, 50, 51, 52 y 53 de la Ordenanza 11 del 19 de Agosto de 2006, por medio de la cual se regula la Estampilla Pro Hospital Universitario, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

IV. ANTECEDENTES

A. HECHOS

El 20 de febrero de 2001 el Congreso de la República profirió la Ley 645 de 2001, en virtud de la cual se autorizó a las Asambleas Departamentales para emitir la Estampilla Pro-hospital Universitario.

Posteriormente, la Asamblea Departamental del Bolívar, con fundamento en la ley de autorización referenciada, profirió la Ordenanza No. 20 de 2001, a través de la cual se autorizó al Gobernador de Bolívar para que emitiera la "Estampilla Pro-hospital Universitario de Cartagena E.S.E."

Con fundamento en la anterior Ordenanza, el Gobernador de Bolívar expidió el Decreto Ordenanzal No. 682 de 2001, a través del cual reglamentó el cobro de la Estampilla Pro-hospital Universitario, fijando para el efecto las características y elementos esenciales del tributo en cuestión.

El 19 de agosto de 2006 la Asamblea Departamental del Bolívar profirió la Ordenanza No. 11 de 2006, acto administrativo objeto de la presente demanda, por medio del cual se reguló a nivel de ordenanza departamental la Estampilla Pro-hospital Universitario, adoptando las características y demás elementos esenciales establecidos para el tributo en el Decreto Ordenanzal No. 682 de 2002.

El numeral 1° del Artículo 49 de la Ordenanza No. 11 de 2006 establece una imposición tributaria que por ser adicional a la del impuesto de industria y comercio, resulta en la doble tributación sobre la realización de actividades industriales, comerciales y de servicios, al considerar las mismas como hechos generadores de la Estampilla.

La Ordenanza No. 11 de 2006 reproduce el hecho gravado contenido en el artículo 2° de la Ordenanza No. 20 de 2001 Las actividades comerciales, industriales y de servicios, el 1 por mil del ingreso generador- norma que fue suspendida del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente ilegal tal como a continuación se expone. Ambas normas reglamentarias citan como fundamento legal para la determinación de la materia imponible de la Estampilla en cuestión, la Ley 645 de 2001.

El 2 de abril de 2009 el Consejo de Estado decretó la suspensión provisional de la Ordenanza No. 20 de 2001, así como del Decreto Ordenanza No. 682 de 2001, en relación a los apartes en que se hace referencia como hecho generador de la Estampilla a las actividades comerciales, industrial y de servicios. A juicio del honorable Consejo de Estado, las actividades comerciales, industriales y de servicios ya se encuentran gravadas con el impuesto de industria y comercio en virtud de los Artículos 195 y siguientes del Decreto Ley 1333 de 1986 (compilatorio de la Ley 14 de 1983), razón por la cual la Ordenanza No. 20 de 2001 y el Decreto 682 de 2001 están estableciendo una doble carga tributaria sobre un mismo hecho económico, lo cual resulta violatorio del numeral 5° del Artículo 71 del Decreto Ley 1222 de 1986.

En vista de los anteriores hechos, resulta evidente que la Ordenanza No. 11 de 2001 desconoce los principios constitucionales de equidad y progresividad del tributo, al gravar nuevamente un hecho económico que ya se encuentra gravado con el impuesto de industria y comercio. Adicionalmente, el acto administrativo objeto de la presente demanda está vulnerando el principio constitucional de legalidad de los tributos, ya que está adoptando un gravamen con base en una ley de autorización que NO fija ninguno de los elementos esenciales del mismo, incluyendo el hecho generador, aspecto fundamental para fijar, la naturaleza misma del tributo.

B. PRETENSIONES

La actora solicita la nulidad parcial de la Ordenanza No. 11 del 19 Agosto de 2006, puntualmente en los artículos 49, 50, 51, 52, 53, contenida en los siguientes apartes de los artículos que la actora resalta en su escrito de demanda:

“Artículo 49.- Constitúyase en renta del Departamento de Bolívar la estampilla Prohospital Universitario, para los fines previstos en el artículo 2º de la Ley 645 de 2001 y demás normas que la rigen, cuya adhesión se hace obligatoria cuando se presenten los siguientes hechos generadores:

- 1- La realización de actividades industriales comerciales y de servicios, permanentes o transitorias con establecimientos de comercio o sin ellos, en jurisdicción del Departamento de Bolívar.
- 2- El trámite de facturación del servicio del gas natural domiciliario para los estratos 3, 4, 5 y 6 y los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento de Bolívar.
- 3- El trámite de facturación del servicio de telefonía fija en el Departamento de Bolívar para los estratos 3, 4, 5 y 6 y los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento de Bolívar.
- 4- La facturación del servicio de telefonía celular en el Departamento de Bolívar.

Artículo 50. Causación. El título se causa al momento en que los sujetos pasivos o responsables presenten su declaración del impuesto de industria y comercio ante la Secretaría de Hacienda del respectivo municipio o distrito, o ante las instituciones financieras autorizadas para recibir tales declaraciones o se facturen los servicios sujetos al gravamen.

Artículo 51.- Sujetos pasivos o responsables. Son sujetos pasivos o responsables del tributo de que trata el artículo anterior las personas naturales o jurídicas declarantes del impuesto de industria y comercio en el Departamento de Bolívar y **los usuarios del servicio público de gas natural** y del servicio de telefonía móvil y fija.

Artículo 52.- Base Gravable. La base gravable de este tributo está constituida por los ingresos brutos contenidos en la declaración del impuesto de industria y comercio, por el valor facturado de los servicios de los usuarios de gas natural, telefonía móvil y fija.

Artículo 53.- Tarifas. Las tarifas aplicables a la base gravable del tributo señalada en el artículo anterior, serán las siguientes:

1. Para la realización de actividades industriales, comerciales y de servicios, permanentes o transitorias con establecimientos de comercio o sin ellos, en jurisdicción del Departamento de Bolívar, las tarifas se cobrarán durante el término de cinco (5) años y serán las siguientes:

a. Para el sector industrial, uno (1) por mil en el primer año, cero punto ocho (0.8) por mil en el segundo año, cero punto seis (0.6) por mil en el tercer año y cero punto cuatro (0.4) por mil a partir del cuarto año.

b. Para el sector comercial, Uno punto cinco (1.5) por mil el primer año, uno punto dos (1.2) por mil en el segundo año, cero punto ocho (0.8) por mil en el tercer año y, cero Punto seis (0.6) por mil a partir del cuarto año.

c. Para el sector servicios, dos (2) por mil en el primer año, uno punto seis (1.6) por mil en el segundo año, uno punto dos (1.2) por mil en el tercer año y uno (1) por mil a partir del cuarto año.

d. Para los servicios financieros, tres (3) por mil en el primer año, dos punto cuatro (2.4) por mil en el segundo año, dos punto uno (2.1) por mil en el tercer año y, uno punto ocho (1.8) por mil a partir del cuarto año.

2- El 2% del cargo básico y consumo, excluido el IV A y cualquier otro concepto del servicio del gas natural domiciliario para los estratos 3, 4, 5 y 6 y los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento de Bolívar.

3- El 2% del cargo básico y consumo, excluido el IVA y cualquier otro concepto del servicio de telefonía fija en el Departamento de Bolívar para los estratos 3, 4, 5 y 6 Y los establecimientos industriales y comerciales que operen en el Departamento de Bolívar.

4- El 2% del cargo básico y consumo, excluido el IVA y cualquier otro concepto del servicio de telefonía celular en el Departamento de Bolívar.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Artículo 363 de la Constitución Política; Artículo 71 numeral 5° del Decreto Ley 1222 de 1986 - Violación a los principios de equidad y progresividad - Doble imposición sobre un mismo hecho económico.

Artículos 338, 287 numeral 3°, 300 numeral 4° y 150 numerales 10 y 12 de la Constitución Política - Violación al principio de legalidad - Principio de la predeterminación de los tributos.

- **Violación a los principios de Equidad y Progresividad - Doble tributación sobre un mismo hecho económico - Violación del Artículo 363 de la Constitución Política numeral 5° del Artículo 71 del Decreto Ley 1222 de 1986.**

Los apartes demandados de los Artículos 49, 50, 51, 52 y 53 de la Ordenanza No. 11 de 2006, en virtud de los cuales se gravan las actividades industriales, comerciales y de servicios con la Estampilla Pro-hospital Universitario, están estableciendo un tributo adicional al de industria y comercio (concebido previamente por el Decreto Ley 1333

de 1986) respecto a un mismo hecho económico, lo cual está prohibido no sólo en virtud del citado numeral 5° del Artículo 71 del Decreto Ley 1222 de 1986, sino a su vez, en consideración a los principios de equidad y progresividad establecidos por la Constitución Política.

En efecto, los principios de equidad y progresividad del sistema tributario, tienen por objeto hacer más justo el sistema tributario, exigiéndole al legislador que al momento de establecer tributos tenga en consideración la capacidad contributiva de los contribuyentes, pues el Estado no aspira a que el contribuyente se le exija más de aquello con lo cual puede coadyuvar con las cargas públicas. Estos dos principios tienen rango constitucional y se encuentran consagrados en el Artículo 363 de la Carta Política.

Ahora bien, la doble tributación es la circunstancia conforme a la cual un contribuyente resulta obligado al pago de dos tributos por la realización de un mismo hecho económico. Claramente, la doble tributación es un fenómeno opuesto a los principios de equidad y progresividad del sistema tributario, ya que al gravar -jurídica y económicamente un mismo hecho económico con dos tributos diferentes, se está desconociendo de manera manifiesta la capacidad contributiva del contribuyente.

- **Violación de los Artículos 150, numerales 10 y 12, 338, 287 numeral 3° y 300 numeral 4° de la Constitución Política - Predeterminación**

Los apartes demandados de los Artículos 49, 50, 51, 52 y 53 de la Ordenanza 11 de 2006, en virtud de los cuales se gravan las actividades industrial comerciales y de servicios con la Estampilla Pro-hospital Universitario, violan de manera flagrante los Artículos 338, 287 numeral 3° y 300 numeral 4° de la Constitución Política, así como el Artículo 3° de la Ley 645 de 2001. Ciertamente, en virtud del acto administrativo demandado, la Asamblea Departamental de Bolívar está estableciendo directamente y originariamente los elementos esenciales del tributo en cuestión (incluyendo el hecho

generador del mismo), los cuales NO se encuentran establecidos ni siquiera de manera general o determinable por la ley de autorización.

E. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

En el escrito de contestación, la apoderada solicitó que de conformidad con el sustento fáctico y jurídico expuesto, declarar que la Ordenanza 011 de Agosto 19 de 2006, se ajusta a su fondo y forma derecho, por no contrariar las normas constitucionales y legales, en los términos alegados como vulnerados, y por ende abstenerse de declarar la nulidad endilgada por la accionante; en tal sentido declarada la legalidad de la misma revocando la decisión de suspensión provisional contenida en el séptimo punto de la parte resolutive del auto adiado 12 de agosto de 2010.

V. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- El 12 de agosto de 2010 se admitió la demanda de la referencia, ordenados en esa misma providencia la suspensión provisional de las normas demandadas.
- Por auto de fecha 11 de julio de 2011 se abrió y se prescindió del periodo probatorio. Así mismo se le corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Agente del Ministerio Público.
- La Doctora Claudia Peñuela Arce Magistrada ponente dentro del presente asunto durante un periodo determinado, mediante auto del 31 de enero de 2012, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del presente asunto a partir del auto admisorio de la demanda de fecha 12 a agosto de 2010, pues a su juicio se debió notificar al representante del Hospital Universitario del Caribe.

La providencia expedida por la Doctora Peñuela fue apelada y el Honorable Consejo de Estado mediante providencia del 12 de julio de 2013, revocó el auto expedido por la doctora Peñuela, indicando que dentro del presente asunto la parte demandada está determinada por la entidad que haya proferido el acto enjuiciado, y en el presente caso es el Gobernador

de Bolívar quien tiene la representación legal del ente territorial demandado, de conformidad con el artículo 303 de la Constitución Política.

- Por informe secretarial es remitido el expediente al Despacho de Descongestión No. 001 para el impulso procesal correspondiente.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para Asuntos Administrativos delegado ante este Tribunal, dentro de su oportunidad legal, describió traslado para alegar de fondo en el asunto de la referencia.

Indicó concretamente que la ordenanza demandada, en las partes demandadas, contraría los principios de equidad y progresividad en que se funda el sistema tributario y el artículo 95 de la constitución Política, según el cual el administrado debe contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado pero dentro de los conceptos de justicia y equidad, por consiguiente solicita que se concedan las pretensiones de la demanda.

VII.- CONSIDERACIONES.

1. Competencia y caducidad

De conformidad con lo establecido en el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer de los procesos de nulidad de los Actos Administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden Departamental, Distrital y Municipal, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

De igual forma estima la Sala que por tratarse de este tipo de acción, el ordenamiento jurídico no otorgó término de caducidad, así que la misma puede proponerse en cualquier tiempo (Código Contencioso Administrativo artículo 136 numeral primero).

2. Acto demandado

Se solicita se declare la nulidad de unos apartes de los artículos 49, 50, 51, 52 y 53 de la Ordenanza 11 del 19 de Agosto de 2006, por medio de la cual se regula la Estampilla Pro Hospitales Universitarios, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

3. Problema Jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si la Asamblea Departamental de Bolívar al contar con facultades legales para establecer en su territorio el uso obligatorio de dicha estampilla pro-hospital universitario, podía extender los efectos y responsabilidades a funcionarios particulares que llegaren a intervenir en el procedimiento de la misma.

En aras de lograr resolver el problema jurídico acabado de plantear, la Sala se dispondrá a realizar en primer lugar el estudio de las excepciones propuestas por la entidad demandada y cualquier otra que se halle probada dentro del proceso. Una vez dilucidado lo anterior, se procederá a efectuar un estudio jurisprudencial sobre las sentencias más recientes en la materia, y las disposiciones legales y constitucionales que regulan la misma, para finalmente lograr determinar la legalidad o ilegalidad de los actos acusados.

3.1. Excepciones.

3.2 Excepción oficiosa- Cosa Juzgada-

Es menester para esta Sala manifestar que sobre el presente tema se encuentran varios pronunciamientos emitidos por el Tribunal Administrativo de Bolívar; entre ellos el fallo correspondiente a la sentencia del 11 de octubre de 2006, proferida con la ponencia de la Magistrada Norah Jiménez Méndez, perteneciente al Tribunal

Administrativo de Bolívar, en el cual al adentrarse en el estudio de la Ordenanza No. 20 de 2001 *"Por medio de la cual se autoriza la emisión de la estampilla pro hospital universitario de Cartagena E.S.E. y se dictan otras disposiciones"* y el estudio del Decreto No. 682 *"Por medio del cual se reglamenta la estampilla pro hospital universitario de Cartagena E.S.E. y se dictan otras disposiciones"* expedido por el Gobernador del Departamento de Bolívar, determinó que los actos acusados se dictaron con extralimitación de las facultades otorgadas por la Ley 645, ejerciendo funciones propias del Congreso de la República, razón por la cual decretó la nulidad de los artículos señalados¹ por la demandante.

Así mismo, reposan en la Oficina de Relatoría de esta Corporación las sentencias del 7 de abril de 2011 y el 16 de septiembre de 2011 proferidas por los Magistrados José Fernández Osorio y Luis Miguel Villalobos Álvarez respectivamente. En el primer pronunciamiento se estudió la legalidad de los artículos 49 (acusado nuevamente en el presente asunto) y 59 de la Ordenanza No. 11 del 19 de agosto de 2006, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar; la decisión de ese entonces correspondió a la declaración de su nulidad *por cuanto se evidencia, que los actos y hechos generadores se encuentren únicamente en cabeza de los particulares*². Sobre esta decisión no se interpuso recurso de apelación, por lo tanto se encuentra ejecutoriada y ha hecho tránsito a cosa juzgada.

En la segunda sentencia el tema versó sobre la legalidad de los artículos 49, 50, 51, 52, 53 y 54 de la Ordenanza No. 11 de Agosto 19 de 2006. La decisión tomada en ese momento correspondió a declaración de oficio de la excepción de Cosa Juzgada, en lo referente al estudio del artículo 49 del acto administrativo acusado (Ordenanza No. 11 de Agosto 19 de 2006) y a la declaración de nulidad de los artículos 50, 51, 52, 53, y 54 de la Ordenanza No. 11 de Agosto 19 de 2006, toda vez que sobre dichas disposiciones *existe una nulidad tácita, en virtud que el*

¹ Artículos 2, 3, 4, 5 de la Ordenanza No. 20 de 2001 Y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del Decreto 682 de 2001 expedidos por el Gobernador del Departamento de Bolívar

² Sentencia de fecha 7 de Abril de 2011 Acción de Simple Nulidad Actor Mónica Fadul Rosa y otros Demandado: Departamento de Bolívar Radicado 13-001-23-31-003-2007-00543-00

resto del articulado que comprende la reglamentación de la Estampilla Prohospitales Universitarios no puede tener aplicación en el sistema legal, si se observa, que su elemento principal (impuesto) ha sido retirado del ordenamiento. Por consiguiente la ejecución de dicho impuesto no tiene sentido que permanezca vigente, máxime si éste no se puede ejecutar³.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente cuestionarse sobre la facultad de la declaración oficiosa de cosa juzgada por parte de esta Sala juzgadora. Al respecto se encuentra oportuno recordar lo expuesto por el H. Consejo de Estado, en Sentencia del 30 de mayo de 2011, bajo la ponencia del Consejero William Giraldo G, en la cual al estudiar como cuestión previa la solicitud del apelante la declaración de cosa juzgada⁴ realizada, sostuvo:

*“A ese respecto, es importante señalar que la solicitud de declaratoria del fenómeno de la cosa juzgada, más allá de pretender la defensa de los intereses propios de las partes, tiene por **finalidad la preservación del orden jurídico y la eficacia de la función jurisdiccional del Estado**. Por consiguiente, aun cuando las **partes no lo hubieren alegado, el fallador debe dar aplicación al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil** que dispone que cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, razón por la cual se estudiará la excepción de cosa juzgada”.*

De igual forma, en dicha providencia el H. Consejo de Estado consideró:

El artículo 175 del Código Contencioso Administrativo se refiere a la cosa

³ Tribunal Administrativo de Bolívar. Sentencia del Septiembre Dieciséis (16) de Dos Mil Once (2011). Radicado 13001-23-31-002-2006-01605-00. Día. ECOPETROL S.A. Ddo. DEPARTAMENTO DE BOLIVAR. Magistrado Ponente LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA. Consejero ponente WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Bogotá, D. C., mayo treinta (30) de dos mil once (2011). Radicación número 73001-23-31-000-2008-00865-01(17821). Actor ISRAEL OTALORA ARIAS Y OTRO Demandado MUNICIPIO DE IBAGUE (TOLIMA)

juzgada, así:

“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada “erga omnes”.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada “erga omnes” pero sólo en relación con la “causa petendi” juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de las partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración en su favor.

Quando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital, o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios”. (Resalta la Sala)

De acuerdo con esta disposición, si la decisión jurisdiccional es positiva, es decir, declara la nulidad del acto, la sentencia es oponible a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial.

Y frente al caso particular de la providencia, decidió:

De lo anterior se observa que con la sentencia proferida en el expediente 2009-0004 se declaró la nulidad del Acuerdo No. 004 de 20 de febrero de 2003, objeto de la presente acción, lo que implica que se configuró la figura jurídica de la cosa juzgada “erga omnes”, que impide a la Sala proferir un fallo de fondo sobre la pretensión de nulidad de la citada norma, por lo que habrá de estarse a lo resuelto

en la sentencia mencionada, independientemente de que la posición de la Sala sobre la materia haya sido modificada.

Lo anterior, por cuanto la "cosa juzgada" opera sin limitación alguna, de tal suerte que, una vez declarada la nulidad de una norma, ésta desaparece del escenario jurídico, y no puede ser motivo de nueva impugnación, a fin de mantener la certeza de las relaciones jurídicas, toda vez que sin la fuerza obligatoria de las sentencias no se pondría fin a las controversias que se suscitan, ni se le daría eficacia a las decisiones, lo que entrañaría un estado de indefensión, incertidumbre e inseguridad jurídica y deslegitimaría el ejercicio de la función jurisdiccional. (Resalta la Sala)

Descendiendo al presente asunto, es dable concluir que al haberse declarado la nulidad de los artículo 49, 50, 51, 52, 53 y 54 de la Ordenanza No. 11 del 19 de Agosto de 2006, expedida por la Asamblea del Departamento de Bolívar, en las sentencias del 7 de abril de 2011 y 16 de septiembre de 2011 proferidas por el Tribunal Administrativo de Bolívar, y al haberse alcanzado la firmeza en cada una de ellas, no podría esta Sala de Decisión nuevamente realizar un nuevo pronunciamiento, en virtud que las normas acusadas han sido retiradas del ordenamiento jurídico, por lo que encuentra acertado de conformidad con el art. 164 del C.C.A. declarar de oficio la excepción de cosa juzgada, frente a todas las disposiciones señaladas en la demanda de la referencia.

En este mismo sentido la presente Sala de decisión resolvió un caso similar al aquí planteado mediante sentencia del Catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013), en una acción de nulidad simple adelantada por MARIA MARGARITA MONTERROZA YEE, contra el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

VIII. Otros asuntos.

Antes de proceder la Sala a desarrollar la parte resolutive de esta Sentencia, estima pertinente hacer las siguientes precisiones:

La Doctora Claudia Peñuela Arce Magistrada ponente dentro del presente asunto durante un periodo determinado, mediante auto del 31 de enero de 2012, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del presente asunto a partir del auto admisorio de la demanda de fecha 12 a agosto de 2010, pues a su juicio se debió notificar al representante del Hospital Universitario del Caribe.

La providencia expedida por la Doctora Peñuela fue apelada y el Honorable Consejo de Estado mediante providencia del 12 de julio de 2013, revocó el auto expedido por la doctora Peñuela, indicando que no se presenta la causal de nulidad invocada, pues explica que dentro del presente asunto la parte demandada está determinada por la entidad que haya proferido el acto enjuiciado, y en el presente caso es el Gobernador de Bolívar quien tiene la representación legal del ente territorial demandado, de conformidad con el artículo 303 de la Constitución Política.

Si bien dentro del presente asunto el honorable Consejo de Estado mediante providencia 12 de julio de 2013, revocó el auto 31 de enero de 2012, por el cual la ponente de la época doctora Claudia Peñuela Arce, había declarado la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por falta de notificación del presente proceso al Hospital Universitario de Caribe, en la mencionada providencia del Consejo de Estado, se esclareció que la parte demandada dentro del presente asunto está en cabeza del Gobernador de Bolívar, y que en el caso de la falta de notificación del Hospital Universitario de Caribe, solo se debió aplicar el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, norma que textualmente indica lo siguiente:

"ARTÍCULO 83. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 35 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el proceso

verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso.”

Al analizar la Sala la norma arriba transcrita, puede llegar a la conclusión que este procedimiento especial está previsto en la ley, para vincular al proceso a aquellos sujetos sin los cuales no se puede proferir un pronunciamiento de fondo, sin embargo estima esta Sala que en el caso bajo estudio no es necesaria la comparecencia al proceso del Hospital Universitario del Caribe, por dos razones puntuales, la primera es por el hecho que, como bien lo pudo indicar el Consejo de Estado en su providencia,

la parte demandada está claramente determinada en el Departamento de Bolívar, especialmente en el Gobernador, quien sí ha sido vinculado al presente proceso y que incluso procedió a contestar la demanda, sin que se le violara su derecho de contradicción o de defensa, no existiendo de esta forma litisconsorcio necesario entre el Departamento de Bolívar y el Hospital Universitario del Caribe.

La segunda razón por la cual estima esta Sala que no es necesaria la vinculación al proceso del Hospital Universitario del Caribe, es por el hecho que en el caso bajo estudio la Sala no hace un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, pues lo que se reclama en este proceso ya fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el trámite de otros procesos, por consiguiente no se configura el presupuesto de la necesidad de vincular al Hospital Universitario del Caribe, para poder fallar de fondo, porque como ya se mencionó en este asunto no es posible pronunciarse sobre el fondo del asunto al existir cosa juzgada.

En conclusión esta Sala no vio la necesidad de vincular en el caso bajo estudio al Hospital Universitario del Caribe, pues su presencia no era necesaria para dictar la presente sentencia, y por el contrario el hecho de suspender el proceso hasta que dicha entidad se vinculara acarrearía un desgaste injustificado del aparato jurisdiccional del Estado, generando un trastorno innecesario en la administración de justicia, es por ello que la Sala en aplicación de los principios celeridad y economía procesal decidió dictar la sentencia correspondiente sin la vinculación del Hospital Universitario del Caribe.

IX. DECISION

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de Cosa Juzgada de los artículos 49, 50, 51, 52 y 53 de la Ordenanza No.11 del 19 de agosto de 2006 expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia y, en consecuencia, estese a lo resuelto en las sentencias del Tribunal Administrativo de Bolívar proferidas el 7 de abril de 2011 y el 16 de septiembre de 2011, por los Magistrado Ponentes José Fernández Osorio y Luis Miguel Villalobos respectivamente.

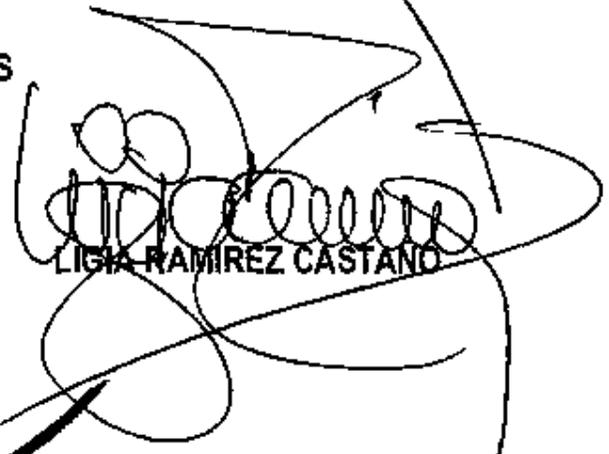
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devolver el remanente si lo hubiere, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0065
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: ALVARO JIMENEZ BAENA
DEMANDADO	: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2011-00208-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE 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 ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **83512613**

Cartagena de Indias, D. T. y C., seis (06) de diciembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Privación Injusta de la Libertad

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 004 2011 00208 00

II. PARTES

Demandante: ÁLVARO JIMENEZ BAENA

Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a decidir la demanda de reparación directa interpuesta por el señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA y otros contra la Nación - Fiscalía General de la Nación.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

"1. El día 16 de diciembre de 2009, al señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA le fue

suspendido su derecho a la libertad mediante privación intramural en la cárcel de ternera de Cartagena por la presunta comisión del delito de acto sexual con menor de 14 años.

2°. Estando el señor Jiménez Baena de alguna manera informal laboraba en la residencia de la menor y de lo cual fue señalado de estar realizando actos con la menor, de allí que llegara la policía y lo colocara a órdenes de la Fiscalía general de la nación correspondiéndole a la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, la que solicitó legalización de captura y posteriormente se formalizó con el escrito de acusación, manteniendo con privación de la libertad de mi defendido.

3°. Posteriormente y antes de la audiencia de apertura de etapa de juicio, la fiscalía determina que efectivamente no le era posible desvirtuar la presunción de inocencia amparada en el numeral 6 del art. 332 de la Ley 906 de 2004 solicitando la aprobación de preclusión de la acción.

4°. El señor Jiménez Baena fue mantenido privado de la libertad por un lapso de 171 días intramurales (5 meses, 7 días).

5°. En consecuencia, el daño, es decir, la privación de la libertad de la hoy víctima, resulta causalmente relacionada con la falla, como se probará debidamente en el proceso.

6°. El señor Jiménez Baena, al momento de ocurrir su detención, contaba con cuarenta y cinco (45) años cumplidos de edad. Laboraba en forma independiente siendo que su dedicación u oficio es carpintería generando un promedio de \$33.000 diarios.

7°. El señor Jiménez Baena víctima de la falla en el servicio, dentro de sus posibilidades económicas, veía por su propia subsistencia y no declara

menores a su cargo ni otras personas.

8º La indemnización o resarcimiento de perjuicios a su favor, se determinará en el correspondiente acápite.

9º como se ha señalado en el libelo, y de acuerdo con la evolución del pensamiento jurídico, a la víctima por la falla en el servicio del señor Jiménez Baena le es pleno el derecho reclamar, pues, contrario sensu, sería materializar una aberrante injusticia, que no puede, no obstante los perjuicios morales, sociales, religiosos o políticos, seguir imperando, ya que se trata del derecho a la libertad, a la honra, buen nombre, a la vida digna, a los consustanciales y laborales y su representación ante a familia en términos reales, justos y humanos, y no de la atadura de la familia como creación artificial de la ley; y en ello el progreso de legislación colombiana es evidente, por el avance jurídico del régimen de las prestaciones sociales, deduciéndose que por el carácter de estable y continua de la relación nace la reparación del perjuicio que causó la privación de la libertad por casi seis meses, produciéndose la certeza del perjuicio y su consecuente indemnización.” (SIC)

V- PRETENSIONES

Textualmente son las siguientes:

“Primera.- El Ministerio de Justicia – Fiscalía General de la Nación, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor ALVARO JIMENEZ BAENA por falla o falta del servicio o de la administración que condujo a la privación de la libertad al señor Jiménez Baena.

Segunda: Condenar; en consecuencia, a la Nación Colombiana – Ministerio de Justicia – Fiscalía General de la Nación, como reparación del daño ocasionado

con la privación de la libertad, a pagar al actor, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de ciento ocho millones novecientos diez mil pesos (\$108.910.000) o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto, en forma genérica.

Tercera. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

Cuarta. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.” (SIC)

VI. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestación Nación – Fiscalía General de la Nación (FL 79- 84)

El apoderado de la Nación – Fiscalía General de la Nación se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dado que los hechos en que se funda no constituyen una falla en el servicio, atribuible a la Fiscalía, y en consecuencia solicita que se dicte sentencia declarando que no le asiste responsabilidad u obligación alguna a su representada de resarcir los supuestos perjuicios demandados.

En ese sentido alega la Fiscalía que esta no actuó de manera caprichosa, con desidia y un fin doloso de privarle de la libertad a un ciudadano. Que su actuar tuvo lugar en virtud de la denuncia y pruebas allegadas al proceso, en dónde se encontraba implicado un menor de edad que presuntamente fue abusado y el deber legal y constitucional era precisamente velar por esa protección siempre y cuando las pruebas así lo orientaran.

Sustenta en consecuencia la excepción de un hecho exclusivo y determinante de un tercero, toda vez que existió denuncia, declaraciones, pruebas periciales, entrevistas psicológicas, etc., que conllevó a la privación de la libertad, privación que según sustenta no puede tildarse de injusta, precisamente por la legalidad de las actuaciones por estas desplegadas, tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de investigación y de unos señalamientos directos en su contra. Aduciendo además la excepción de nexo de casualidad entre el hecho y el daño.

Alega finalmente o siguiente:

"(...) Como quiera que el proceso se adelantó en vigencia de la Ley 906 de 2004, si bien es cierto que el fiscal instructor le atañe la etapa de indagación y de investigación, también lo es que el Juez de control de garantías como Juez Constitucional tiene la carga de la legalidad de cada audiencia preliminar, en el presente caso la legalización de la orden de captura, la imposición de la medida de aseguramiento y la de acusación, entonces, no es en cabeza de la Fiscalía General de la Nación que recae la responsabilidad administrativa y patrimonial, sino en cabeza de la Rama Judicial por ser el Juez quien impartió la legalidad sobre las audiencias. Es entonces que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ha de prosperar en el presente caso.

(...)"(SIC)

VII. ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante:

La parte demandante presento alegatos de conclusión mediante escrito visible a folio 148 a 150 del expediente, reiterando los argumentos esgrimidos en la demanda y por tanto solicita que se accedan a las pretensiones de la misma.

Parte demandada:

- **Fiscalía General de la Nación:** Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando la negación de las pretensiones. (FI 154-158)

VIII. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de fecha seis (06) de octubre de 2011. (Folio 74-76)
- El Proceso fue fijado en lista el 24 de enero de 2012.
- Mediante providencia de fecha 18 de marzo de 2013, se abrió a pruebas el presente proceso (folio 109-110)
- Mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2013 se cerró el periodo probatorio y en consecuencia se dio traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público (Folio 147)
- Finalmente el proceso entra al Despacho 001 de Descongestión para su pronunciamiento de fondo.

IX.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO.

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante este Tribunal, rinde concepto favorable para la parte demandante alegando entre otras cosas lo siguiente:

"En el presente caso es preciso aclarar, que de la interpretación de la demanda se advierte que el perjuicio que alega la parte actora, se generó por la privación injusta de la libertad, error que se evidencia por la misma fiscalía acusadora, cuando solicitó la preclusión de la investigación, y se ordenó su libertad inmediata y la correspondiente compulsas copias para investigar la conducta de la menor presuntamente abusada."

X.- CONSIDERACIONES.

1. La competencia y la caducidad

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

La acción fue presentada dentro del término de caducidad del artículo 136 del CCA: *"al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa."* Detalla la Sala lo siguiente:

En el presente caso considera la Sala que la acción fue iniciada oportunamente, por cuanto la orden de preclusión de la investigación fue tomada en audiencia pública el día 3 de junio de 2010, por solicitud elevada por la Fiscalía Seccional 21, en cuyo caso el Juez 6º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cartagena aprueba la solicitud y ordena la libertad del imputado señor Álvaro Jiménez Baena, (Audio aportado por la demandante registro N° 13001600112920090533500_130013109006_01_03 Min 14:00 a Min 14:47), la decisión no fue objeto de recurso y quedó en firme en dicha audiencia. Como quiera que la demanda fue presentada el 04 de noviembre de 2010, tal como consta en el sello de recibido de la demanda visible a folio 9 del expediente.

Lo anterior permite colegir que la presente demanda fue interpuesta dentro del término de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A., contado además el término de interrupción con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, requisito de esta acción.

2. Objeto de la demanda.

En el caso sub examine se pretende que se declare administrativamente responsable a la Nación -Fiscalía General de la Nación, de la totalidad de los daños y perjuicios morales y materiales que le han sido ocasionados al demandante, por la presunta privación injusta de la libertad, de que dice fue objeto el señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA, ocurrida por orden de la Fiscalía Local 13 de la Ciudad, en razón al presunto delito de Actos Sexuales con menor de 14 años, y del cual resulto la preclusión de la investigación, en audiencia de fecha 3 de junio de 2010, por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Cartagena con funciones de conocimiento, esto por solicitud en la misma audiencia de la Fiscalía, dado que resultaba imposible desvirtuar la presunción de legalidad de la que gozaba el acusado. Tal decisión quedo en firme en dicha audiencia si a interposición de recursos por ninguna de las partes.

3. Problema Jurídico

De conformidad con los hechos que se encuentran probados y con los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, queda claro que el problema jurídico a resolver por esta Corporación consiste en establecer ¿si en el caso sub examine, concurren los requisitos para declarar la obligación estatal de indemnizar los supuestos perjuicios causados al demandante con ocasión de la privación de la libertad acaecida en la persona de ÁLVARO JIMENEZ BAENA por la Fiscalía Local 13 de la Ciudad de Cartagena, teniendo en cuenta que el investigado le fue precluida la investigación por no encontrar los suficientes elementos probatorios para continuar con el juicio.

Pero 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.

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

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

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

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

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

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

procederá a estudiar dicho régimen

4. DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

En relación a este régimen de responsabilidad por privación de la libertad, el Consejo de Estado no ha sostenido un criterio uniforme, en efecto, se han identificado tres líneas jurisprudenciales, así lo ha reconocido esa misma Corporación¹ al explicar que la primera tesis jurisprudencial que se puede calificar como "restrictiva", reservó el deber de reparar sólo a aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad, de manera que solamente existía deber de reparar la *"falla del servicio judicial"*.

La segunda línea jurisprudencial estableció que la responsabilidad por privación de la libertad regulada por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sería objetiva y que era procedente únicamente si la situación podía subsumirse en alguna de las tres causales normativas, en el evento contrario, el actor tenía el deber de demostrar la ocurrencia de error jurisdiccional derivado del carácter "injusto" o "injustificado" de la detención. La responsabilidad objetiva derivada de las causales establecidas en el artículo 414² del Código de Procedimiento Penal, ha quedado explicada en los siguientes términos por el Consejo de Estado:

"Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo

¹Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia de 12 de diciembre de 2005 Expediente 13558 Consejero Ponente Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

²ARTÍCULO 414 INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absoluta definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituye 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

dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres únicos supuestos (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) que, probados, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, o lo que es igual, no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.”³

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

³Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2007 Expediente 15498 Consejero Ponente Dr. ENRIQUE GIL BOTERO.

“En relación con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad prevista en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró inicialmente que no bastaba con que el proceso terminara con decisión absolutoria, en virtud de uno de los tres supuestos previstos en la norma, para conceder el derecho a la indemnización en forma automática, sino que era necesario acreditar el error o la ilegalidad de la providencia que dispuso la detención, ya que “la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención”. En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma.”⁴(Subrayado fuera texto)

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

⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de junio de 2005, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, Expediente 14740

privación de la libertad que es uno de los derechos de mayor protección en el Estado Social de Derecho.

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

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

Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de

asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

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

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

distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general.

(...)

Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas

veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad. No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad —como en el presente caso— durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión “normal”, inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del

hecho de vivir en sociedad.

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

Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia. Lo que no se estima jurídicamente viable, sin embargo, es trasladar al administrado el costo de todas las deficiencias o incorrecciones en las que, en ocasiones, pueda incurrir el Estado en ejercicio de su iuspuniendi. En relación con la inconveniencia —si no imposibilidad— de verter juicios generales y abstractos en relación con asuntos como el que atrae la atención del presente proveído, ya había expresado esta Corporación lo siguiente:

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

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio⁵. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado.⁶ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas

⁵Nota de la sentencia citada. Sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se pronunció esta Sala en sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11 754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves, extendiéndola a casos en que la absolución se ha producido por razones distintas a las previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y concretamente por aplicación del principio in dubio pro reo.

⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 2000, , Consejero ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez, actor Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros, Radicación 11601.

con un escrutinio más estricto y comprensivo —siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa —como en el sub lite— una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad⁷.”

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

“En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infra constitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política

tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley

⁷Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Expediente 13168, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez

270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste en el pre mencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – , entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho.”⁶

En una posterior decisión, el H. Consejo de Estado en sentencia de abril 10 del año 2010, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero dentro del expediente No. (18960) Actor: Rogelio Aguirre López y otros, Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación, Acción de Reparación directa, sostuvo lo siguiente:

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

La privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CPMauricio Fajardo Gómez, Radicación 25508

el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son: **1.** Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculcado. **2.** No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida. **3.** Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva. **4.** La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización. **5.** Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros. **6.** La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3. **7.** La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar. Aun cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no exista en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal.

En esa línea de pensamiento, y en armonía con lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, **para la Sala existen en el caso concreto dos títulos jurídicos de imputación desde los cuales puede ser analizada o valorada la posible atribución de los efectos del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.** Por un lado, **la absoluciónde la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño antijurídico al Estado desde la perspectiva objetiva** y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De otra parte, **la preclusión de la investigación** respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijuricidad, no quiere significar que los hechos no se hubieran **encontrado tipificados** y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; **por consiguiente, esta última absoluciónde, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P. de 1991. 3.4.** Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada "jurisdicción regional o especializada". El hecho de que sea la misma Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, quien haya señalado que a Rogelio Aguirre se le violaron las garantías elementales, es suficientemente indicativo de que el proceso penal que se le siguió, configuró en general, una grosera y flagrante falla del servicio que se evidencia en el quebrantamiento de

los parámetros establecidos en la ley procesal penal. Es por ello que la privación de la libertad de Rogelio Aguirre López supuso la materialización de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina alemana como “el error craso”, teoría a partir de la cual se permite inferir una falla del servicio ante la constatación de un daño grosero, desproporcionado, y flagrante.

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

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

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación⁹.

⁹Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13 168, M.P. Mauricio Fajardo Gomez

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

“.....ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo¹⁰ -strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)¹¹ y 15.463 (2007)¹², el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del

¹⁰La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos, por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias. La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del in dubio pro reo. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas.” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M P. Mauricio Fajardo Gómez.

sindicado o acusado -¹³, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

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

No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal – o en los cuales la libertad se produce por la absolución o su equivalente en alguno de los supuestos del artículo 414 del C.P.P., es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria¹⁴.

iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título

¹³ "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del in dubio pro reo, contra la primera" Ibíd Pág 151- 152

¹⁴ "Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y justas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta, pero ha habido también un sueño militar de la sociedad, su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática" FOUCAULT, Michel "Vigilar y Castigar", Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed., pág. 173 "Como lo muestran los objetos anteriores, la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma" RAWLS, John "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273.

de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del in dubio pro reo, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.

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

Más recientemente en sentencia del 30 de marzo de 2011 con la ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al analizarse la línea jurisprudencial seguida por el Consejo de Estado cuando se estudia responsabilidad al Estado con fundamento en la privación injusta de la libertad, se concluyó que¹⁵:

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

¹⁵CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA -SUBSECCION C-Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- (30) de marzo de dos mil once (2011)-Radicación numero: 66001-23-31-000-2004-00774-01(33238)-Actor: ASDRUBAL CARDENAS MUÑOZ Y OTROS-Demandado: NACION-RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-SENTENCIA

Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

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

- *De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana “la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”¹⁶.*
- *“El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”¹⁷.*
- *La detención preventiva “es una medida cautelar, no punitiva”¹⁸.*
- *En un “Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando*

¹⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Instituto de Reeducación del menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

*sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”.*¹⁹

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

*“Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia”*²⁰.

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su

¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

²⁰Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993

carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”²¹.

“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales...”²². Negrillas fuera de texto

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

El derecho a la libertad personal se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Constitución, que preceptúa: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del Juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente

²¹Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 1996

²²Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000

en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.”

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

El contenido del derecho se confunde con la forma en que el mismo se protege, en el cómo se regula el hecho de la detención, las garantías que deben acompañar la utilización de ésta medida, y las posibilidades de oposición en cabeza del individuo que se ve afectado con la determinación del Estado. Por eso, le asiste razón a la doctrina al afirmar que la única manera de desentrañar el contenido del derecho a la libertad personal es analizándolo desde su vertiente negativa. En otras palabras, como parte integrante de aquel espacio en el que la injerencia del poder público debe ser mínima y estrictamente necesaria. El carácter estrictamente necesario de la restricción del derecho es un reflejo del avance que los sistemas penales han tenido en las democracias occidentales, especialmente del cambio que implicó para la libertad personal el principio de división de poderes, porque al confiar a los jueces las detenciones, se aseguraba que el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico

estuviera en cabeza de autoridades no sólo imparciales sino independientes de la rama ejecutiva⁴⁵. Se garantiza así, que la valoración de los supuestos que pueden dar lugar a una privación de la libertad se encuentren plenamente justificados, pues la ausencia de razones o la presencia de motivaciones insuficientes genera la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, para comprender el alcance de la libertad personal es necesario precisar dos cosas: su titularidad y su contenido esencial. Respecto del primer elemento, puede señalarse que este derecho se atribuye directamente a personas físicas (no se debe olvidar su carácter corporal), como quiera que se antepone a condenas, detenciones e internamientos que resultan injustos y arbitrarios. Aunque la titularidad siempre este presente, el carácter reactivo que es intrínseco al derecho puede ocasionar que ésta no tenga que manifestarse nunca en la vida de un individuo, y ello es posible si éste no ha sido objeto de agresión alguna por parte de los poderes públicos. Por tanto, en aquellos casos en los cuales se cumplan los presupuestos exigidos constitucional y legalmente para proceder a la privación de la libertad no se disfruta del derecho porque en este supuesto el ejercicio del ius puniendo del estado es estrictamente necesario y se acompasa con el carácter no absoluto de la libertad. En cuanto a su contenido esencial, este puede entenderse en los eventos en que la libertad decae por la intervención de la autoridad pública cuando esta no tiene "...causa para accionar contra ella." De modo tal que, al ser su intervención injusta o ilegal, "...se genera unos mecanismos para la restitución del bien protegido." De ahí que pueda afirmarse que la detención preventiva también conforma el derecho, ya que a través de su regulación y, especialmente, mediante la fijación de las causas por las cuales procede, se fija un límite a la actuación del individuo, porque si su comportamiento se encuentra previamente tipificado y afecta o perturba los derechos de otros en un grado tal que impida su libre desarrollo, se activa el poder de

coerción del Estado y se puede generar como respuesta una restricción que afecte la capacidad de movilidad física o geográfica del individuo. Por consiguiente, la privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal.

Los condicionamientos a los que se hace referencia son:

- 1. Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculpado.*
- 2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida.*
- 3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva⁴⁸.*
- 4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización.*
- 5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que*

hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros.

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

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

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

Si esto es así, ¿cuál será el fundamento de la detención preventiva? Respecto de este punto, la doctrina ha señalado dos respuestas: de un lado, se busca una administración de justicia eficiente, que asegure la obtención de resultados concretos ante la ciudadanía en cuanto a la persecución del delito; del otro, se señala que se trata de una verdadera pena, porque conlleva la alteración de un derecho, la producción de un sufrimiento a un individuo como si se tratara de un condenado. Se señalan así dos agravantes:

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

2. *al no existir condena, no es posible hablar de vulneración al principio de presunción de inocencia. Así, el cuestionamiento que debe hacerse es el de cómo mantener un equilibrio entre los dos fundamentos expuestos en un Estado Social de Derecho, si sólo se opta por el eficientismo, se desconoce la libertad como valor y principio fundante de la democracia, se exagera la importancia del interés estatal y se da un acercamiento peligroso a un régimen de carácter totalitario. Y es precisamente esta necesidad de ponderación la que posibilita la implantación de **mecanismos resarcitorios cuando la actividad del Estado se ha desplegado afectando el interés subjetivo de un individuo, restringiendo su capacidad de autodeterminación y limitando sus opciones de movilidad, para después hacer un pronunciamiento exonerándolo de responsabilidad. Esta declaración no es suficiente frente al derecho a la libertad personal y por ello deben operar mecanismos indemnizatorios toda vez que el daño ya se ha infligido, es imputable jurídicamente a la administración de justicia y el sujeto que lo sufrió no tenía el deber jurídico de soportarlo.**"²³(negritas por fuera del texto)*

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

"Desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental (artículo 28 C.P.) que sólo admite limitación "en virtud de mandamiento escrito de

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No 18.860 C P. ENRIQUE GIL BOTERO

autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley", y como certeramente lo anota la doctrina.

(...)

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

(...)

La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues según el inciso 4º del artículo 29 de la Carta Política: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", y por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado. (...) Ciertamente, el señor Fredy Fernando Lerma Cobo fue exonerado de responsabilidad penal mediante la resolución No 045 del 31 de julio de 1997, mediante la cual se declaró la preclusión de la investigación porque en el proceso penal finalmente se encontró acreditado que "la conducta a él endilgada era atípica". Así las cosas, es evidente que la circunstancia descrita constituye un evento determinante de privación injusta de la libertad, puesto que antes, durante y después del proceso penal al cual fue vinculado el demandante, siempre mantuvo intacta la presunción de inocencia que lo amparaba y que el Estado, a través de la entidad ahora demandada, jamás le desvirtuó.

(...)

Según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible, y si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado. Se precisa igualmente que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.²⁴

6. Del caso concreto

Pues bien, atendiendo esta Sala las anteriores precisiones legales, jurisprudenciales y doctrinales, respecto de la responsabilidad del estado por mal funcionamiento de la administración de justicia, el caso bajo examen, en aplicación del principio *iura novit curia* el cual ha sido aplicado por el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, la Sala lo resolverá bajo el régimen de la privación injusta de la libertad analizado desde la perspectiva del régimen objetivo de responsabilidad como quiera la preclusión de la investigación penal adelantada en contra del señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA, se hizo dado que resultaba imposible desvirtuar la presunción de inocencia que cobijaba al hoy actor, por la inexistencia de elementos probatorios suficientes.

²⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera Ponente. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011). Radicación número. 19001233100019990203-01 (21 653) Actor JOAQUÍN CASTRO SOLÍS Y OTROS Demandado NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Asunto: Acción de reparación directa

En ese sentido, debe precisarse que el marco normativo para la declaratoria de responsabilidad por la privación injusta de la libertad del señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA, corresponde al artículo 68 de la ley 270 de 1996, el cual debe ser interpretado en armonía con las consideraciones del artículo 90 de la Constitución Política, el cual constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el artículo 414 del decreto 2700 de 1991: que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que la conducta era atípica, y también la absolución por duda (pronunciamientos 13.168 (2006) y 15.463 (2007), del Consejo de Estado).

Vista como ha quedado, la evolución de la jurisprudencia de la Sección Tercera del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respecto de la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad ordenada, dentro de una investigación penal, por la autoridad judicial competente, habrá de precisarse si, en el sub lite, se ha producido un daño antijurídico al demandante y, adicionalmente, si existe un título jurídico que permita imputar el mismo a la acción u omisión del Estado.

7. HECHOS PROBADOS EN EL PLENARIO.

A continuación se relacionarán las pruebas aportadas al proceso.

Como quiera que el proceso penal adelantado contra el señor demandante ÁLVARO JIMENEZ BAENA, SE LLEVÓ BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004, fue aportada con la demanda los audios de las audiencias realizadas durante todo el proceso y que terminaron con la preclusión, adicionalmente yace en el expediente las siguientes pruebas:

7.1 Acta de entrega de los Cd de las Audiencias, a la apoderada del demandante (FI

13-22)

7.2 actuaciones seguidas por el Juzgado Décimo Segundo Penal Municipal con funciones de Garantías, en la que se efectúa la audiencia de legalización de la captura, y la formulación de la imputación y se impone una medida de aseguramiento. (FI 23-24).

7.3 Escrito de Acusación, contra el señor ALVARO JIMENEZ BAENA, por el punible de acto sexual con menor de catorce años. (FL 27-33)

7.4 Acta de la audiencia llevada a cabo el 3 de junio de 2010, resolviéndose la preclusión de la investigación tal como fue solicitada por la Fiscalía. (FI 53)

7.5 Boleta de libertad proferida por el Juez Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento. De fecha 03 de junio de 2010. (FL 54)

7.6 Certificación proferida por el Director del EPMSCCAR - INPEC en la que manifiesta que el señor ALVARO JIMENEZ BAENA, ingreso al establecimiento penitenciario el 17 de diciembre de 2009 y salió el 04 de junio de 2010. (FI 120)

8. El daño antijurídico:

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991²⁵ hasta la época²⁶, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 164 60

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.²⁷

El daño debe ser personal y cierto, lo primero significa que solamente puede pedir su reparación quien efectivamente lo sufre y lo segundo significa que se excluye el eventual o hipotético, es decir que lo haya sufrido una persona determinada en su patrimonio.²⁸

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

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la privación de la libertad acaecida en la persona de ÁLVARO JIMENEZ BAENA, según se menciona en los hechos de la demanda y de lo probado en el proceso, el mismo fue ingresado al establecimiento penitenciario el día 17 de diciembre de 2009 y puesto en libertad el 04 de junio de 2010, es decir estuvo privado de la libertad por un total de 5 meses y 17 días, esto en el proceso adelantado en su contra.

De los elementos probatorios que yacen en el expediente se puede corroborar que el señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA fue capturado por los hechos ocurrido el 15 de diciembre de 2009, y legalizada su captura el 16 de diciembre del mismo año, ingresado al establecimiento penitenciario el último día referenciado, por legalización de captura solicita por la Fiscalía Local 13 de Cartagena, y luego dejado en liberta

²⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alier E. Hernández Enríquez

²⁸ HENAO, Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 129

mediante preclusión de la investigación también solicitad por la Fiscalía, dado que no contaban con los elementos probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia del demandante el día 3 de junio de 2010 y dejado en libertad el 04 de junio del mismo año. Es decir que está demostrado en el proceso que el señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA, demandante dentro del presente asunto, efectivamente estuvo privado de la libertad.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que esta suficientemente acreditado que el señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA, estuvo sujeto por orden de la Fiscalía, a la privación de su libertad, estando recluido en la Cárcel de Ternera desde el 17 de diciembre de 2009 hasta el 04 de junio del mismo año, es decir por espacio de 5 meses y 17 días. Tiempo que fue certificado por el establecimiento penitenciario visible a folio 120 del expediente.

Así las cosas, se comprueba la causación de un daño antijurídico contra el demandante, consistente en la privación de la libertad del señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA, la cual se tornó en injusta, por cuanto fue precluida la investigación seguida en su contra dado que no se podía desvirtuar su presunción de inocencia, daño que debe ser resarcido por la administración, pues el hecho de haberlo privado de su derecho supra Constitucional a la libertad, a la luz de la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, lo afectados tienen derecho a que se le reparen los perjuicios causados.

9. De la imputación de responsabilidad

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

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

Dijo la citada sentencia²⁹:

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

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

Aplicando esto al sub iudice, observa la Sala que el hecho dañoso es exclusivamente atribuible a la NACIÓN– FISCALIA GENERAL DE LA NACION, pues fue ésta la que privó injustamente de su libertad al señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA , al tener en ese momento como órgano investigador la facultad constitucional y legal de tomar las decisiones para ese efecto y solicitar incluso la legalización de dicha captura.

²⁹ Cfr. 11 de mayo de 2006, radicación 15626.

Encuentra la Sala que la privación de la libertad del demandante, fue determinada en forma única y exclusiva, por la Fiscalía Local 13, la que ordenó su captura y por ende este estuvo recluido por espacio de 5 meses y 17 días.

En el presente caso la medida de aseguramiento, se soportó en la valoración de medios de prueba que obraban en el expediente penal y que fueron regular y oportunamente recaudados, los precitados medios de pruebas fueron valorados por la Fiscalía siguiendo los postulados de la sana crítica, en ejercicio de la labor que el ordenamiento jurídico establece, con el fin de formar libremente su íntima convicción, y con fundamento en ellos, estimó el investigador que en su momento se infería la existencia de indicios graves que comprometían la responsabilidad del señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA, en la comisión del hecho punible investigado, sin embargo todo concluyó con la preclusión de la investigación, aplicando el indubio pro reo.

10. De los perjuicios:

En la demanda se pidió el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales.

10.1. Perjuicios materiales

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

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

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

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

De acuerdo a lo anterior, el demandante solicita como pago por este concepto la suma de SEIS MILLONES CIENTO TRECE MIL QUINIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$6.113.580), aduciendo que el demandante es carpintero, en el momento de los hechos estaba realizando trabajos a terceros que no pudieron ser entregados ni cobrados.

Precisa la Sala que la solicitud de daño emergente impetrada por la apodera del señor ALVARO JIMENEZ BAENA no tiene asidero, como quiera que tal circunstancia no se puede entender como la causación de un daño emergente, en el sentido de haber salido del actor dineros con ocasión de la privación injusta de la libertad, razón por la cual se negara tal pretensión

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

de la "víctima", si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima; por ello, el daño es la medida del resarcimiento.

Este comprende la falta de productividad que se derive del acaecimiento del hecho, como sería para el caso, lo dejado de percibir por parte de la demandante en razón de la privación de su libertad por el término de 5 meses y 17 días.

En las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte actora solicita que se le cancelen al afectado por la privación de la libertad en calidad de lucro cesante (entre el 16 de diciembre de 2009 y el 04 de junio de 2010), lo que este dejó de devengar con ocasión de la medida de aseguramiento teniendo en cuenta que el señor ALVARO JIMENEZ BAENA laboraba como carpintero y que el mismo ganaba la suma de \$ 33.000 mil pesos diarios a 30 días, equivalen a la suma de \$ 990.000 mensuales por el término de duración de la privación.

Pues bien con respecto a dicha pretensión dentro del expediente las únicas pruebas que yace respecto de esta petición son los siguientes testimonios: la señora MIRIAM JIMENEZ DE GONZALEZ, en el que manifiesta lo siguiente: *"El es un muchacho decente, trabajador y nos mantenía a nosotras..."*

Igualmente yace el testimonio de la señora MARIA CRISTINA JIMENEZ BAENA al cual manifestó lo siguiente: *"él trabajaba antes de eso, se ganaba su diario, como de 70, 80, 100 mil pesos. Podía tener entrada de un millón de pesos, con contratos para pintura o de arreglo de escritorios"* de lo anterior se puede concluir que le actor efectivamente laboraba, pero no se tiene certeza de los ingresos del mismo.

De cara a estas circunstancias y en aras de salvaguardar el principio de reparación integral esta Sala dará aplicación a la presunción pro hómine desarrollada jurisprudencialmente según la cual una persona adulta en etapa productiva no puede

devengar menos de un salario mínimo legal mensual³⁰, la Sala tomará como base de liquidación el salario para la fecha de esta providencia en razón a que el salario para la fecha de los hechos ya actualizado arroja un valor inferior al salario actual. Lo que significa que, teniendo en cuenta que el señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA estuvo privado de la libertad un total de 5 meses y 17 días, se tomará como base para establecer el monto de la condena el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento en que se dicta la presente sentencia el cual asciende a \$589.500,00, que multiplicado por 5 meses y 17 días arroja un total de (\$3.281.550)

En este orden de ideas el Total a pagar por lucro cesante a favor del señor ÁLVARO JIMENEZ BAENA es de tres millones doscientos ochenta y un mil quinientos cincuenta mil pesos (\$3.281.550).

10.2. Perjuicios Morales

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

"De manera reiterada, la Corte Constitucional y esta Corporación han reconocido que después de la vida, la libertad constituye el más importante de los derechos fundamentales de las personas³¹. La Sala con apoyo en la doctrina ha destacado el elevadísimo valor que tiene para el ser humano gozar de su libertad. Ha expresado que "Después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular el individuo...La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo

³⁰ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION TERCERA-Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ- (24) de febrero de dos mil cinco (2005)-Radicación número 47001-23-31-000-1992-03252-01(14140)-Actora: MARIA PEDROZO DE GARCES-Demandado: MUNICIPIO DE EL BANCO *Ahora bien, en relación con la cuantía del perjuicio aludido, como se ha observado, no obra en el proceso constancia del salario devengado por la demandante en la época de los hechos. Se dará, entonces, aplicación a la tesis ya sostenida por esta Corporación en otras oportunidades, presumiendo, con fundamento en el hecho probado de que la víctima se dedicaba a una labor productiva, que obtenía de su trabajo una suma equivalente al valor del salario mínimo

³¹Ver, por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-456 de 2006 y de la Sala de 4 de diciembre de 2006, exp. 13 168 y de 6 de marzo de 2008, exp 16 075

*distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho*³².

*Además, la Sala se ha referido a las manifestaciones positiva y negativa del derecho a la libertad, que se concretan en permitir que toda persona pueda ser y hacer todo aquello que no afecte la esfera de los derechos de los demás, y a proscribir toda forma de coacción mediante la cual se pretenda obligar a las personas a hacer lo que no desean o a privarlas de realizar todo aquello que desean y que no interfieran en los derechos ajenos*³³. Y se ha concluido que *“cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precia de ser justa y democrática*”³⁴.

*Por eso, la pérdida de la libertad genera a quien la sufre, un gran dolor moral, más aún cuando la retención se lleva a cabo en un centro de reclusión, porque en esas condiciones, el retenido pierde el contacto permanente con sus seres más queridos, el entorno en el que se ha desenvuelto su vida, la posibilidad de desarrollar sus proyectos, y se ve forzado a adaptarse a unas condiciones materiales que luego pueden afectar gravemente la reinserción a su medio social*³⁵.

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

³² Sentencia de 6 de marzo de 2006, exp. 13.168

³³ Sentencia de 6 de marzo de 2008, exp. 16.075.

³⁴ Sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13.168. Una amplia exposición doctrinaria sobre ese derecho puede verse en sentencias de 14 de abril de 2010, exp. 18.960.

³⁵ Ver, por ejemplo, sentencias de 7 de diciembre de 2004, expts. 13.481 y 14.676

En síntesis, sin lugar a dudas, la privación de la libertad produce dolor moral a quien sufre esa limitación, por tratarse de la pérdida de uno de los derechos más relevantes para el desarrollo integral de la persona, porque esa limitación representa la restricción de otros derechos fundamentales y de otros intereses y porque implica una ruptura en el proyecto de vida de cualquier ser humano.³⁶

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

Ha dicho:

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

³⁶CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente. RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011) Radicación número 19001233100019990203-01 (21 653) Actor JOAQUÍN CASTRO SOLÍS Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad.

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

"A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél."³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de marzo de 2002, radicación 16932. Subrayado añadido.

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

³⁷ Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en: "Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas". 2ª ed., Edit Civitas, Madrid, 2000, pág. 130.

generales, la intensidad del perjuicio³⁸, siendo que para la mayor intensidad se reconoce el monto máximo de 100 SMLM³⁹.

Para el *sub examine*, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar de el señor ALVARO JIMENEZ BAENA en su calidad de víctima directa de la privación injusta de su libertad, tal como se explicó en apartes anteriores de ésta providencia, quien permaneció privado de la libertad por un periodo de 5 meses y 17, y que al final fue precluida la investigación en su contra, en consecuencia el mismo estaba sujeto no solo a la angustia de la privación de su libertad si no a un descredito de su nombre y tranquilidad familiar; para determinar el monto de los perjuicios morales es preciso remitirnos a la posición adoptada recientemente por el Consejo de Estado MEDAINTE PROVIDENCIA DE FECHA 28 DE AGOSTO DE 2013, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero Radicación N° 000-1996-00659-01 la cual unifico lo concerniente a los perjuicios y estableció lo siguiente:

"(...) La Sala de Sección aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios a fin de propender por su trato igualitario en punto de reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios reconocidos en esta tipología de perjuicios.

Lo anterior, debido a la problemática que se ha suscitado en la jurisprudencia de las Subsecciones por la utilización de metodologías diferentes para la tasación de los perjuicios inmateriales.

De otro lado, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad hay lugar a inferir que esa situación genera dolor

³⁸Al respecto, cabe ilustrar que el Consejo de Estado ha tenido en cuenta las condiciones personales del detenido, el tiempo de la detención, la congoja demostrada, otros asuntos ya decididos, etcétera. Cfr. 20 de febrero de 2008, radicado 15980, Sección Tercera, Consejo de Estado.

³⁹ Por regla general, la mayor intensidad se aprecia por la muerte de una persona.

moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad⁴⁰; en esa línea de pensamiento, se ha considerado que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades⁴¹, al tiempo, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad⁴².

Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

⁴⁰ Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁴¹ Cf. Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 15980, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴² Cf. Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección, y en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27289, M.P. Enrique Gil Botero.

Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio. (..)”

En consecuencia y una vez precisado lo anterior, acogiendo el parámetro propuesto por el Consejo de Estado esta Sala reconoce por concepto de perjuicios morales al demandante la suma de **50 SMLMV**, como quiera la privación supera los 3 meses pero no es mayor de 6 meses.

10.3 Daño a la vida de relación o también conocido como alteración de las condiciones de existencia.

El concepto del daño a la vida de relación, ha tenido un amplio desarrollo en nuestro país, por parte del Consejo de Estado; el cual ha dicho que este perjuicio: *"no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella se producen en la vida de relación de quien la sufre"*⁴³

Es así como para el Consejo de Estado, el daño a la vida de relación, hace referencia a los resultados que una lesión, cualquiera sea su naturaleza, produce en la persona; siendo éste un perjuicio extrapatrimonial, diferente del moral y del fisiológico⁴⁴

Sobre el contenido y alcance del daño a la vida de relación, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias existentes entre este concepto y el daño moral. Respecto del primero, dijo:

"...aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Julio 19 de 2000. Expediente 11842. MP Alier Hernández Henríquez

⁴⁴Ibidem.

misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas...".⁴⁵

En el caso que ocupa a la Sala, el demandante solicita indemnización en cuantía de \$ 50.000.000 Millones de pesos, sin embargo no yacen en el expediente pruebas que sustentan tal petición o de qué manera se configuró el daño alegado por este concepto.

Aprovecha la Sala la oportunidad para precisar que, de conformidad con la pauta jurisprudencial de H. Consejo de Estado que desde el año 2007⁴⁶ y ya en varias oportunidades ha señalado que las denominaciones de perjuicio fisiológico, hoy entendido como daño a la vida de relación, se encuentran inmersas dentro de una categoría que abarca una reparación más amplia que se ha denominado perjuicio de "alteración a las condiciones de existencia".

En efecto, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo adoptó la denominación de "alteración a las condiciones de existencia", para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras.

Así, el H. Consejo de Estado, sostuvo⁴⁷:

⁴⁵ Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11 842, actor José Manuel Gutiérrez Sepúlveda y otros

⁴⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente 15 657. Magistrada Ponente Doctora Mynam Guerrero de Escobar, Sentencia del 15 de agosto de 2007, Expediente AG 2003 – 385 Magistrado Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 1º de diciembre de 2008, Expediente 17 744, Magistrado Ponente Doctor Ennque Gil Botero

⁴⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de agosto de 2007 Expediente AG 2003 – 385. Magistrado Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez

“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que “rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.⁴⁸

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

“En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”

⁴⁸Consejo de Estado Sentencia del 10 de julio de 2003, Radicación número. 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), Actor JORGE ENRIQUE RENGIFO LOZANO Y OTROS, Demandado DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

“Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

“Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”⁴⁹.

“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d’existence⁵⁰ pueden entenderse como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”⁵¹ o “las modificaciones

⁴⁹Gil Botero, *Enque Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed Comlibros, Tercera Edición, 2006, p 98.

⁵⁰Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p 78

⁵¹Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p 252

*aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral*⁵².

“El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.”⁵³ (Destaca el Tribunal).

Así mismo, en sentencia reciente⁵⁴, el H. Consejo de Estado, precisó:

“Se solicita en la demanda el reconocimiento de una indemnización por la merma total de su goce fisiológico, al quedar de por vida con graves lesiones corporales, que lo imposibilitarán para realizarse plenamente en su vida.

Cabe señalar que la afectación a la que se refieren las demandas ha sido definida por la Sala de manera reciente como “alteración de las condiciones materiales de existencia”, la cual hace alusión a la

⁵² Paillet Michel *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp AG 2003-385, M P Mauricio Fajardo Gómez

⁵⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Expediente 17 360 Magistrado Ponente Doctora Ruth Stella Correa Palacios

modificación significativa de los hábitos, proyectos y ocupaciones de la vida de quien padece el daño⁵⁵.

La existencia de este perjuicio como la de los demás, puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le haya dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida familiar y laboral”.

Así las cosas, concluye el Tribunal que el cambio de denominación al que se ha hecho referencia no obedece única y llanamente a la simple conversión de la designación para este tipo de perjuicios extrapatrimoniales, sino que ésta se explica en el ánimo de la Alta Corporación de evolucionar en un concepto que permita atender las pautas de la reparación integral de los perjuicios que han sufrido las víctimas, dado que la nueva noción recoge no sólo los daños causados en la integridad psicofísica del ser humano (perjuicio fisiológico), o las limitaciones que se puedan producir con el mundo exterior (daño a la vida de relación), sino, además, todos los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de existencia de una persona, razones todas éstas por las que ésta Sala especial de descongestión acoge la nueva denominación.

⁵⁵ENRIQUE GIL BOTERO. *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Medellín, Librería Jurídica COMLIBROS, 3ª ed, 2006, págs. 111-112. “Este daño no puede confundirse con el perjuicio moral, pues su naturaleza y estructura son en esencia diferentes, el tratadista Juan Carlos Henao ha señalado ‘esta noción, que puede ser definida según el profesor Chapus como ‘una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos’ También por fuera de la hipótesis de la muerte de una persona, el juez reconoce la existencia de las alteraciones, cuando una enfermedad de un ser próximo cambia la vida de la otra persona ..Perjuicio moral y alteración en las condiciones de existencia son, entonces, en derecho francés, rubros del perjuicio que no son ni sinónimos ni expresan el mismo daño El objetivo de su indemnización es independiente mediante la figura de la alteración en las condiciones de existencia, el juez francés indemniza una ‘modificación anormal dada al curso normal de existencia del demandante’, en tanto que mediante el daño moral se indemniza el sufrimiento producido por el hecho dañino’. En síntesis, para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifiquen en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativamente de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar ese perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”

Superado lo anterior, procede la Sala a realizar el análisis de la petición de reparación de perjuicios por este concepto en el caso concreto.

Como se señaló en el aparte de la providencia de H. Consejo de Estado proferida el 11 de noviembre de 2009 que viene de verse, esta clase de perjuicio puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso.

Considera la parte actora que el perjuicio por este concepto se ocasionó por la alteración de las condiciones de vida padecidas por el detenido y que no estaba en obligación de soportar.

Observa la Sala que esta imputación corresponde al perjuicio moral sufrido por el demandante el que ya fue debidamente reparado.

Sin embargo, no obra prueba en el expediente que permita demostrar la existencia de alteraciones a las condiciones de la existencia del demandante como consecuencia de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor ALVARO JIMENEZ BAENA, toda vez que las declaraciones rendidas refieren la afectación moral que sufrió la familia del detenido, más no existe referencia sobre el alegado deterioro de su imagen frente a la comunidad y la alteración real de sus condiciones de existencia con ocasión de la privación de la libertad de que fue objeto. Así las cosas, no se acredita la existencia de este perjuicio y por tanto se impone desestimar esta pretensión.

XI. DECISIÓN

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

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

FALLA

PRIMERO. DECLARAR administrativamente responsable a la Nación– Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios ocasionados al demandante con la privación injusta de la libertad que hizo padecer al señor ALVARO JIMENEZ BAENA.

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

❖ **Por concepto de perjuicios materiales**

- **LUCRO CESANTE:** TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$3.281.550)

❖ **Por concepto de perjuicios morales:**

La suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del señor ALVARO JIMENEZ BAENA. En su calidad de víctima directa

TERCERO. Negar las demás pretensiones de la demanda

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

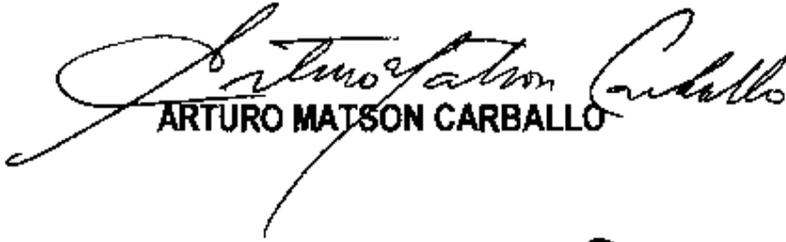
QUINTO Sin costas por no haber constancia de actuaciones temerarias o con mala fe.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELIACER FERNANDO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

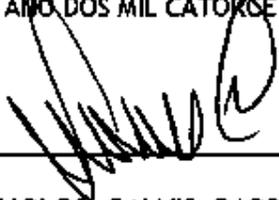
E D I C T O N° 0066

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: AGRICOLA DE SEGUROS S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2003-02189-01(2003-01189-01)
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

*P. 227 a 236
(1-2)*



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 395

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

TEMA: Incumplimiento tránsito aduanero – Hurto de mercancía.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13-001-33-31-003-2003-02189-01(1189)

II. PARTES

Demandante: Agrícola de Seguros S.A

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Que es nula la Resolución N° 0096 expedida el 22 de enero de 2003 por la Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial Aduana de Cartagena por medio de la cual declaró el incumplimiento de la operación de transporte multimodal autorizado con la continuación de viaje N° 559 de fecha 23 de abril de 2002 y ordenó en consecuencia afectar la póliza de cumplimiento de disposiciones legales N° 2000019872 y otorgada por la compañía de seguros AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A por un valor determinado igual a la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$47.171.888.00)

SEGUNDA: Que es nula la Resolución N° 00731 proferida el 23 de abril de 2003, por medio de la cual la Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, desató el recurso de reposición confirmando en todas sus partes la Resolución N° 0098 del 22 de enero de 2003.

TERCERA: Que es nula la Resolución N° 001423 extendida el 24 de julio de 2003 por medio de la cual el Despacho del Administrador de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena confirmó en grado de apelación el incumplimiento de la operación de transporte multimodal autorizado con la continuación de viaje N° 00559 del 23 de abril de 2002 y la efectividad de a póliza N° 2000019872 expedida por la Compañía de seguros AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.

CUARTA: Que a título de restablecimiento del derecho y de acuerdo a los supuestos fácticos de la demanda se ordene a la Administración Especial de aduana de Cartagena a admitir como causal eximente de responsabilidad en el incumplimiento de la finalización de la continuación de viaje N° 0559 del 23 de

abril de 2002 el hecho de fuerza mayor o caso fortuito con ocasión del hurto de la mercancía por desconocidos disponiéndose en consecuencia la desafectación de la póliza de cumplimiento en una proporción igual a la suma sancionada (\$ 47.171.888.00).

QUINTA: Que igualmente a título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la anteriores declaraciones, se ordene a la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, a devolver las sumas de dinero que se hubieren pagado o llegaren a pagar por este concepto debidamente indexados o actualizados, de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., teniendo en cuenta la inflación y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda junto con el pago de los respectivos intereses desde la fecha en que se hubiere efectuado el pago hasta la fecha en que se haga la devolución por parte de la entidad demanda.

SEXTA: Que se ordene a al aparte demandada a darle cumplimiento a la sentencia favorable que le ponga fin a la presente acción dentro del término legalmente establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. "(SIC)

2. HECHOS

"1. A solicitud de la sociedad PANALPINA S.A., actuando en calidad de representante del operador de transporte multimodal (OTM) PANTAINER EXPRESS LINE, la División de servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, autorizó la Continuación de Viaje N° 0559 del 23 de abril de 2002 de las mercancías que arribaron al país en el contenedor N° CPSU-473768-4 consistente en dos mil doscientos cincuenta y tres (2.253) bultos del producto dolex, , al amparo del Documento de Transporte N° 511213 con destino final en el depósito DAPSA en la Ciudad de Bogotá D.C.

2. *La Continuación de viaje N° 0559 del 23 de abril de 2002 se autorizó por conducto de la empresa de transporte CORDITRAFICOS LTDA en el medio de transporte identificado con placas SOB-914 con fecha de finalización 29 de abril de 2002.*
3. *El día 25 de abril de 2002 la referida mercancía fue hurtada por delincuentes armados durante el trayecto de Cartagena a Bogotá, en el sitio denominado Las Veggas y Curumaní, a pesar de la vigilancia y la escolta que sobre ella ejercía la empresa CRITICAL CARGO, de conformidad con las copias de las denuncias instauradas: el 26 de abril de 2002 en la Inspección Central de Policía de Aguachica César.*
4. *La empresa transportadora CORDITRAFICOS LTDA en oficio radicado el 29 de abril de 2002 con el N° 11249, comunicó oportunamente a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena que la mercancía en Continuación de viaje N° 0559 del 23 de abril de 2002 fue hurtada el 25 de abril de 2002, anexando copia de la denuncia del hurto.*
5. *La Coordinadora del Grupo Tránsitos de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante Requerimiento de Información N° 16088 de septiembre 25 de 2002, solicitó a la sociedad PANALPINA S.A. aportar las pruebas que justificarán la no llegada de la mercancía correspondiente a la Continuación de Viaje N° 0559 del 23 de abril de 2002.*
6. *La sociedad PANALPINA S.A. el 12 de noviembre de 2002, dio respuesta con oficio N° 029454 a la Coordinadora Grupo Tránsito de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena justificando, como causal eximente de la responsabilidad por la no llegada de la mercancía a su destino final, el hurto de la mercancía por actos de piratería terrestre, acompañando fotocopia autenticada de la denuncia, informe de CORDITRAFICOS LTDA y reporte de la empresa de vigilancia y escolta CRITICAL CARGO.*
7. *La División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante Resolución N° 00096 expedida el 22 de enero de 2003,*

declaró el incumplimiento de finalización del régimen de tránsito multimodal con formato de Continuación de Viaje N° 00559 del 23 de abril de 2002 y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento N° 2000019872 expedida por la compañía de seguros AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., por el valor determinado igual a la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$47.171.888.00), a favor de la Nación- Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

8. La compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., en escrito presentado personalmente por el doctor JAVIER REALES y radicado el 12 de febrero de 2003 con el N° 04031 del 22 de enero de 2003 proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

9. Mediante la Resolución N° 0731 expedida el 23 de abril de 2003, la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena al resolver el recurso de reposición confirmó la Resolución N° 00096 del 22 de enero de 2003 que declaró el incumplimiento de la operación de transporte multimodal y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento por valor de CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$47.171.888.00).

10. El 20 de junio de 2003, con oficio radicado con el N° 016354, el apoderado especial de la compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., sustentó el recurso de apelación contra la Resolución N° 096 del 22 de enero de 2003, planteando algunos argumentos relacionados con las consideraciones administrativas que se formularon en la Resolución N° 0731 del 23 de abril de 2003 que decidió el recurso de reposición.

11. El día 24 de julio de 2003 el Despacho del Administrador Especial de Aduanas de Cartagena al expedir la Resolución N° 1423, confirmó la Resolución 00096 del 22 de enero de 2003, mediante la cual se declaró el incumplimiento de una obligación aduanera consistente en finalizar dentro del término autorizado una operación de transporte multimodal y se ordenó hacer

efectiva una garantía de compañía de seguros, acto administrativo introducido al correo el 28 de julio de 2003 con Oficio N° 002358 por la División de Documentación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, entendiéndose surtida la notificación el 29 de julio de 2003, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 567 del Decreto 2685 de 1999.

12. Al decidirse en esas condiciones el recurso de reposición y en subsidio apelación, quedó plena y legalmente agotada la vía gubernativa conforme lo dispone el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 2 del artículo 62 íbidem.

13. De acuerdo al original del poder que a la demandada se acompaña, el representante legal de la compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., confirió al suscrito el respectivo mandato para el ejercicio de la presente acción. " (SIC)

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas y concepto de la violación en síntesis las siguientes:

- Artículos 2, 6, 29, 83 y 228 de la Constitución Nacional.
- Artículos 28, 35, 59, 84 y 85 del C.C.A.
- Artículo 3, 4 literal d artículo 369 del Decreto 2685 de 1999.
- Artículo 1° de la Ley 95 de 1890
- Artículo 530 de la Resolución 4240 de junio 2 de 2000.
- violación al principio de legalidad
- Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa
- Falsa motivación de los actos delatados.

Sobre la violación al principio de legalidad al configurarse una causal eximente la demandante argumento lo siguiente:

"por definición legal, tenemos que "la Fuerzas Mayor o el Caso Fortuito" es una figura jurídica que recoge o entraña a todos los fenómenos o hechos

imprevisibles e irresistibles que, no siendo imputables a la esfera jurídica del deudor, liberan exoneran de responsabilidad a quién la padece, institución que, al decir de la Doctrina, es una de las figuras que más dificultades presenta en su interpretación, precisamente por los conflictos que se generan al analizar y aplicar sus elementos estructurantes.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que se presentaron realmente unas circunstancias constitutivas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito no imputables al Transportador, que generaron o propiciaron el incumplimiento a que se refiere la Resolución en cuestión, las que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, constituyen una causal eximente de Responsabilidad y que la Doctrina moderna ha definido como (...) "una causa extraña" (...), consistente en el hecho imprevisible, irresistible y no imputable a la actividad del agente, definición que recoge nuestra legislación en el Art. 1º de la Ley 95 de 1890, bajo la denominación de (...) "caso fortuito o Fuerza Mayor"(...)

Esa causal, como ya se dijo con anterioridad, se encuentra igualmente prevista en el ordenamiento aduanero nacional como una causal para la finalización de la modalidad en el artículo 369 del decreto 2685 de 1999 en el literal d:

"Art. 369. Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza con:

d) cuando por motivos de fuerza mayor o caso fortuito la aduana autorice la finalización de la modalidad de conformidad con el reglamento que para el efecto expida la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales"

Adicionalmente y como consecuencia de la inseguridad que existe en las carreteras del país, es importante anotar, que las mismas autoridades de la aduana Nacional, mediante el memorando N° 0459 del 12 de mayo de 2000, expedido por la Subdirectora de Comercio Exterior de la DIAN, cuyo texto se

transcribe a continuación, han reconocido expresamente que los actos de la guerrilla, como el hurto y la piratería terrestre son considerados como actos de fuerzas mayor o caso fortuito que exoneran de responsabilidad en el Régimen de Tránsito Aduanero. (...)"

Finalmente es indudable que el referido hecho no es imputable a la conducta del transportador ni al operador del transporte multimodal, pues ninguno de ellos propicio el hurto de la mercancía, tal y como se demostró con copia de la denuncia formulada ante la Inspección Central de Policía de Aguachica (CESAR) que se anexó en un momento al proceso administrativo en vía gubernativa." (SIC)

La entidad PANALPINA S.A, fue vinculada al proceso, de manera que esta mediante escrito presentado el 26 de julio de 2007 coadyuvó la totalidad de las pretensiones aducidas por la demandante AGRICOLA DE SEGUROS S.A. (FL 145-156)

B. LA CONTESTACION (Folio 162 a 172)

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

❖ Sobre la falsa motivación del acto administrativo.

la entidad se opone a dicho cargo alegando que, de una lectura del acto administrativo acusado se revela claramente las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la administración a tomar la decisión de la declaratoria de incumplimiento del régimen de tránsito aduanero.

Que tal posición quedo plasmada en la Resolución expedida por la División de Liquidación, en la cual explica suficientemente porque no se configura la Fuerza Mayor como causal eximente de responsabilidad.

❖ Sobre la causal exonerante de responsabilidad

Al respecto la demandada alega su oposición a dicho cargo puesto que si bien esta entidad no desconoce que el hurto puede ser configurativo de fuerza mayor o caso fortuito, lo que ocurre es que el demandante no demostró los elementos que configuran esta eximente de responsabilidad.

Que en ese sentido, el valor probatorio de la denuncia interpuesta por la transportadora demostraría el hurto. Pero si se toma aisladamente y no se acreditan los otros elementos que configuran la fuerza mayor está, por sí sola no es prueba suficiente para acreditar las circunstancias exonerativas de responsabilidad.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 183 a199)

En la sentencia de primera instancia el A quo negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no se adoptaron las medidas necesarias para considerar al hurto de que fue objeto la carga como una fuerza mayor o un caso fortuito, de manera que no puede ser tenida como causal de exoneración del cumplimiento de una autorización de continuación de viaje.

Que en ese sentido el que alega la pérdida de los bienes por hurto debe demostrar, al menos la sustracción o el apoderamiento por parte de terceros, sin que baste la denuncia penal, pues, la denuncia es un simple documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivo. Que de esa manera la pérdida no está demostrada, puesto que en el expediente obra la denuncia presentada pero la misma no da certeza de la pérdida alegada y por tal razón la legalidad que ampara al acto administrativo se mantiene y no es procedente declarar su nulidad.

D. LA APELACION (Folio 201 a 217)

La parte demandante mediante escrito presentado por su apoderado solicitan que se revoque la sentencia de primera instancia y que en consecuencia se accedan a las pretensiones de la misma.

Aduce el apelante frente al argumento de la causal eximente que no comparte la decisión adoptada por el A quo, puesto que el hurto para su realización no solamente se requiere el sometimiento por la fuerza sino que también puede ser exitoso por la simple intimidación con armas, en donde el transportador o el escolta por ser esposos padre de familia prefiere prudentemente no oponer resistencia física, para no dejar una viuda o unos huérfanos sin padre, pero que pareciera que eso lo olvida o echa de menos el Juez de primera instancia para admitir la irresistibilidad del hurto de la mercancía.

Agrega que el transportador multimodal si adoptó las medidas de seguridad que a su juicio consideró necesarias para evitar el hurto de la mercancía menciona las siguientes:

“(...) 1.- El operador de Transporte Multimodal al contratar el transporte de la mercancía seleccionó a una empresa reconocida, inscrita y autorizada por la DIAN y el Ministerio de Transporte para transportar mercancías sin nacionalizar, con póliza o garantía constituida ante esa entidad para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, como lo es la empresa de transporte CORDITRAFICOS LTDA.

2. Aún cuando el conductor asignado para el transporte de la mercancía era una persona conocida y de confianza para la empresa CORDITRAFICOS LTDA, la Sociedad PANALPINA SA., en su condición de Operador de Transporte Multimodal, tomó las medidas de seguridad adecuadas, investigando sus antecedentes ante la DIJIN, verificando sus referencias y analizando detalladamente su hoja de vida con el fin de confiar el transporte de la mercancía.

3. Para el acompañamiento o seguridad de la mercancía, se contrató con la empresa CRITICAL CARGO'S ENTERPRISE SA, el acompañamiento de un

escolta, como así lo prueba la certificación que en debida forma se aportó al expediente.” (SIC)

De otro lado argumenta el apelante y tal como lo expuso en el escrito de la demanda que a este le fue violado su derecho de defensa y en ese sentido el debido proceso, como quiera que antes de la expedición de la Resolución que declaró el incumplimiento no se le fue requerido para que expusiera su defensa, esto en calidad de solidaria, puesto que esta es la responsable de la póliza de seguros.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. TRÁMITE PROCESAL

Segunda instancia:

- Por auto de fecha 30 de septiembre de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 31 de octubre de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso y Problema Jurídico

La demandante considera que se encuentra suficientemente demostrado que el hecho de un tercero en este caso el hurto de mercancía por parte de sujetos armados se constituyó en una causal eximente de responsabilidad es decir caso fortuito o fuerza mayor, y que la administración DIAN, no tuvo en cuenta tales argumentos aun cuando se le presentó en vía gubernativa la denuncia correspondiente que demuestra la existencia del hecho. Que en ese entendido solicita la nulidad de los actos administrativos demandados y como restablecimiento que la DIAN reconozca la causal eximente de responsabilidad en el incumplimiento de la finalización de la continuación de viaje N° 0559 del 23 de abril de 2002.

El Juez una vez revisado el acervo probatorio concluyó que contrario a lo dicho por la demandante no se acreditó la existencia de una causal exonerativa, argumentando que la denuncia por sí sola no bastaba y que las medidas preventivas adoptadas no habían sido suficientes, para evitar su ocurrencia, por tal razón negó las pretensiones de la demanda.

El apelante difiere de lo discurredo por el Juez de instancia solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia al sustentar que si se configuraron los elementos constitutivos de la causal exonerativa y que lo dicho por el Juez se aparta sustancialmente de lo dicho sobre el tema, en ese sentido solicita se accedan a las pretensiones de la demanda.

Precisado lo anterior la Sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en establecer la legalidad de las resoluciones acusadas, determinando si en las circunstancias en que ocurrió el hurto de las mercancías transportadas bajo el régimen de continuación de viaje, se configuraron los elementos que originan la causal de ausencia de responsabilidad por incumplimiento de una obligación aduanera, denominada fuerza mayor o caso fortuito.

3. Actos administrativos demandados.

3.1 Nulidad de la Resolución N° 0096 de fecha 22 de enero de 2003 expedida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena mediante la cual declaró el incumplimiento de la operación de transporte multimodal autorizado con la continuación de viaje N° 559 de fecha 23 de abril de 2002 y ordeno en consecuencia hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales N° 2000019872 otorgada por la Compañía de seguros AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.

3.2 Nulidad de la Resolución N° 00731 de fecha 23 de abril de 2003 proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en todas sus parte la resolución que declara el incumplimiento.

3.3 Nulidad de la Resolución N° 001423 del 24 de julio de 2003 mediante la cual el Despacho del administrador de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena Confirmó en grado de apelación el incumplimiento de la operación de transporte multimodal.

4. Material Probatorio aportado al proceso.

Las pruebas que a continuación se relacionan, son pruebas que fueron aportadas por la parte demandante junto con el escrito de la demanda

4.1 Resolución N° 00096 de fecha 22 de enero de 2003, que declara el incumplimiento de la operación de transporte multimodal, Resolución N° 00731 del 23 de abril de 2003 mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto, confirmado el acto recurrido y la Resolución N° 001423 del 24 de julio de 2003 mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto confirmando la resolución que declara el incumplimiento.

4.2 Memorial de fecha 29 de abril de 2002 y fecha de radicación 29 de abril de 2002, mediante la cual el Transportador CORDITRAFICOS pone en conocimiento de la DIAN, el hurto de la mercancía, anexando para ello la denuncia policial.(FL41- 42)

4.3 Oficio N° 016088 emanado de la DIAN de fecha 25 de septiembre de 2002, mediante la cual solicita al Declarante, las pruebas que demuestren la justificación de la no llegada de la mercancía. (Fl 43)

4.4 Respuesta frente a la solicitud de pruebas por parte del declarante de la mercancía, sustentando la fuerza mayor por el hurto de mercancías, por sujetos armados, allegan copia de la denuncia interpuesta así como la copia del informe presentado por CORDITRAFICOS LTDA, y el reporte de la empresa de vigilancia CRITICAL CARGO'S (FL45-46) en esa medida solicita la finalización del régimen.

4.5 Certificación de la empresa CRITICAL CARGO'S ENTERPRISE SA, mediante la cual manifiestan que realizaban acompañamiento físico sobre el contenedor CTSU 473768-4 transportado por el vehículo de placas SOE 914 de su cliente PANALPINA y transportado por la Compañía CORDITRAFICOS LTDA. (FL 44)

5. Análisis en concreto del caso.

Mediante la presente acción la Aseguradora Agrícola de Seguros S.A, solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados que ordenaron hacer efectiva la póliza de disposiciones legales que estos suscribieron con ocasión de la continuación de viaje N° 00559 de fecha 23 de abril de 2002 y fecha de finalización 29 de abril de 2002 autorizada a PANALPINA S.A., por cuanto consideran que se encuentra estructurada la eximente de responsabilidad de fuerza mayor y/o caso fortuito, por la no finalización del régimen, pues la mercancía fue hurtada por sujetos armados en el curso del tránsito hacia la aduana de destino.

El Juez de instancia una vez analizadas las pruebas allegadas al proceso concluye que a su entender, no se encuentra estructurada la causal eximente de responsabilidad alegada por la demandante, pues si bien se tomaron medidas preventivas las mismas no fueron suficientes sin que cumplieran con la lógica de su adopción, adicionalmente considera que el hecho de anexar la denuncia de los hechos no demuestra la ocurrencia del acto delictivo alegado.

La Demandante solicita la revocatoria de la sentencia pues, considera que las precisiones efectuadas por el Juez de instancia son desacertadas y que se encuentra demostrada la causal exonerativa alegada, razón por la cual solicita que se accedan a las pretensiones de la demanda.

Confrontando los hechos relevantes probados con el marco jurídico del caso, puede la Sala concluir que fue demostrado el hurto alegado por la parte demandante, pues se encuentra en el expediente copia de la denuncia presentada por el conductor del vehículo, documentos que fueron aportados en copia autentica por la demandante, dándole certeza a la Sala de la ocurrencia del hurto; sin embargo, tal circunstancia no indica que se encuentren acreditados los elementos de la fuerza mayor como causal exonerativa de responsabilidad, porque para ello, se debe establecer si el demandante tomó las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del hurto.

Al respecto de tal situación el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*"entonces, la denuncia es el medio idóneo para promover la actividad del Estado. Y, pese a la seriedad y requisitos con que debe ser presentada no deja de ser un documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivos. En esa medida, el denuncia no es la prueba del hurto. Las pruebas del hurto serán las que se aduzcan y practiquen en el curso de la investigación penal y que, por supuesto, estarán orientadas a establecer el acaecimiento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que el denunciante plasmó en la denuncia y las que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos."*¹

¹ Sección Cuarta – fecha: 5 de febrero de 2001, Radicación: 16760.

Concluye el Consejo de Estado que si bien la denuncia penal no es suficiente, tampoco es necesario que exista una decisión judicial definitiva sobre el asunto, pero sí que se aporten pruebas fehacientes de la ocurrencia de los hechos que lleve al convencimiento pleno que, permita la procedencia de la respectiva causal eximente.

Es decir para este Tribunal le resulta muy propicia la posición del Alto Tribunal frente a los hechos que pretenden ser demostrados mediante denuncia, siendo que para ello no basta la denuncia para eximirse de la responsabilidad, pues es preciso aportar las pruebas de los hechos así como los elementos estructurantes en este caso de la fuerza mayor o caso fortuito.

Es pertinente citar que el artículo 64 del C. C. prescribe: ***“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*** Es decir, que en los eventos en que se alegue dicha causal como eximente de responsabilidad, la administración de aduanas debe proceder a analizar las circunstancias alegadas por el operador de transporte, toda vez que si bien por el incumplimiento de sus obligaciones recae sobre él una presunción de culpa, puede exonerarse si demuestra los siguientes dos elementos:

1º. Que la causa del daño le fue extraña o que se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada. Decir que la causa del daño le fue extraña, significa que no se originó en actuaciones u omisiones del transportador o de las personas bajo su responsabilidad, sino en hechos de terceros, por ejemplo: saqueo o hurto; o de la naturaleza, como un rayo o un terremoto. El hecho que ocasiona el daño debe tener, por consiguiente, causas externas al sujeto de la obligación.

En el presente asunto se pudo demostrar que la imposibilidad de culminar el tránsito aduanero fue con ocasión del hurto de la mercancía, luego entonces puede decirse que el hecho de un tercero fue lo que generó la imposibilidad de llevar la mercancía a la

aduana de destino, lo probó por el actor con la presentación de la denuncia y su comunicación a la DIAN.

2º. Adicionalmente, para exonerarse de responsabilidad, el operador de transporte debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente, le compete demostrar al demandante que el hecho que ocasiona el daño, no se originó o agravó por su negligencia o descuido. En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador.

Para la Sala, tal como lo precisó el A quo no se encuentra demostrado que el hecho alegado como eximente de responsabilidad hubiere sido un hecho imprevisible al transportador, ya que la actividad de transportar grandes cantidades de mercancías por el territorio nacional, exige que se tomen las medidas de seguridad del caso, más para la época en que ocurrieron los hechos, en la que el país se encontraba atravesando por un momento de inseguridad en las carreteras.

Precisa la Sala que no se observan las medidas de prevención necesarias puesto que si bien se contrato una empresa transportadora por la OTM, tal circunstancia resulta del devenir del transporte de mercancías, de manera que no podría decirse que es una medida de seguridad, respecto al escolta, si bien tal servicio fue contratado no hay constancia dentro del expediente administrativo que la entidad declarante demostrará que el escolta tuviese idoneidad para el servicio o que existiera un certificado del plan de viaje, que incluyera un plan de seguridad, así como tampoco existe constancia del instructivo de viaje con recomendaciones de seguridad para el conductor, al que se precisa tampoco se demostró su idoneidad para realizar tal actividad.

De la denuncia presentada por el conductor, no se desprende que el mismo al momento de los hechos fuese colaboración, es más el mismo en la denuncia afirma que viajaba solo, por lo que no contaba con la ayuda o aviso de su escolta, es decir surge la pregunta que tipo de guardia estaba ejerciendo el escolta contratado? Pues en el relato de los hechos no se precisó que el conductor adujera que el escolta realizara ningún tipo de aviso sobre el hecho, si los mismos fueron atracados al tiempo, o si la acción delincinencial definitivamente fue irresistible para ambos y más aún al escolta que debía ejercer una función de cuidado sobre el vehículo transportador, quien de lo que se observa ni siquiera acompañaba al vehículo que debía escoltar, si bien la empresa de escoltas asegura que la compañía era física, y se reitera, tal como lo manifestó el conductor el mismo se encontraba solo, de manera que esa medida adoptada en principio de prevención resulto ser inocua.

Se precisa la Sala que, además durante la actuación en la vía gubernativa, oportunidad legal y oportuna para sustentar la eximente, la entidad declarante se sostuvo en la aplicación de la eximente con la presentación de la denuncias sin entrar a realizar un estudio probatorio sobre los hechos, para de esa manera dejarle claridad a la administración frente al hecho que se alega, teniendo en cuenta que recae sobre estos la carga de la prueba.

En conclusión si bien se encuentra demostrado el hurto de la mercancía, ese hecho por sí solo no configura una causal de ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, pues no se acreditaron debidamente los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad que caracterizan la fuerza mayor.

En últimas y observa la Sala que el Juez de instancia nada dijo respecto de la violación al debido proceso alegada por la demandante, sin embargo y en aras de evitar trasgredir un derecho como el alegado esta Corporación se pronuncia al respecto de la siguiente manera.

De conformidad con la Resolución N° 4240 de 2000, se estableció un procedimiento para declarar el incumplimiento de una obligación y ordenar hacer efectiva la correspondiente garantía. El artículo 530 del precitado artículo sobre dicho procedimiento estipula lo siguiente:

“Artículo 530. Procedimiento para hacer efectivas las garantías cuyo pago no esté condicionado a un procedimiento sancionatorio. En aquellos eventos en que las garantías deban hacerse sin que medie un procedimiento administrativo para la imposición de sanción por infracción aduanera o para la expedición de una liquidación oficial, la dependencia competente deberá dentro del mes siguiente a la fecha en que se establezca el incumplimiento de la obligación garantizada, comunicar al usuario o responsable de este hecho, otorgándole un término un término de diez (10) días para que dé respuesta al oficio o acredite al pago correspondiente o el incumplimiento de la obligación si a ello hubiere lugar”

En este sentido la norma habla del usuario o responsable de este hecho, quiere esto decir que la norma no está diciendo que deba ser vinculada la entidad aseguradora, pues como es de conocimiento no son responsables por la actividad aduanera, constituyéndose en simples garantes del cumplimiento adquirió ya sea por una empresa de transporte multimodal o por una empresa transportadora debidamente acreditadas ante el ente aduanero responsable. De manera pues que salta a vista que estos no deben ser requeridos para su defensa.

Ahora bien se observa dentro de las pruebas que la entidad luego de declarar el incumplimiento tuvo la oportunidad para defenderse y en ese sentido lo hizo, interponiendo los recursos que le fueron facultados, de esa manera se observa que el procedimiento seguido por la DIAN se ajustó a las normas que la gobiernan, no configurándose de ninguna forma la violación al debido proceso alegada por la demandante.

Por todo lo anterior, se concluye que no existen razones suficientes que permitan desvirtuar la legalidad de las resoluciones demandadas, toda vez que se encuentran dentro del marco de la normatividad aplicable al *sub judice* y no producen afectación al ordenamiento jurídico.

En conclusión los actos demandados se ajustaron a la normatividad vigente y relacionada en el marco normativo. Por esta razón, la providencia apelada será confirmada.

VII. LA DECISIÓN

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

FALLA

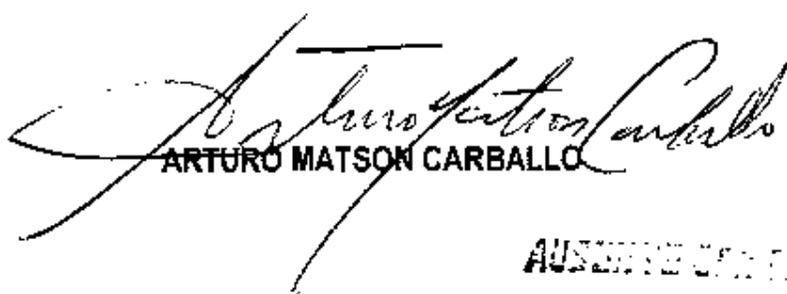
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

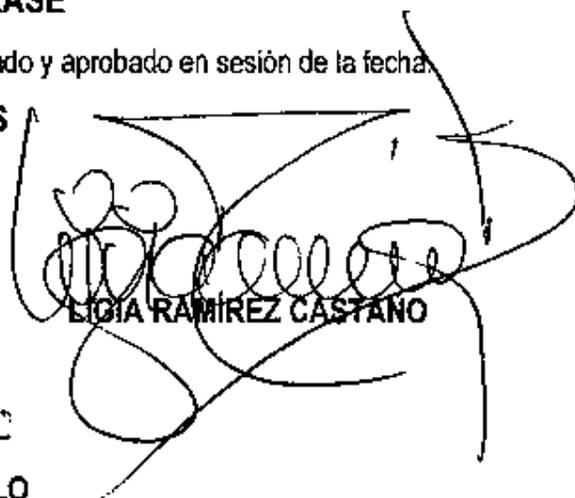
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO

AUSENTE
JORGE FANDIÑO GALLO

SU(DESCONGESTIÓN)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
E D I C T O N° 0067
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
DEMANDADO	: MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2004-00238-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

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

Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



f: 116 a 130
(1.0)

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003.

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **316 / 2013**

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

Tema: Indebido reconocimiento pensional.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 23 31 004 **2004 00238 00**

II. PARTES

Demandante: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Demandado : MARIA DEL SOCORRO CASTRO

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

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

restablecimiento del derecho interpuesta por la Universidad de Cartagena en contra de la señora María del Socorro Castro.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS:

"PRIMERO: Se demandan los Actos Administrativos Resoluciones N° 374 de 1993 y la N° 026 de 1996, por la cual se le reconoce y reliquida respectivamente, la pensión de la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, identificada con cédula de ciudadanía N° 33.111.210 de Cartagena, laboró para la entidad universitaria demandante, desde el 3 de abril de 1973, hasta el 31 de julio de 1993, se desempeñó como auxiliar técnica del Departamento de microbiología, adscrita a la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, en tal condición tenía la calidad de empleada pública tal como lo dispone el artículo 122 del Decreto extraordinario 80 de 1980.

PARÁGRAFO 1º. El retiro de la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, se produjo por determinación unilateral del demandado.

PARÁGRAFO 2º. El artículo 122 del Decreto Extraordinario 80 de 1990 que entro en vigencia el 2 de enero de 1980 dispone:

"El personal administrativo de las instituciones oficiales de educación superior, está integrado por empleados públicos y trabajadores oficiales. Tienen la calidad de trabajadores oficiales los obreros que desempeñen funciones en construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos. Los demás empleados administrativos tienen la calidad de empleados públicos.

Los empleados oficiales de orden administrativos que figuren actualmente como trabajadores oficiales conservarán dicha situación mientras se expide por parte del respectivo Consejo Superior, la planta de personal prevista en el artículo 59, literal f, del presente Decreto.

Las personas que prestan sus servicios en forma ocasional o por el tiempo de ejecución de una obra o contrato, no son empleados públicos ni trabajadores oficiales; su vinculación será por contrato administrativo de prestación de servicios que se regirá por las disposiciones del decreto 150 de 1976 y las normas que lo reglamenten, complementen o sustituyan."

SEGUNDO. El decreto extraordinario 80 de 1980, "por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria", se expidió en ejercicio de las facultades constitucionales y de las extraordinarias, conferidas por la Ley 8ª de 1979, al señor presidente de la República y entró a regir a partir de la fecha de su expedición, o será el 22 de enero de 1980.

TERCERO. El citado Decreto extraordinario 80 de 1980, disponía en el transcrito artículo 122, que:

"Los empleados oficiales de orden administrativos que figuren actualmente como trabajadores oficiales conservarán dicha situación mientras se expide por parte del respectivo Consejo Superior, la planta de personal prevista en el artículo 59, literal f, del presente Decreto."

El Consejo Superior Universitario aprobó la planta de personal mediante acuerdo Superior N° 20 del 23 de diciembre de 1981.

CUARTO. Para la época en que entraron en vigencia, tanto el Decreto 80 de 1980, como el Acuerdo Superior 20 del 23 de diciembre de 1981, la Señora

SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, se desempeñaba como auxiliar de laboratorio del Departamento de Microbiología y por tal, a partir de esa fecha dejaba de ser trabajador oficial y pasaba a ser empleado público, como lo disponía el nuevo régimen jurídico aplicable al personal administrativo de la entidad empleadora.

QUINTO. Para que la transición de un régimen a otro, no causara disminución o pérdida de derechos ciertos servidores que se encontraban en una situación muy particular, el Decreto Extraordinario 80 de 1980, dispuso:

“Artículo 130. Quienes actualmente están vinculados a las instituciones oficiales de educación superior y de acuerdo con las disposiciones del presente decreto adquieran el carácter de empleados públicos, no necesitarán ni nombramiento ni posesión.

El cambio de la naturaleza jurídica de la vinculación no implicará disminución o pérdida de la remuneración o de las prestaciones sociales que hubieren alcanzado conforme a derecho con anterioridad a la expedición de este decreto. Esta disposición es aplicable a quienes actualmente están al servicio de una institución oficial de educación superior, mientras conserven su vinculación a la misma.

En el régimen de transición los factores que se tienen en cuenta, para la liquidación de una pensión son los del Decreto 1158 de 1994.

En el caso in-examine, es necesario manifestar de manera contundente que las convenciones colectivas no son aplicables a empleados públicos, según reiterada jurisprudencia de las altas cortes, por ejemplo el concepto del Consejo de Estado, radicado 1355 del 2001, con ponencia del Magistrado Luis Camilo Osorio y la sentencia de la Corte Constitucional C-110 de 1994.

SEXTO. Para la época en que entró en vigencia el Decreto Extraordinario 80 de 1980, en lo relacionado con cuantía y requisitos para obtener el derecho a la pensión de jubilación de los trabajadores oficiales vinculados a la Universidad de Cartagena, se aplicaba lo dispuesto por la convención colectiva de 1977, que disponía que la pensión sería equivalente al 100% de lo devengado por el trabajador, siempre que se acreditara haber prestado servicios por 20 años y tener 45 años de edad.

SÉPTIMO. Al entrar en vigencia el Decreto 80 de 1980, pasaran de trabajadores oficiales a ser empleados públicos y para esa fecha, no hubieren cumplido los requisitos previstos en la citada convención colectiva, el régimen sería el previsto para los empleados públicos.

OCTAVO. Por considerar que cumplía con los requisitos establecidos en la convención colectiva para acceder a la pensión de jubilación, la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, solicitó el reconocimiento de la misma, para esta época tenía la condición de empleada pública.

NOVENO. Para el 22 de enero de 1980, fecha en que operó el cambio de trabajador a empleada pública, la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, contaba con una edad de 39 años, 3 meses, pues había nacido el 31 de octubre de 1941; además tenía 7 años de servicios prestados a la Universidad de Cartagena, o sea, no reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio, para acceder a la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva de 1977, que prescribe, que para acceder a ese derecho como trabajador oficial, requiere 20 años de servicio y 45 años de edad.

DÉCIMO. La demandada señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, para la época en que entró en vigencia el Decreto Extraordinario 80 del 22 de enero de 1980, no cumplía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en

los términos de la convención colectiva, por lo que el reconocimiento de su pensión de jubilación quedaba sometida al régimen de los empleados públicos, concretamente al régimen previsto en la ley 33 de 1985, que disponía:

“ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifique la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de cincuenta y cinco años (55), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

PÁRAGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicios, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a al presente Ley. La ley 33 de 1985 entró a regir el 20 de enero de 1985.

DÉCIMO PRIMERO. A la demandada, señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, tampoco le es aplicable en lo que respecta al tiempo de servicio y

edad, el régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993, pues el régimen de transacción previsto en su artículo 36 dispone:

“Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) años para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombre, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”

Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

(...)

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que la momento de entra en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acogen al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PÁRAGAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de la semana cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a la cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

DÉCIMO SEGUNDO. Ante la petición formulada por la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA a través del GERENTE DE ÑA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, expidió la Resolución Administrativa N° 374 del 25 de octubre de 1993 en la cual se dispuso:

"EL GERENTE DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, haciendo uso de la facultad conferida por la Ley 100 de 1993, el acuerdo 37 de septiembre 4 de 1975, del H. Concejo Superior de la Universidad de Cartagena, del

decreto N° 2337 de 1996, acuerdo N° 20 de diciembre 23 de 1984, del H. Concejo Superior de la universidad de Cartagena y la convención colectiva artículo 6 de 1997.

Considerando:

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. *Reconocer a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO a partir, del día en que demuestre su retiro definitivo de la Universidad de Cartagena, una pensión mensual vitalicia de jubilación, como auxiliar técnica del departamento de microbiología de la Universidad de Cartagena, en cuantía por \$217.011.00.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *El señor Tesorero pagador de la Universidad de Cartagena, descontará de cada cuota pensional el cinco por ciento (5%) con destino a la Caja de Previsión Social de la misma."*

DÉCIMO TERCERO. *La pensión de jubilación a la demandada señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO. Se reconoció con fundamento en la convención colectiva de 1977, que disponía que la pensión sería equivalente al % de lo devengado por el trabajador, siempre que se acreditara haber prestado servicios por 20 años y tener 45 años de edad.*

DÉCIMO CUARTO. *EN los considerandos de la Resolución administrativa antes mencionada se dijo:*

"A. Que la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, mayor de edad vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía N° 33.111.210 de Cartagena, en escrito presentado ante este despacho de fecha 5 de octubre de 1993, solicita su pensión de jubilación por haber

prestado sus servicios como auxiliar técnica en el Departamento de Microbiología de la Universidad de Cartagena por más de 20 años.

B. Que, con los documentos aportados se compruebe lo siguiente:

- 1. Que cumplió cincuenta (50) años el día 31 de octubre de 1991, edad requerida para obtener su pensión de jubilación, por haber laborado más de veinte años con la Universidad de Cartagena*
- 2. Que no recibe pensión o recompensa del tesoro Público.*
- 3. Que ha prestado los siguientes servicios a la Universidad de Cartagena así:*

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

	AÑOS	MESES	DIAS
<i>Del 3 de abril de 1973</i>			
<i>Al 31 de julio de 1993</i>	20	3	28

C. Que la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO cumplió 20 años de servicio el día 2 de abril de 1993, estando al servicio de la Universidad de Cartagena, por lo que le corresponde a ella liquidar, reconocer y pagar la pensión vitalicia de la jubilación que reclama.

D. Que, de conformidad con la liquidación efectuada por la oficina jurídica de ésta Universidad, a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, recibió el último año de servicio, incluidos sueldos, primas etc, la suma de \$3.252.132.70, o sea un promedio mensual de sueldo base de liquidación de \$271.011.05, ya que la Universidad de Cartagena, reconoce a su servidores el 100% cuando estos le prestan sus servicios por veinte (20) años o más por lo que se liquida así: (...)

<i>Salario Promedio</i>	<i>271.011.05</i>
<i>Salario base de liquidación.....</i>	<i>271.011.05</i>

Valor mesada pensional 271.011.05
(...)*

DÉCIMO QUINTO. En el mismo acto administrativo donde se reconoce la pensión de advierte, que el monto de la pensión reconocida, es el 100% del salario devengado, incluyendo doceavas de los siguientes factores: prima de vida cara, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de extra junio, para una pensión al momento de su reconocimiento de \$271.011. 05.

El artículo 06 de la convención colectiva con fundamento en la cual se reconoció la pensión de jubilación expresa: "valor de la pensión de jubilación. A partir de la vigencia de la presente convención la Universidad pagará a todos los trabajadores jubilados actualmente y que lleguen a jubilarse, una pensión de jubilación del 100% de su salario.

DÉCIMO SEXTO. El acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación, fue notificado personalmente a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO; en dicho acto administrativo se anunció que contra él procedían los recursos de reposición y apelación, de los cuales no hizo uso la pensionada. Esta actuación administrativa se encuentra en firme al tenor de lo dispuesto por el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo.

DÉCIMO SÉPTIMO. Desde la fecha a partir de la cual se hace el reconocimiento de la pensión de jubilación a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO hasta el mes de agosto del año 2002, a la jubilada se le vienen pagando, las mesadas ordinarias, además de las mesadas adicionales de junio y diciembre; el valor pagado a partir del 1 de enero de 1996 fue por \$271.011, para un gran total de todos estos años por la suma de \$82.182.344.00.

En otras palabras, a la demandada, señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, se le reconoció una pensión de jubilación sin reunir el requisito de la edad para acceder a dicho derecho.

DÉCIMO OCTAVO. Las Resoluciones Administrativas n° 374 del 25 de octubre de 1993 y la N° 026 del 5 de marzo de 1996, son violatorias de la Ley 33 de 1985, la cual dispone que en el caso concreto de la empleada pública, señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, su pensión de jubilación solo era procedente, si para la fecha a partir de la cual se hizo el reconocimiento, éste servidor público, reuniera los requisitos de haber prestado servicios por veinte años y tener 55 años de edad, requisito este último que para esa fecha no se cumplían, pues como se dijo, dicha edad, solamente la cumple el 31 de octubre de 1996.

Las resoluciones administrativas N° 374 del 25 de octubre de 1993 y la N° 026 del 5 de marzo de 1996, incurren en nulidad, al reconocer y reliquidar una pensión de jubilación sin acreditarse los requisitos de ley y de reconocerse en un monto porcentual, superior al previsto por el régimen legal que la regula.

VIGÉSIMO. El reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, solamente será procedente, cuando acredite los requisitos establecidos en la ley 33 de 1985, y dicho reconocimiento se hará en los términos de esta ley 100 de 1993 o de las disposiciones legales que la modifiquen.

VIGÉSIMO PRIMERO. No obstante la lesividad que los actos administrativos demandados causan a la entidad universitaria demandante, no pueden ser revocados en forma directa, pues ha creado una situación jurídica de carácter particular, en cuyo caso corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso administrativo pronunciarse sobre su legalidad.

VIGÉSIMO TERCERO. Como consecuencia de la declaratoria judicial de nulidad de los actos administrativos demandados (Resoluciones Administrativas N° 374 del 25 de octubre de 1993 y la N° 026 del 05 de marzo de 1996), la demandada, señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, deberá restituir a la Universidad de Cartagena en valores debidamente indexados, las cantidad de dinero que en virtud de dicho acto administrativo, se hayan pagado, sea por concepto de pensión."

B- PRETENSIONES

La demandante las presenta de la siguiente forma:

"PRIMERA. Declárese que la Resolución administrativa N° 374 expedida el 25 de octubre de 1993 y la N° 026 del 05 de marzo de 1996, "POR LA CUAL SE RECONOCE Y RELIQUIDA, RESPECTIVAMENTE, UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN" a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, son nulas, parcialmente, por violar el régimen pensional contemplado en la leyes 33 de 1985 (Art. 1º) y 100 de 1993. Por haber reconocido como salario base de liquidación el 100%. Cuando el salario base de liquidación es el 75% de conformidad con la norma citada, y como tal deben cesar los efectos económicos del Acto en contra de la universidad de Cartagena.

SEGUNDA. Como restablecimiento del derecho impóngase a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO la obligación de restituir a la entidad demandante, una vez quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad del acto administrativo, los siguientes conceptos:

a.- La cantidad de \$82.182.344.00, o sea el equivalente a los pagos que la Universidad de Cartagena ha efectuado a la demandada en cumplimiento de la

resolución cuestionada, desde el 1 de enero de 1996, hasta el mes de agosto incluida la mesada adicional del mes de junio del año 2002.

b.- El monto total de los valores pagados a la demandada, en cumplimiento de la resolución cuestionada, desde el 1 de enero de 1996, hasta la fecha en que por disposición de esta Jurisdicción se ponga término al pago de la jubilación.

TERCERA. Declárese que la Universidad de Cartagena no está obligada a seguir pagando la pensión reconocida en el acto que se anula.

CUARTA: Dispóngase que los valores a restituir, será debidamente indexado, tal como lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, esta indexación se hará de conformidad con la certificación del DANE y por el término comprendido entre la fecha en que la Universidad de Cartagena hizo el desembolso y la fecha en que se produzca el pago efectivo de la misma y que fundamento en los hechos y el derecho que paso a exponer." (SIC)

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante señaló como normas violadas y motivos de inconformidad las siguientes:

- Constitución Política artículo 48
- Decreto Extraordinario 80 de 1980 artículos 122 y 130.
- Ley 33 de 1985 artículos 1 y 3.
- Ley 100 de 1993, artículo 36
- Decreto 1158 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993, artículo 150.

Dentro del concepto de violación expuesto se resalta lo siguiente:

"(...) según lo dispone el Decreto Extraordinario 80 de 1980, si para la época en que el mismo entró en vigencia (enero 22 de 1980) la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, no reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación, está debía ser reconocida en los términos del régimen legal vigente, para cuando cumpliera efectivamente dichos requisitos.

Cuando se promulgó la Ley 100 de 1993 y entro a regir a los servidores de la Universidad de Cartagena, la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, tenía más de cuarenta años de edad; en consecuencia su régimen de pensiones era el contemplado en la ley 33 de 1985, que prescribe, como requisitos para que un empleado público acceda a su jubilación, que además de los 20 años de servicios, tenga cumplidos los 55 años.

Cuando los actos administrativos demandados (resoluciones N° 374 del 25 de octubre de 1993 y la N° 026 del 5 de marzo de 1996) fueron expedidos, la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, aún no contaba con la edad prevista en la ley 33 de 1985 para jubilarse (55 años), motivo que constituye causal de nulidad del acto administrativo acusado, por violación evidente al régimen legal, a cuyo amparo debía expedirse el mismo.

La pensión de jubilación reconocida a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, no se hizo en los "términos que establece la Ley" como lo prescribe la citada norma constitucional, sino al margen de ella y con un evidente desconocimiento. (...) (SIC)

B.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito visible a folio 103 a 107 del expediente el Curador Ad-Litem, nombrado por esta Corporación, presenta contestación de la demanda, asegurando

que no acepta las pretensiones principales desde la primera hasta la cuarta, las subsidiarias de la 1 hasta la 6, pero que tampoco se opone a ellas, que por tanto esta Corporación debe definir conforme a derecho y a lo que resulte probado.

V.- TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

- La demanda fue presentada el día 04 de febrero de 2004.
- Mediante providencia de fecha 20 de mayo de 2004, se admitió la presente demanda¹.
- Por auto de fecha 30 de septiembre de 2013, se abrió a pruebas el presente proceso y en el mismo se cerro y se le dio traslado para alegar de fondo y al Agente del Ministerio público.²

C.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio

D.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los tribunales administrativos conozcan en primera instancia de los

¹ Folio 61-62 del expediente.

² Folio 109-110 del expediente.

procesos de nulidad y restablecimiento del derecho cuando la cuantía excede cien (100) salarios mínimos.

Estudiada la demanda, se tiene que la Entidad demandante establece su pretensión en la suma de **(\$82.182.344.00)**, o sea el equivalente a los pagos que la **Universidad de Cartagena ha efectuado a la demandada en cumplimiento de las resoluciones cuestionadas, desde el 1 de Enero de 1996, hasta lo recibido en el año 2002.** Así las cosas, observa esta Sala de Decisión que la cuantía establecida por la entidad demandante, supera el monto legalmente establecido en el mencionado artículo. En consecuencia, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por razón del territorio y de la cuantía.

2. Síntesis del Caso y Problema Jurídico

La parte demandante mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretende que se declare la nulidad de la Resolución N° 374 del 2 de octubre de 1993 y la Resolución N° 026 del 5 de marzo de 1996 mediante el cual se le reconoce y reliquida, respectivamente una pensión de Jubilación a favor de la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO. Alega la demandante que dicha pensión fue reconocida sin miramiento de los lineamientos y la normatividad vigente para la época del reconocimiento dado que a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, ara la época en que entró en vigencia el Decreto Extraordinario 20 del 22 de enero de 1980, no cumplía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva, por lo que el reconocimiento de su pensión de jubilación quedaba sometida al régimen de los empleados públicos, concretamente lo previsto en la Ley 33 de 1985.

El Curador Ad litem nombrado por este Tribunal dentro de la oportunidad, contesta la demanda, no aceptando las pretensiones sin embargo sin oposición a las mismas y en

tal medida solicita que se resuelvan las mismas conforme a derecho y de lo que resulte probado.

De conformidad a lo aterió la Sala encuentra que el problema jurídico a resolver en esta instancia consiste en determinar si los actos administrativos demandados mediante los cuales se reconoce y reliquida la pensión de jubilación de la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, se encuentran ajustados a derecho o si por el contrario son lesivos a la entidad demandante como quiera que la demandada no reunía los requisitos para tal reconocimiento.

3. Actos Administrativos demandados

3.1 Nulidad de la Resolución N° 374 de 1993, mediante la cual se le reconoce a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO pensión de jubilación.

3.2 Nulidad de la Resolución N° 026 de 1996, mediante la cual se reliquida la pensión de jubilación antes mencionada.

4. Hechos probados

4.1 Que la señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO PORRAS, nació el 31 de octubre de 1941 tal como consta en la partida de bautismo aportada por la entidad demandante. (FI 28)

4.2 Que mediante Resolución N° 374 de 1993 la Universidad de Cartagena reconoce a la señora SOCORRO CASTRO DE QUINTERO pensión de jubilación, esto a partir de del retiro definitivo del servicio. (FI 32-33)

4.3 Que dicha pensión fue reliquida mediante la Resolución N° 026 de fecha 5 de marzo de 1996. (FI 34).

4.4 Resolución N° 47 de fecha 21 de junio de 1977, mediante la cual se aprueba la convención colectiva firmada el día 3 de junio de 1977 entre la universidad de Cartagena y su sindicato.

4.5 Convención colectiva suscrita entre la Universidad de Cartagena y el Sindicato de los trabajadores de la misma (FI 38-40)

4.6 Certificado proferido por el Pagador de la Universidad de Cartagena en el que consta que la señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO es pensionada de la Universidad y por tal concepto ha recibido desde el 1 de enero de 1996 hasta el 31 de agosto de 2002, un total de (\$ 82.182.344).

5. Marco Jurídico

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones -a más tardar el 30 de junio de 1995 para las entidades territoriales, según el artículo 151 *ibidem*- cumplían los requisitos de edad o tiempo de servicios (cualquiera de los dos) allí previstos. En este sentido, dispuso el inciso 2° de la precitada disposición:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley" (destacado fuera de texto).

Salvo los servidores públicos que hubieran tenido un régimen pensional especial, la norma anterior aplicable resulta ser la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º estableció los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, así:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

El párrafo 2º de la norma en cita, exceptuó parcialmente de la aplicación del régimen allí contenido a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que a la fecha de su promulgación -febrero 13 de 1985- hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991 el legislador, considerando que en el nivel territorial existían regímenes prestacionales contrarios a la Constitución y a la ley, con el fin de salvaguardar derechos laborales consolidados, avaló dichas situaciones en materia pensional. Así al expedir la Ley 100 de 1993, previó en su artículo 146:

“Artículo 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido [o cumplan dentro de los dos años siguientes]³ los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la sanción de la presente ley”.

Dentro de las razones que expuso la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad parcial del artículo precedente está la protección de los derechos adquiridos, al señalar:

“De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes.

Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley

³ *Aparte declarado inexecutable mediante sentencia C-410 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.*

100 de 1993).

No sucede lo mismo con la expresión contenida en el citado inciso segundo acusado, en virtud de la cual tendrán igualmente derecho a pensionarse con fundamento en las disposiciones señaladas, quienes cumplan "dentro de los dos años siguientes" los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse. A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido. Ello impide que los que están próximos a pensionarse -es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la ley- y que tan solo tienen una mera expectativa de adquirir el derecho, puedan hacerse acreedores a los beneficios propios de la ley 100 de 1993".

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, se evidencia que la Ley 100 de 1993 convalidó los derechos adquiridos sin justo título, con fundamento en normas territoriales anteriores a su expedición.

Sin embargo, La Universidad de Cartagena, aduce que la demandada no cumplía con los requisitos necesarios para el reconocimiento de su pensión razón por la cual la misma merece ser revisada.

El 3 de junio de 1977 se suscribió una convención colectiva de trabajo entre la Universidad de Cartagena y el sindicato de trabajadores de la misma, quedando consignado en la cláusula sexta:

"LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, ADEMÁS DE LOS CASOS CONSAGRADOS EN LA LEY RECONOCERÁ PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN, A SUS TRABAJADORES OFICIALES QUE HUBIEREN PRESTADO SUS SERVICIOS A ELLA, DURANTE MÁS DE VEINTE (20) AÑOS CONTINUOS O DISCONTINUOS, PARA LO CUAL SE LES

DESCONTARÁ (1) AÑO DE LA EDAD REQUERIDA POR LA LEY POR CADA AÑO QUE EXCEDA DEL TIEMPO CONTEMPLADO POR LAS DISPOSICIONES LEGALES”.

Mediante Resolución No. 47 del 21 de junio de 1977 el Consejo Directivo de la Universidad de Cartagena aprobó dicho acuerdo colectivo.

Posteriormente, el Decreto 80 de 1980, por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria, estableció en su artículo 122 que el personal administrativo de las instituciones oficiales de educación superior está integrado por empleados públicos y trabajadores oficiales, siendo estos últimos solamente *“los obreros que desempeñen funciones en construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos. Los demás empleados administrativos tienen la calidad de empleados públicos”.*

En cumplimiento de lo anterior, la universidad expidió el Acuerdo 020 del 23 de diciembre de 1981, aprobando su planta de personal y por Resolución No. 043 del 12 de febrero de 1982 se incorporaron a la planta de personal los empleados administrativos del ente educativo.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2337 de 1996 *“con el objeto establecer el régimen general para el reconocimiento del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior de naturaleza territorial”.*

6. Caso Concreto.

De las normas analizadas y las pruebas aportadas se concluye que:

La señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, laboró para la Universidad de Cartagena, desde el 03 de abril de 1973, hasta el 31 de julio de 1993, tal como se evidencia en la resolución 374 del 25 de octubre de 1993 (Folio 32-33 del expediente).

La Universidad de Cartagena mediante las Resoluciones **No. 374 de 1993** y la **Resolución No. 026 del 19 de 1996**, reconoció y reliquidó respectivamente la pensión de jubilación a la señora MARÍA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, así consta en las copias de las resoluciones que reposan dentro del expediente aportadas por la demandante (folios 32 a 34).

Como disposiciones aplicables para el reconocimiento pensional se invocaron la Ley 6ª de 1945, los decretos 3135 de 1968 y 1969, Reglamentos y Estatutos de la Universidad de Cartagena y Acuerdo N° 27 de mayo 31 de 1978 del Consejo Directivo y 01 de agosto de 1978 del Consejo Superior de esta Universidad.

El reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de \$ 217.011.05 pesos, tomando como salario base de liquidación el 100% del salario mensual devengado en el último año de servicio, disponiendo que contra dicho acto procedía el recurso de reposición y apelación (FI 32 y 33).

De conformidad con las normas referidas en precedencia, tenemos que el Decreto 80 de 1980, que cambió la naturaleza de la vinculación laboral de los trabajadores administrativos de las instituciones públicas de educación superior, haciéndolos pasar de trabajadores oficiales a empleados públicos, respetó los derechos adquiridos de las personas que al momento de su expedición tuvieran prestaciones sociales consolidadas; no obstante, ello no operó de forma automática para la Universidad de Cartagena, puesto que al ostentar la naturaleza jurídica de ente autónomo, se requería que aquella adoptará directamente su planta de personal.

Así las cosas, atendiendo las previsiones del Decreto 80 de 1980, la Universidad de Cartagena expidió el Acuerdo 020 del 23 de diciembre de 1981, aprobando su planta de personal y por Resolución No. 043 del 12 de febrero de 1982, incorporó a todo su personal a la planta de dicha entidad.

En ese orden, a 12 de febrero de 1982 cuando la demandada adquirió la connotación de empleada pública, aquel tenía 8 años y 10 meses de servicio, y 41 años de edad, evidenciándose que no había consolidado su derecho pensional, a la luz de la Convención Colectiva del 3 de junio de 1977, por lo tanto el Decreto 80 de 1980 afectó su régimen de pensión, quedando sujeto a las disposiciones aplicables a los empleados públicos, pues mientras no cumpliera la totalidad de los requisitos pensionales, no era titular del derecho pensional frente a la ley, como quiera que si bien está cumplía con el requisito de acumular más de 20 años de servicios, también los es que no alcanzaba el mínimo de edad de 45 años, requeridos por la Convención Colectiva del año 1977.

De tal manera que, a la fecha 25 de octubre de 1993 cuando se le reconoció la pensión a la señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, aún no había sido expedida la Ley 100 de 1993; por tal razón el régimen pensional aplicable al demandante, es el previsto en la Ley 33 de 1985, donde se establece que los requisitos para acceder a la pensión de jubilación son: haber cumplido 20 años de servicio y tener 55 años de edad (art. 1º).

En cuanto atañe al porcentaje de reconocimiento de la pensión, dispone la Ley 33 de 1985 que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (art. 1º), factores que fueron definidos en la Ley 62 de 1985, que subrogó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Lo anterior, pone de manifiesto que los actos acusados por los cuales se reconoció la pensión de jubilación de la señora MARIA DEL SCORRO CASTRO DE QUINTERO , y

se efectuó la reliquidación de la misma, vulneraron el régimen pensional dispuesto por la Ley 33 de 1985, como quiera que, al momento en que se le reconoció su derecho, aquella era la normatividad aplicable para tal fin; y no la convención colectiva del año 1977. De tal suerte que, su pensión se debió reconocer con observancia de la Ley 33 de 1985.

A pesar de lo anterior, si bien es cierto que en este caso está demostrado que la resolución en virtud de la cual la Universidad de Cartagena le reconoció su pensión a la señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, se profirió con inobservancia del régimen pensional de los empleados públicos consagrado por la Ley 33 de 1985, también lo es que, a luz de recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado, esa Corporación ha determinado que en estas situaciones, solo se configura la nulidad de aquellos actos administrativos, cuando el derecho a la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con base en el Art. 146 idem.

En ese orden, la Corporación de cierre de la Jurisdicción⁴, al resolver controversias similares planteadas por la Universidad de Cartagena, sometidas a su conocimiento en virtud de recurso de apelación, ha determinado incluso la revocatoria de las providencias proferidas por este Tribunal y en tanto negar las pretensiones de la demandad dentro de lo dicho se resalta lo siguiente:

**PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS PUBLICOS – Reconocimiento con base en normas territoriales. Convalidación a quienes cumplen requisitos dentro de los dos años siguientes al sistema de seguridad social. Sentencia de inexequibilidad. Efectos*

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B"
Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2004-00272-01(1730-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: BENICIO SANCHEZ CABARCAS

Así, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 es claro al establecer que se mantienen los derechos "extralegales" siempre y cuando la situación se haya consolidado con anterioridad a su vigencia, es decir, que se entienden incluidas las convenciones colectivas aplicadas irregularmente a los empleados públicos precisamente porque les extienden prestaciones superiores a las establecidas en las normas legales aplicables a éstos y en tal sentido constituyen derechos adquiridos que deben ser respetados. El aparte del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 que permitía la aplicación de dicha norma a quienes reunían los requisitos pensionales durante los dos años siguientes a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, resulta inconstitucional por ser violatorio del derecho a la igualdad. Pese a lo anterior, observa la Sala que la sentencia que declaró inexecutable el aparte citado fue proferida el 28 de agosto de 1997 sin que la Corte Constitucional modulara sus efectos en forma retroactiva, razón por la cual se entiende que la decisión rige sólo hacia el futuro. En el sub lite se encuentra demostrado que la pensión de jubilación del demandada fue reconocida el 3 de noviembre de 1994, es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tal razón su situación debe entenderse convalidada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, la pensión de jubilación liquidada en aplicación de los Acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Universidad de Cartagena en el año 1978, con el 100% de lo devengado en el último año debe mantenerse en los mismos términos.

Esta posición, no ha resultado aislada y para tal efecto la Alta Corporación se ha pronunciado en el mismo sentido reiteradamente, se pueden resaltar para tales efectos los siguientes pronunciamientos:

- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero Ponente: LUIS RAFAEL
VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce

(2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2003-00491-02(0912-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: REBECA LECOMPTE DE FIGUEROA;

➤ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01641-01(1804-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: INDULFO JOSÉ HERNÁNDEZ PADILLA;

➤ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01582-02(0628-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: ARIEL PEREZ LUNA

Visto lo anterior, del material probatorio allegado al plenario, se evidencia de forma clara que las prerrogativas que le fueron concedidas a la señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO a través de la Convención colectiva del 3 de junio de 1977, se consolidaron el día 03 de abril de 1993, fecha en la cual confluyeron los requisitos de 50 años de edad, conforme se desprende de las resoluciones acusadas, y 20 años de servicios requeridos por la citada convención para ser beneficiario de los derechos conferidos por aquella.

En ese orden, resulta claro para la Sala que la situación de la señora MARIA EL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO, se subsume dentro de las circunstancias descritas por la reiterada jurisprudencia que sobre el tema ha proferido el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, toda vez que, su derecho al reconocimiento de pensión, con base en lo dispuesto por la Convención Colectiva del 3 de junio de

1977, se consolidó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; de tal manera que, se encuadra dentro de la previsión dispuesta por el Art. 146 de Ídem.

Y ello es así, puesto que hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sistema de seguridad social en nuestro país atravesó por un periodo de dispersión, y en aras de no desconocer las prerrogativas especiales concedidas a los trabajadores, aun sin justito como en el *sub examine*, el Sistema General de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, dispuso de forma expresa el respeto de aquellos derechos, supeditados a que su consolidación se hubiere ocasionado antes de su entrada en vigencia.

Por todo lo expuesto, la Saha considera que no le asiste razón a la entidad demandante al solicitar la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales le reconoció y reliquidó la pensión a la señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO con base en la convención colectiva del 3 de junio de 1977, puesto que a pesar de que el Decreto de 1980 sí afectó su situación al transformarla en empleado público, también lo es que, el H. Consejo de Estado, ha considerado que esas prerrogativas convencionales se entienden convalidadas, conforme lo dispone el Art. 146 de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, la Universidad de Cartagena no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos y, en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

VIII DECISIÓN

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

FALLA

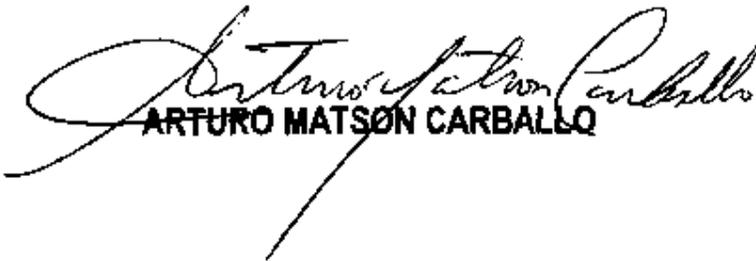
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA en contra de la señora MARIA DEL SOCORRO CASTRO DE QUINTERO por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, y si la misma no fuese apelada archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO

AUSENTE CON PERMISO
JORGE FANDIÑO GALLO*

SU(DESCONGESTIÓN)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0068
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: IRMA MUÑIZ MARTINEZ
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR N
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2011-00044-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO
(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 121 a 129
(u.e)



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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **313 / 2013**

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

TEMA: Contrato de Realidad- Principio de Primacía de Realidad sobre formalidades establecidas por Sujetos de Relaciones Laborales

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 009 2011-00044-01

II. PARTES

Demandante: IRMA MUÑOZ MARTÍNEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

II. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por la demandante señora IRMA MUÑOZ MARTÍNEZ en contra de la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Noveno

Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Hechos

“1. Con fecha 24 de abril de 2007, entre mí poderdante y el señor MANUEL PÉREZ SEPULVEDA, rector de la Institución Educativa Domingo Tarrá Guardo, se suscribió un contrato verbal de trabajo a través del cual se vinculaba para desempeñarse como CELADORA y pasaba la noche junto con su familia en las instalaciones de la Institución con un horario de entrada de 6:00 p.m. y salida a las 6:00 a.m.

2. El rector no cumplió con los procedimientos necesarios para la contratación pero sin embargo, mi cliente fue contratada y desempeñó sus labores cabalmente y como salario se pactó la suma de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00), cantidad muy por debajo del salario mínimo legal y/o el establecido en la escala de salarios que maneja la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar- Departamento de Bolívar.

3. La relación laboral se mantuvo por un término de 10 meses hasta que en fecha 20 de febrero de 2008, la Institución dio por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo sin justa causa. Esta Institución Educativa, la cual depende directamente del Departamento de Bolívar - Secretaría de Educación y Cultura, adeudaba a mi cliente 8 meses de salario y la señor Muñiz Martínez interpuso un acción de tutela y se fueron cancelados a través de su rector mediante un título judicial la suma de \$ 1.600.000.00, sin embargo le adeudan los recargos nocturnos, prestaciones sociales y la diferencia hasta llegar al salario que devenga este cargo en la planta de personal del Departamento.

4. *Mi cliente al momento de su despido nunca percibió los emolumentos legalmente establecidos como primas, vacaciones, cesantía, intereses de cesantías etc.*

5°. *Se hizo la reclamación directa ante la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar y además se agotó la etapa de conciliación ante la Procuraduría correspondiente y la cual se negaron las pretensiones solicitadas.*

2. Pretensiones

La actora solicita:

"1. Se declare la nulidad del acto administrativo Oficio de fecha 19 de octubre de 2010, expedido por la Secretaria de Educación y Cultura de la entidad demandada, mediante el cual negó a la demandante el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y seguridad social reclamadas.

2. Que se declare que entre el Departamento de Bolívar y la señora Irma Muñoz Martin existió una relación laboral, y que prestó sus servicios a la institución Educativa Domingo Tarra Guardo.

3. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho:

3.1 Se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar a la actora, Irma Muñoz Rueda, todas las sumas de dinero adeudadas a la actora por concepto de sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir.

3.2 Se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y siguientes del C.C.A.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Con ocasión de la contratación se infringieron los siguientes preceptos:

- 1) Constitucionales: artículos 2, 6, 25, 29 y 123.
- 2) Legales, ley 190 de 1995.

“Se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo, como derecho fundamental del administrado, según la norma administrativa, cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras. En este sentido, el rector de la Institución Educativa Domingo Tarrá Guardo, donde se desempeñó como celadora mi cliente desconoció los procedimientos legales de nombramiento y contratación estatal, lo cual no puede ir en perjuicio de mi cliente quien de buena fe estuvo al servicio de dicha institución cumpliendo cabalmente su trabajo por menos remuneración de la legalmente establecida y si es del caso la administración deberá repetir contra éste.”

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La entidad demandada presentó la contestación de la demanda de forma extemporánea por lo que la misma se tuvo por no contestada.

C. LA SENTENCIA APELADA

La juez de primera instancia, al resolver el fondo del asunto procede en primer lugar a exponer la posición decantada del H. Consejo de Estado sobre el Contrato realidad y el Principio de primacía de la realidad sobre las formalices en materia laboral.

Luego al examinar el material probatorio obrante en el expediente, el a quo confronta lo aducido por la parte actora, con los elementos que hacen parte de una verdadera relación laboral.

En cuanto a la prestación personal del servicio, indica la juez de primera instancia que no obra dentro de la foliatura documento alguno que permita demostrar que la actora prestaba sus servicios a la Institución de forma personal, o que pudiera determinar las funciones que prestaba en dicho ente.

Con relación a la subordinación y dependencia, se considera que nada indica que la señora Irma Muñoz Martínez estuviera sometida al imperio de un reglamento de trabajo o tuviese la imposición de horarios para el desarrollo de las funciones que afirma en la demanda.

Y finalmente en cuanto a la remuneración, sostiene el fallador de primera instancia, no obstante exista una pronunciamiento en sede tutela, mediante el cual se condenó a la entidad demandada al pago de una suma de dinero a la señora demandante, el mismo no genera la convicción requerida para predicar la existencia de una relación laboral.

D. LA APELACIÓN.

La apoderada de la parte actora sustentó su recurso de apelación en los siguientes términos:

“(…)

En el caso de mi cliente si se probó que laboró al servicio de la Institución en el cargo de celadora porque allí vivía con su esposo además que hacía otras funciones como el aseo ella no va a estar de manera arbitraria, debía estar con orden del rector, quien la contrató sin el lleno de los requisitos aprovechándose de su falta de estudio y está probada la remuneración de la relación con el fallo de la acción de tutela donde ordena el pago de los salarios por valor de \$1.600.000 siendo que ninguna persona al servicio del Estado puede devengar menos del salario mínimo y mucho menos no pagarle las prestaciones sociales a las que tienen derecho una vez terminada la relación laboral.

(...)"

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- En cumplimiento de los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura se ordenó remitir el expediente a la secretaria para su reparto entre los Magistrados de Descongestión.
- Por auto calendado en fecha 21 de mayo de 2013, se resuelve admitir el recurso de apelación incoado por el apoderado de la parte demandante. y se notificó personalmente al Ministerio público el cual no rindió concepto.
- Mediante auto de 31 de Julio de 2013, se resolvió correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión.
- Finalmente el proceso entra al Sala especial de Descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Agente del ministerio Público delegado ante este tribunal, emitió concepto, solicitando revocar la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en razón de que la acción de tutela constituye el mecanismo más expedito para el reconocimiento de una pensión, cuando su negativa arroje un impedimento grave para proveerse el mínimo vital, tornando el asunto en de relevancia constitucional, por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos, ante el comportamiento de autoridades del sistema integral de seguridad social, que no brindaren la protección especial que debe asumir el Estado respecto de personas en situación de debilidad manifiesta.

Señala que el a-quo debió valorar la acción de tutela instaurada por la accionante en donde el Juzgado Promiscuo Municipal de Arjona (Bolívar) declaró procedente su amparo impetrado en contra la entidad accionada, por la violación del derecho al pago

oportuno de salarios, mínimo vital y móvil en conexión con el derecho a la vida puesta en peligro al menor enfermo hijo de la accionante, en consecuencia de lo anterior se ordenó al accionado para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación el fallo se procediera a cancelar los salarios adeudados.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

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

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior, razón por la cual, la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo

2. Síntesis del Caso

En el presente caso, la señora IRMA MUÑIZ MARTINEZ, presenta demanda de nulidad y Restablecimiento del Derecho, a fin de que se declare que entre ella y el Departamento de Bolívar- Secretaria de Educación y Cultura de Bolívar, existió una relación laboral y que prestó sus servicios a la institución Educativa Domingo Tarrá Guardo 10 meses contados desde el 24 de abril de 2007 hasta el 20 de febrero de 2008, y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la actora, o a quien represente sus derechos, todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, con efectividad a la fecha de despido.

Manifiesta la actora que su vinculación se dio mediante un contrato verbal de trabajo que suscribió con el rector de aquella institución.

Asevera la demandante, que el salario pactado fue la suma de doscientos mil pesos (\$200.000), suma que considera irrisoria a la luz de escala de salarios que maneja la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar.

3. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los argumentos expresados por la parte demandante, en consecuencia considera la Sala que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si del material probatorio obrante en el expediente se puede inferir la existencia de contrato laboral, entre la señora Irma Muñoz Martínez y la entidad demandada, partiendo del principio de Primacía de Realidad sobre formalidades establecidas por sujetos de relaciones laborales.

4. Acto Administrativo acusado

- Oficio de fecha 19 de octubre de 2010, expedido por la Secretaria de Educación y Cultura de la Gobernación de Bolívar, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de unas acreencias laborales reclamadas por la actora, Irma Muñoz Martínez, de las cuales considera ser acreedora, por haber existido entre esta y la entidad demandada una verdadera relación laboral.

5. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que en el presente caso, la actora no demostró los elementos necesarios que configuran una relación laboral, como lo son la prestación personal del servicio y subordinación y dependencia, razón por la cual considera esta Sala, no le asiste el derecho pretendido a la actora.

6. Marco Normativo y Jurisprudencial

Contrato realidad. Principio de la realidad sobre las formalidades en materia

laboral

El principio de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral o principio de contrato realidad, ha sido uno de los postulados en los que más ha hecho énfasis la Corte Constitucional. En sentencia de constitucionalidad No. 166 de 1996 dicha Corporación señaló que dicho principio guarda relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial en el artículo 228 del texto Constitucional como uno de los preceptos rectores de la administración de justicia. En desarrollo de esta máxima, corresponde al juez llevar a cabo un atento examen de cada uno de los elementos que rodean la prestación de servicios de manera tal que logre determinar el contenido material de la relación que subyace la pretensión de las partes que se dirigen a la autoridad judicial.

Es por ello que el Juez se encuentra llamado a verificar los elementos formales que rodean dicho contrato, como objetivo de establecer si en el caso en concreto se presentan los elementos que de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, definen el vínculo laboral.

Por su parte el Honorable Consejo de Estado ha señalado los requisitos esenciales para el contrato realidad, así:

“CONTRATO REALIDAD - Primacía de la realidad sobre las formalidades / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Límites / RELACION LABORAL - Elementos / RELACION LABORAL - Una vez probado se reconocerá la indemnización reparatoria de las prestaciones sociales

La Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en

igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos. Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

(...)

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Se desvirtuó por existir los elementos del contrato laboral / PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES - Pago de salarios y prestaciones sociales al demostrar la existencia de una relación laboral

En el sub exámine se pudo verificar efectivamente que las labores adelantadas por la actora no fueron transitorias ni ocasionales, sino que, por el contrario, como lo evidencian las fechas de los contratos, las funciones que le fueron asignadas como Auxiliar de Enfermería en la entidad de salud eran de carácter permanente por más de cinco años. Así las cosas, queda demostrado para el presente caso, la existencia de los elementos de la relación laboral, las cuales son prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; y por tal razón, la actora tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales.”¹

7. Caso Concreto

Sea lo primero advertir, que el contrato verbal no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, Consejero ponente GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D C veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012), Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10518-02(1094-10), Actor LUZ NELLY URREGO MORENO, Demandado: E S E POLICARPA SALAVARIETTA EN LIQUIDACION

hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Pero es deber de la Sala recordar que para que se produzca la declaratoria de una relación laboral, es necesario por no decir vital, que se logre probar, por parte del accionante, que efectivamente se manifiestan los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido prestada personalmente y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador existía subordinación o dependencia, que a todas luces debe entenderse, como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia².

Del Contrato de trabajo verbal

El contrato de trabajo verbal es aquel en el que no existe ningún documento escrito que contenga las condiciones pactadas verbalmente (de palabra) entre el empleador y el trabajador.

El contrato de trabajo verbal goza de los mismos beneficios que confiere el código laboral por lo que frente a las garantías laborales es indiferente si el contrato de trabajo es verbal o escrito.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" CONSEJERO PONENTE. GERARDO ARENAS MONSALVE BOGOTÁ, D.C., QUINCE (15) DE JUNIO DE DOS MIL ONCE (2011). RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)

Hay algunos detalles que merecen la pena resaltar, como es el caso del periodo de prueba, que necesariamente debe constar por escrito (artículo 77 del código sustantivo del trabajo) aun en los casos en que el contrato de trabajo sea verbal, de manera tal en este evento sólo lo relativo al periodo de prueba está por escrito y el resto de acuerdos pactados se hace verbalmente.

El contrato de trabajo verbal es por excelencia a término indefinido, puesto que el contrato a término fijo debe ser obligatoriamente por escrito como bien lo contempla claramente el artículo 46 del código sustantivo del trabajo.

Sin duda que el contrato de trabajo verbal tiene sus falencias que lo hace poco atractivo tanto para el empleador como para el trabajador, como es la imposibilidad de contar con un documento de prueba, de manera tal que ante una diferencia presentada por las partes resulta muy difícil probar quien tiene la razón, falencia probatoria que podría eventualmente ser suplida en parte por el testimonio de testigos, pero de todas maneras la prueba testimonial no tiene la misma eficacia de la prueba escrita, puesto que esta última no está sujeta a la manipulación ni a la subjetividad de quien da un testimonio. Lo escrito, escrito está y al texto se remiten las partes.

Del Contrato Laboral

Al tenor literal de lo dispuesto por el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato laboral se define como aquel por el cual una persona se natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.³

De manera que de las definiciones anteriores, considera la Sala que no es necesario hacer máximos esfuerzos para lograr diferenciar estos, y queda claro que uno de los elementos fundamentales en este caso es de acreditar si en la relación con el empleador existía subordinación o dependencia, que a todas luces debe entenderse,

³CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 22

como ya se expresó, aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

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

- ✓ La prestación personal del servicio,
- ✓ La continuada subordinación o dependencia y,
- ✓ La remuneración periódica.⁴

Dicho lo anterior, procede la Sala a estudiar las pruebas allegadas y practicadas dentro del presente proceso, a fin de determinar si se cumplen con los elementos antes señalados.

Lo probado en el proceso

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- Petición radicada ante la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar el día 25 de mayo de 2010, suscrita por la señora IRMA MUÑOZ MARTINEZ, por medio del cual se solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y seguridad social, así como el reajuste al salario mínimo, porque ningún trabajador puede devengar menos que este, en razón de que esta labor en la Institución Educativa Domingo Tarra Guardo, en el cargo de aseo, (fl. 24)
- Oficio sin número de 19 de octubre de 2010, por medio del cual la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación de Bolívar negó la petición realizada por la aquí demandante, con fundamento en que no reposaba en la base de datos de nómina de esa Secretaría, durante el tiempo en que ella lo manifestó. (fl. 25)

⁴ CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 23

- Testimonio rendido por la señora Gladis María Gonzales Villadiego. (fl. 59-60)
- Testimonio de la señora Ana Angélica Canchila Terán. (fl. 61-62)

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

✚ **De la prestación personal del Servicio**

Afirma la actora haber suscrito un contrato verbal de trabajo con la entidad demandada como celadora de la institución, para demostrar lo anterior, esta Sala solo encuentra dentro del material probatorio declaraciones rendidas por las señoras Gladis María González Villadiego y Ana Angelina Canchila Terán.

La primera de ellas manifestó que la actora trabajaba de vigilante en el Colegio, en el Cooperativo de Arjona, de otro lado, a folio 61 del expediente observa esta Sala la otra declaración rendida por la señora ANA ANGELINA CANCHILA THERAN, la cual manifiesta que la señora Irma Muñiz *"ella hacia aseo, o sea ella iba con su esposo a celar y la ponían a hacer aseo."*

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, esta afirmación hecha por parte de la actora, no encuentra su asidero probatorio en las declaraciones recibidas en el curso del proceso, toda vez que las declaraciones señaladas anteriormente no dan certeza de que la actora estuviere prestando un servicio de manera personal con dicha institución, no obstante a ello, no existe prueba sumaria dentro del plenario que reafirme estas declaraciones, ni reposa prueba alguna que acredite cual fue el periodo

exacto laborado por la actora, o respecto de los servicios prestados por la accionante, razón por la cual esta Sala considera que este elemento no quedó demostrado dentro del plenario.

✚ **De la continuada subordinación o dependencia.**

Ya sé ha dicho que esta debe ser entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al empleado, el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo tiempo de duración del contrato, todo ello sin afectar el honor, la dignidad, y los derechos mínimos del trabajador, en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obligue la República de Colombia.⁵

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

Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio, en éste caso, la Sala

⁵ <http://www.mintrabajo.gov.co/>

advierte, que no existe prueba alguna que demuestre, o que infiera que la accionante se encontraba en continua subordinación. Así mismo, bajo ese contexto, luego de revisar minuciosamente el expediente, esta Sala no encuentra dentro del material probatorio, prueba veraz que nos demuestre que la señora Irma Muñiz cumpliera ordenes de superior alguno, o que se encontrara sometida al imperio de un reglamento de trabajo o tuviese la imposición de cumplir horarios de trabajo para el desarrollo de sus funciones propias del contrato de trabajo.

La subordinación es uno de los elementos fundamentales y sine quanon del contrato realidad - Primacía de la realidad sobre las formalidades, el mismo no se encuentra acreditado, por lo que resulta inocuo continuar con el estudio de los demás elementos que configuran una verdadera relación laboral. Es por ello que encuentra esta Sala inocuo proceder a seguir analizando los demás elementos del contrato de realidad, toda vez que si de igual manera uno de estos faltare, no se configuraría la verdadera relación laboral la cual pretende la accionante se declare con esta sentencia.

Esta Sala considera pertinente señalar, que si bien dentro del plenario reposa copia de apartes de la sentencia de tutela de fecha 20 de junio de 2008, en donde se le ordenó a la Institución Educativa Domingo Tarrá Guardo, a cancelar a la señora Irma Muñiz Martínez salarios adeudados a esta, ello no genera convicción o certeza para demostrar que con esta orden se esté configurando una relación legal y reglamentaria por parte de la entidad demandada, principalmente cuando se señaló la ausencia de pruebas en el presente proceso que demostrará tanto una prestación personal del servicio por parte de la actora como una subordinación por parte de la accionada.

Así las cosas, en vista de que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante no ha prosperado, lo que trae como consecuencia que la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena sea confirmada.

VII. LA DECISIÓN

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

FALLA

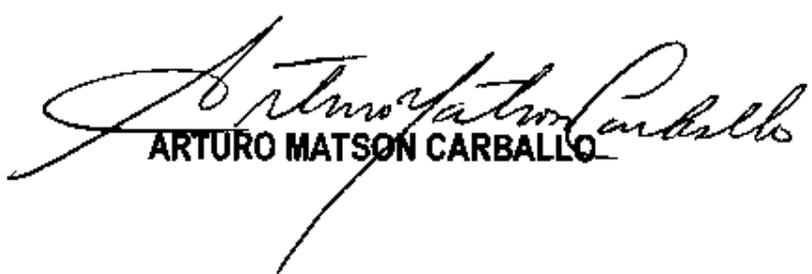
PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Del Circuito de Cartagena de Indias, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

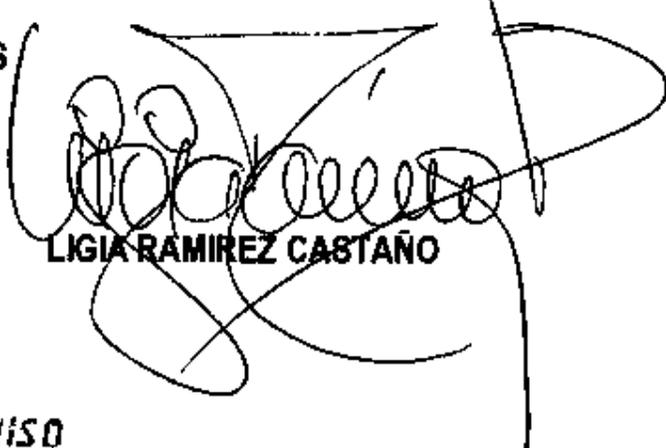
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

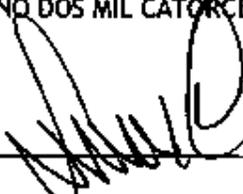
**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0069
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: MUNICIPIO DE MAHATES BOLIVAR
DEMANDADO	: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2011-00004-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE (29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

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

Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

P. 187 a 209
(1.0)



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 331 / 2013

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

TEMA: *Liquidación unilateral de convenio Interadministrativo*

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: No.13- 001-33-31-011-2011-00004-01

II. PARTES

Demandante: MUNICIPIO DE MAHATES

Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA-.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de

apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha trece (13) de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena Indias, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A.- HECHOS

Los hechos narrados por la parte actora, se sintetizan de la siguiente manera:

Entre el Municipio de Mahates (Bolívar) y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA- se suscribió el Convenio Interadministrativo de cofinanciación No.00035 de Diciembre 20 de 2002, que tuvo como finalidad de los recursos, la construcción e interventoría del proyecto *RECTIFICACIÓN Y CANALIZACIÓN ARROYO GRANDE Y DRAGADO DE LA CIÉNEGA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES*. El término de duración del convenio era de 12 meses sin modificación o prorrogas en este aspecto durante su ejecución; el valor del contrato equivalía a \$202.135.988,00, el cual fue discriminado así:

CORMAGDALENA.....	\$181.922.389
MUNICIPIO DE MAHATES.....	\$ 20.213.599

Dentro de la participación de CORMAGDALENA, en el convenio de cofinanciación, estaba incluido el valor correspondiente al contrato de Interventoría, así:

Aporte para la OBRA PÚBLICA.....	\$165.232.261
Pago Interventoría.....	\$ 16.690.128

En cumplimiento con sus obligaciones contractuales, el Municipio de Mahates celebró un contrato interadministrativo con la Asociación de Municipios de los Montes de

María - ASOMARÍA - por valor de \$185.445.860,00, suma en la que concurriría para su pago con CORMAGDALENA, así:

CORMAGDALENA.....\$165.232.261
MUNICIPIO DE MAHATES.....\$ 20.213.599

En la cláusula Décima Segunda del contrato se establecieron 4 eventos por cuya ocurrencia CORMAGDALENA quedaba facultado para dar por terminado el convenio. A saber:

1. Cuando el municipio no incorpore los recursos de este convenio a su presupuesto;
2. Cuando se desfase en la ejecución física del proyecto presentado a CORMAGDALENA en más de un 50%;
3. Cuando se destinen los recursos aportados a fines distintos del proyecto viabilizado por CORMAGDALENA;
4. Cuando haya transcurrido la mitad del plazo del convenio y no se hubiere dado inicio a las obras.

Durante los 12 meses no prorrogables de la ejecución del Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 000035 de diciembre 20 de 2002, el Municipio de Mahates, cumplió a cabalidad con la totalidad de sus obligaciones legales y contractuales y no aconteció evento alguno de los contemplados por la Cláusula Décimo Segunda.

Mediante la Resolución No. 000286 del 29 de Septiembre de 2004, CORMAGDALENA decidió liquidar unilateralmente el Convenio Interadministrativo No. 000035 del 20 de Diciembre de 2002, dicha Resolución fue notificada irregularmente dos (2) veces, en forma personal, el 22 de octubre de 2004 (la primera) y el 12 de Septiembre de 2008 (la segunda), en administraciones diferentes

y en la que cada una hizo uso de los recursos correspondientes, pronunciándose CORMAGDALENA sólo en cuanto al segundo recurso, en la que se confirmó el acto administrativo recurrido mediante la Resolución No. 000262 de 30 de septiembre de 2008.

Durante la ejecución del Convenio 000035/2002, CORMAGDALENA solo cumplió con el desembolso del anticipo y el pago de una de las actas parciales, mientras que el municipio cumplió con lo acordado.

Contrario a lo que establece la resolución No. 000286 del 29 de Septiembre de 2004, en ninguna de las cláusulas del convenio se indica que los pagos se harían de manera conjunta y en concurrencia con porcentajes por parte de cada entidad. Luego todas las operaciones aritméticas contenidas en la Resolución citada, no tiene soporte contractual alguno, como quiera que se erigen con fundamento en la aplicación de una matriz que no tiene reglamentación en el convenio 000035/2002.

CORMAGDALENA radicó, ante el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, proceso ejecutivo en contra el Municipio de Mahates, con el que pretende cobrar judicialmente los supuestos valores que se le adeuda y que exige la Resolución No. 000286 del 29 de Septiembre de 2004. De igual forma, ante el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, cursa un proceso ejecutivo contractual iniciado por ASOMARÍA, por el incumplimiento de CORMAGDALENA en el desembolso de los valores que se comprometió a cofinanciar en el proyecto, en cuyo proceso se practicaron medidas cautelares en contra el Municipio de Mahates.

CORMAGDALENA vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, al no especificar qué obligación contractual y/o legal había incumplido el municipio de Mahates.

Finalmente aduce la parte demandante, que se encuentra agotada la vía gubernativa al recurrir la Resolución No. 00286 de 2004 por medio de la cual se liquida

unilateralmente el convenio interadministrativo No. 000035 del 20 de Diciembre de 2002.

B.- PRETENSIONES

"1. Declarar que son nulas: la Resolución No.000286 del 29 de Septiembre de 2004, mediante la cual la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, decidió liquidar unilateralmente el Convenio Interadministrativo No. 000035 del 20 de Diciembre de 2002, suscrito con el Municipio de Mahates; e igualmente la Resolución No.000262 del 30 de Septiembre de 2008, mediante la cual es resuelto negativamente el recurso de reposición que fue interpuesto contra la anterior.

2.- Disponer en consecuencia que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, reconozca que el Convenio Interadministrativo fue cumplido a cabalidad, y que adeuda al municipio de Mahates el saldo del aporte que le correspondía cofinanciar en el proyecto de "Rectificación y Canalización de Arroyo Grande y Dragado de la Ciénaga en el Municipio de Mahates."

3.- Disponer que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, reconozca y pague al Municipio de Mahates o a quien represente sus derechos, los perjuicios ocasionados por la interposición de la acción ejecutiva iniciada por la Asociación de Municipios de los Montes de María (ASOMARÍA) contra dicho ente territorial.

4.- Disponer que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, reconozca y pague al Municipio o a quien represente sus derechos, los perjuicios ocasionados por la interposición de la acción radicada ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en contra del Municipio de Mahates, bajo el número 008-2008-00258-00.

5.- Disponer la actualización de todas las sumas que se logre demostrar que CORMAGDALENA adeuda al Municipio de Mahates de conformidad con los artículos

176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte demandante, fundamenta en razones de ilegalidad e irregularidad lo pretendido en el libelo demandatorio.

Considera que la liquidación unilateral no debió aplicarse en el presente convenio interadministrativo, y la resolución mediante la cual declara dicha liquidación en realidad corresponde a una declaración de incumplimiento, lo cual aprovecha para hacer efectivas las pólizas de cumplimiento.

A juicio de la parte actora, el incumplimiento debió ser declarado dentro de la oportunidad legal, es decir, dentro del término de ejecución del contrato.

Considera improcedente la Liquidación Unilateral en Convenios Interadministrativos, indicando que la decisión de Liquidación Unilateral es una prerrogativa propia y exclusiva con la que cuenta el Estado cuando contrata con particulares.

Señala que esa facultad o prerrogativa de la administración, debe interpretarse bajo el supuesto o entendido de la contratación de una entidad pública con particulares y no en el evento de convenios interadministrativos en donde interactúan dos entidades públicas en igualdad de condiciones como quiera que convergen conjuntamente para financiar una obra pública; el hecho que CORMAGDALENA aporte el convenio una cifra mayor que la del municipio, no la ubica en un plano de superioridad ni le genera prerrogativas o facultades que la ley ni el contrato le han irrigado.

Sostiene que los actos acusados vulneran preceptos constitucionales como el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 28 del C. C. A., los cuales consagran las formalidades a que deben someterse dichas actuaciones; señala que al Municipio de Mahates nunca se le comunicó el inicio de una actuación administrativa en donde se

debatiera el cumplimiento o incumplimiento del Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 000035 de 2002, y por tal razón nunca pudo desplegar los derechos fundamentales que le asistían. El Municipio de Mahates fue citado por parte de CORMAGDALENA, para acordar el proyecto de liquidación del Convenio, citación bien distinta a la de una declaratoria de incumplimiento.

Agrega que quien se haya legitimado para solicitar un eventual cumplimiento del convenio es el Municipio de Mahates, toda vez que dicho ente territorial sí realizó la totalidad de sus aportes, no así CORMAGDALENA, quien vencido el término contractual, solo aportó la suma de \$130.087.553 cuando su obligación era la de concurrir, dentro del término pactado, con la suma de \$165.232.261.

Finalmente manifiesta que el Interventor del Convenio suscribió con fecha 17 de noviembre de 2003, la correspondiente acta de recibo definitivo de la obra.

V.- LA DEFENSA

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA:

La entidad demandada CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA-, dentro de la oportunidad legal presentó escrito de contestación solicitando se negaran las súplicas de la demanda.

Fundamenta su defensa en la legalidad de los actos acusados, puestos que se encuentran debidamente motivadas con su respectivo sustento fáctico y legal.

Propone como excepciones de fondo: i) Caducidad de la acción, argumentando que el Convenio de cofinanciación No. 00035 de 2002 fue liquidado unilateralmente por CORMAGDALENA, mediante Resolución No. 000286 de 2004, la cual quedó ejecutoriada el 17 de octubre de 2008 de tal suerte que desde ese día se empieza a contar término de caducidad previsto en la norma, pero omite que el término se

suspende con la presentación de la solicitud de conciliación. Y la excepción de ii) Contrato no cumplido, al señalar que el Municipio de Mahates - Bolívar no cumplió con las obligaciones establecidas en el Convenio de cofinanciación No. 00035 de 2002 de tal suerte que no es jurídicamente procedente que se condene a la demandada a cancelar suma alguna de dinero al ente Municipal demandante.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

- La demanda fue presentada el 17 de enero de 2011.
- Por auto de fecha 14 de marzo de 2011, se admitió la demanda en el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena Indias.
- Mediante auto del 21 de marzo de 2012, se dio apertura al período probatorio.
- En auto del 28 de mayo de 2012 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y vencido este término al Agente del Ministerio Público a fin que emitiera concepto.

VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El juez de primera instancia concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, sobre las excepciones propuestas, decidió que las mismas no se encontraban acreditadas, puesto que la entidad demandante presentó dentro del término de dos (02) años la demanda conforme lo establece el artículo 136 del C.C.A. Y en cuanto a la segunda determinó que había carencia de material probatorio para lograr desvirtuar que la entidad demandante incumplió con las obligaciones convenidas,.

Adentrándose en el estudio del caso concreto, el *a quo* tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

"Para resolverlo [El caso concreto] el Despacho deberá examinar la legalidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 000286 de fecha 29 de Septiembre de 2004 "Por medio del cual se liquida unilateralmente el Convenio interadministrativo

² Folios 147 a 166 del expediente.

No. 00035 del 2002", igualmente la Resolución No. 00262 de 30 de Septiembre de 2008 "Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por el Municipio de Mahates contra la Resolución 000286 de 2004".

El Convenio Interadministrativo De Cofinanciación celebrado entre el MUNICIPIO DE MAHATES y CORMAGDALENA, fue suscrito el 20 de Diciembre de 2002 (fls. 64) y liquidado el día 29 de Septiembre de 2004. Como quiera que no se solicita la nulidad absoluta del convenio, sino de las Resoluciones que Declararon la liquidación unilateral por parte de CORMAGDALENA, y la negativa ante el Recurso de Reposición interpuesto por el MUNICIPIO DE MAHATES, respectivamente, se tiene que en este caso que, a este tipo de convenios interadministrativo la liquidación unilateral de manera expresa por nuestra legislación, está prohibida, constituyéndose los actos acusados, que da origen a esta demanda, en actos contrarios a la ley; debiéndose aplicar entonces, la regla que sobre contratos sujetos a liquidación, con la observación del deber de hacerla de manera bilateral.

Tal y como lo ha manifestado el H. Consejo de Estado, en el ordenamiento legal aparece una restricción en los CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado, por lo que la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA, carecía de las facultades para liquidar unilateralmente el Convenio Interadministrativo celebrado con el Municipio demandante.

Como se trata de una potestad, es decir, de una especie de atribución de competencias, su ejercicio tiene limitaciones. Así, lo ha señalado el Consejo de Estado, cuando dice³:

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELENA GIRALDO GOMEZ. BOGOTÁ D. C., VEINTE (20) DE MAYO DE DOS MIL CUATRO (2004) RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-2003-00028-01 (25154).

"En el ordenamiento legal aparece una restricción en los CONTRATOS INTERADMISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado.

Y ello lo comprende así el Consejo de Estado por la integración armónica que se da entre los artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993. El párrafo del artículo 14, sobre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala que en los contratos interadministrativos, entre otros, "se prescindirá de la utilización de Las cláusulas o estipulaciones excepcionales". A su vez enlista como cláusulas excepcionales al derecho común las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

(...)

Para la Sala la integración normativa hecha con respecto a esas tres disposiciones (artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993) permite ver que la facultad del Estado para liquidar unilateralmente el contrato aparece frente al contratista particular marcada por los fines institucionales que debe cumplir "() y consiste en el poder de las entidades estatales de imponer coactivamente su voluntad sobre el contratista, durante la ejecución o liquidación del contrato, y en el deber de éste último de cumplir inmediatamente las obligaciones que le sean impuestas, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley de solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa la nulidad de los actos y la reparación de los daños antijurídicos.

Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para

el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo comercial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista".

Así las cosas, observa este Despacho que en el expediente no aparecen acreditadas las condiciones señaladas por la ley para que prosperen las excepciones presentadas por la parte demanda, pero si se acreditaron los supuestos de hecho y de derecho para que prospere la pretensión de Nulidad de los Actos Administrativos acusados en la demanda.

Referente al restablecimiento del derecho solicitado de la declaratoria de contrato cumplido por parte de la entidad demandante, encuentra el Despacho que ninguna de las partes probó que hubiera cumplido a cabalidad con sus obligaciones, por lo que no es procedente declarar que alguna de ellas haya cumplido, por lo que deberán liquidar de manera bilateral el Convenio No. 0035 de 20 de diciembre de 2002.

En cuanto a la pretensión de indemnización, no es posible en los términos de la demanda un pronunciamiento y decisión favorable a las pretensiones formuladas en ella, dado que, no se probó el nexo causal entre el daño que le produjo al MUNICIPIO DE MAHATES y el hecho generador de la acción contractual, es decir, con la liquidación unilateral del convenio No. 00035 de 2002."

VIII. RECURSO DE APELACION

La CORMAGDALENA, como parte recurrente sustenta su recurso de apelación manifestando que no es cierto que no es cierto que la excepción de contrato no

⁴ Folios 165 a 166 del expediente.

cumplido no se haya probado y que no se encuentran probados los aportes que realizó la Corporación, puesto que de la lectura de las resoluciones impugnadas se verifica que sí se aportó por parte de la entidad las sumas de dinero correspondientes.

De otro lado, sostiene el ente demandado la Ley 80 de 1993 no prohíbe expresamente la liquidación de convenios interadministrativos, puesto que no existe norma legal que así lo consagre.

Y finalmente, mantiene sus argumentos sobre la legalidad de los actos cuestionados, al considerar que las cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos sólo se refieren a la terminación, interpretación, modificaciones unilaterales y caducidad, por ende la Corporación sí tenía la facultad para liquidar unilateralmente el convenio.

IX. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto del 17 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Mediante auto del 30 de julio de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

X.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El agente del Ministerio público delegado ante esta Corporación, emitió concepto favorable a la confirmación de la sentencia de primera instancia, compartiendo el argumento esgrimido por el a quo, en cuanto las dos entidades estatales se encuentran en una relación horizontal que impide la imposiciones de decisiones unilaterales, por lo tanto la Corporación carecía de facultades para liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo.

XI. CONSIDERACIONES

1.- COMPETENCIA.

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

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior, razón por la cual la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

De otro lado, la Sala se permite precisar que, atendiendo lo dispuesto en el literal d) del numeral 2° del artículo 134-D del Código Contencioso Administrativo, al disponer que en los procesos contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales, la competencia se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato; ésta Corporación sí es competente para conocer del presente asunto, toda vez que en el caso objeto de examen, el contrato se ejecutó en el Municipio de Mahates ubicado en el Departamento de Bolívar.

2.- ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS

- Resolución No.000286 del 29 de Septiembre de 2004, mediante la cual la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, decidió liquidar unilateralmente el Convenio Interadministrativo No. 000035 del 20 de Diciembre de 2002, suscrito con el Municipio de Mahates.

- Resolución No.000262 del 30 de Septiembre de 2008, mediante la cual es resuelto negativamente el recurso de reposición que fue interpuesto contra la anterior.

3.-SINTESIS DEL CASO

El Municipio de Mahates (Bol) presentó demanda de controversias contractuales contra la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA- con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No .000286 del 29 de Septiembre de 2004, y la Resolución No.000262 del 30 de Septiembre de 2008, por cuanto se realizó la liquidación del Contrato Interadministrativo No. 000035 de 2002 de forma unilateral, contraviniendo las disposiciones legales y constitucionales que impide el dicho proceder unilateral.

Por su parte, la entidad demandada solicita en primer lugar que se declare la caducidad de la acción, puesto que ya habían transcurrido el término de dos años para presentar la demanda. Así mismo, asegura hubo incumplimiento del Convenio por parte del Municipio por lo que no es procedente que se ordene cancelarle suma alguna de dinero, y finalmente que los actos acusados se encuentran amparados por las normas que facultan a dicho ente a efectuar la liquidación unilateral.

El juez de primera instancia, al emitir su pronunciamiento concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, al considerar que la Corporación Autónoma Regional de Río Grande de la Magdalena –CORMAGDALENA- carecía de facultades para liquidar unilateralmente el Convenio Interadministrativo celebrado con el Municipio de Mahates.

La parte demandada, condenada en primera instancia presenta recurso de apelación aduciendo, que la Corporación si cumplió con el contrato y era el ente territorial fue quien incumplió las obligaciones pactadas; que la Ley 80 de 1993 no prohíbe

expresamente la liquidación de los convenios interadministrativo y que no hay ninguna causal que pueda resquebrajar la legalidad de los actos acusados.

4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

De conformidad con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y en atención a los argumentos expuestos por el A quo en la sentencia de primera instancia, el problema jurídico se circunscribe en establecer: ¿Si la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA-, tenía competencia para haber liquidado de forma unilateral el Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 000035 del 20 de diciembre de 2002, celebrado entre el Municipio de Mahates y dicha entidad estatal, según lo afirmado por el recurrente, o por el contrario dicha Corporación no ostentaba esa facultad según lo decidido por el a quo?

En aras de lograr la resolución del problema jurídico planteado, se procederá a realizar un recuento normativo sobre la naturaleza y alcance de los Convenios Interadministrativos y si las normas que conforman el Estatuto Contractual facultan la liquidación unilateral del mismo.

4.1. Convenios Interadministrativos

La ley 489 de 1998, en el capítulo referente a las entidades descentralizadas, consagra en el Art. 95 la posibilidad de asociación entre las entidades públicas, y una de esas formas de asociación se materializa bajo la celebración de Convenios Interadministrativos.

**ARTICULO 95. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios Interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.*

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.⁷

El fundamento constitucional de ésta clase de asociaciones se encuentre en el artículo 113 de nuestra Constitución Política de 1991, al consagrar la división tripartita del poder en tres ramas, la Ejecutiva, Legislativa y Judicial y la consagración de órganos autónomos, todos ellos bajo la obligación categórica de colaborarse armónicamente para la realización de sus fines⁵.

Particularmente a la rama ejecutiva, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 489 de 1998, le corresponde dar aplicación a la función administrativa, buscando la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

En cumplimiento de dicho deber legal, los distintos entes estatales celebran negocios jurídicos con naturaleza distinta a un contrato administrativo, cuya única finalidad perseguida por ambos extremos de la relación comercial corresponde a la consecución de los fines del Estado y la satisfacción del interés general.

4.2 Facultad de Liquidación unilateral del convenio interadministrativo

Los contratos celebrados por las Entidades Estatales, se caracterizan por incluir -regla general-, las denominadas Cláusulas Excepcionales, entendidas estas como las

⁵ ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos⁶.

A partir de las cláusulas excepcionales, se garantiza el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo⁷.

El fundamento constitucional de la existencia de ésta cláusulas potestativas, se encuentra en las reglas que exigen que la función administrativa debe adelantarse en aras de la consecución de los fines estatales y con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CP, art. 209). Además, la utilización que de esas potestades se haga, se encuentra sometida a los mandatos constitucionales que disponen que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, siendo responsables por el desconocimiento de estos mandatos, al igual que por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP, arts. 123 y 6)⁸.

El alcance y finalidad de las cláusulas excepcionales de la Administración, se ha entendido según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁹ como:

“Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales.

⁶ Corte Constitucional T- 1341-01.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, abril 13 de 1994

Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.

“Son actos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser objeto de convenio.”

Conforme lo expuesto, las cláusulas excepcionales reflejan fielmente el poder exorbitante que ostenta la Administración frente a la otra parte, -el contratista-; poder de superioridad que en principio denominaríamos desequilibrio en la relación contractual, obedece a la finalidad de lograr la realización real y efectiva de los cometidos estatales.

Sin embargo, en la regulación de los Convenios Interadministrativos, no encontramos que la presencia de las mencionadas cláusulas exorbitantes, puesto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la

contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

10. *Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, **interpretar** los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir **modificaciones** a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, **terminar unilateralmente** el contrato celebrado.*

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

20. *Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto **el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal**, la **prestación de servicios públicos** o la **explotación y concesión de bienes del Estado**, así como en los **contratos de obra**. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

*Las entidades estatales **podrán** pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.*

*En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden **pactadas aun cuando no se consignen expresamente.***

Parágrafo.- *En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; **en los interadministrativos;** en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, **SE PRESCINDIRÁ DE LA UTILIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS O ESTIPULACIONES EXCEPCIONALES.***

Observamos que el legislador, haciendo uso de su potestad legislativa, determinó que para ésta clase de contratos y convenios se debía prescindir de la inclusión de las cláusulas exorbitantes. Para el legislador, tanto las partes como sus intereses se encuentran en plano de igualdad, por lo tanto la presencia de éstas cláusulas conllevaría a la existencia de desigualdad entre los fines e intereses coincidentes, que se presumen éstos originan la celebración de la relación contractual por ambas entidades.

Por lo anterior, y compartiendo la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, decantada desde hace varios años, en cuanto ha sostenido que la prohibición de inclusión de estas cláusulas exorbitante se extiende a la liquidación unilateral del Convenio Interadministrativo, asume la Sala que la misma debe ser aplicada para la resolución del problema jurídico planteado en el caso *sub examine*, y con ello la confirmación de la decisión emitida por el juez de primera instancia.

En palabras del Alto Tribunal se ha sostenido:

*"Además en el ordenamiento legal aparece una **restricción** en los CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS para la utilización de poderes excepcionales y con estos el de **liquidar unilateralmente el contrato porque tanto el contratante como el***

contratista son sujetos públicos, relación horizontal de la Administración Estado que impide, de naturaleza, la imposición de decisiones unilaterales en el mundo de los negocios jurídicos a la contraparte que también es Estado. Y ello lo comprende así el Consejo de Estado por la integración armónica que se da entre los artículos 14, 60 y 61 de la ley 80 de 1993.

El párrafo del artículo 14, sobre los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señala que en los contratos interadministrativos, entre otros, "se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales". A su vez enlista como cláusulas excepcionales al derecho común las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

El artículo 60 *ibídem*, sobre la ocurrencia y contenido de la liquidación del contrato, expresa que en los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Y el artículo siguiente, 61 *ibídem*, sobre la liquidación unilateral, refiere a que si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será aplicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

Para la Sala la integración normativa hecha con respecto a esas tres disposiciones permite ver que la facultad del Estado para liquidar unilateralmente el contrato aparece frente al **contratista particular marcada por los fines institucionales** que debe cumplir "() y consiste en el poder de las entidades estatales de imponer coactivamente su voluntad sobre el contratista, durante la ejecución o liquidación del contrato, y en el deber de éste último de cumplir inmediatamente las obligaciones que le sean impuestas, sin perjuicio del derecho que le reconoce la ley de solicitar ante la

jurisdicción de lo contencioso administrativa la nulidad de los actos y la reparación de los daños antijurídicos ()” .

Tal facultad administrativa se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en mundo negocial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista.

Si bien el Consejo de Estado como juzgador del recurso extraordinario de anulación carece de competencia para verificar o calificar aspectos atinentes a la naturaleza y sujeción de los actos liquidatorios a la normativa superior, si la detenta para analizar la competencia del juez arbitral, con el fin de determinar la prosperidad o no de la causal cuarta de anulación, y en esa dirección se encuentra facultado para verificar si efectivamente esas resoluciones se constituían en obstáculo jurídico para que el Tribunal de Arbitramento definiera las controversias planteadas en la demanda arbitral. Y encuentra que no, porque el ordenamiento jurídico tutela el campo de conocimiento del juez arbitral desde la óptica la competencia legal objetiva y legal subjetiva - pactada en el ordenamiento jurídico general y en la ley de las partes “cláusula compromisoria” (arts. 1602 C. C. y 32 ley 80 de 1993).

(...).”

5. Caso concreto

A partir del marco normativo y jurisprudencial expuesto con ocasión de los Convenios Interadministrativos y la prohibición a cualquiera de las entidades estatales de proceder a liquidarlo unilateralmente, la Sala procederá a resolver el caso concreto.

En primer lugar, se tiene que de acuerdo al material probatorio militante en el expediente¹⁰, se logró acreditar que:

- Existió una relación contractual entre el MUNICIPIO DE MAHATES Y CORMAGDALENA, en la modalidad de Convenio Interadministrativo.
- CORMAGDALENA mediante Acto Administrativo Resolución No. 000286 del 29 de Septiembre de 2004 liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo No. 00035 de 2002.
- CORMAGDALENA a través de Resolución No. 000262 del 30 de Septiembre de 2004 negó el Recurso de Reposición interpuesto por el MUNICIPIO DE MAHATES.
- El Objeto del Convenio correspondía a la cofinanciación con recursos aportados por CORMAGDALENA y el Municipio de MAHATES para la rectificación y dragado de la Ciénaga en el municipio de Mahates.
- El término de duración del Convenio fue de doce (12) meses contados a partir del acta de inicio de ejecución del convenio.
- El valor del convenio fue por la suma de \$202.135.988 discriminados así: CORMAGDALENA aportaría la suma de \$181.922.389 incluida la interventoría por valor de \$16.690.128 y el MUNICIPIO DE MAHATES aportaría la suma de \$20.213.599.
- En la Cláusula Cuarta del convenio, se señala que el Desembolso se hará así: CORMAGDALENA entregará un anticipo hasta el 50% de su aporte en obra al contratista suscrito con el municipio, previa aprobación de la licencia ambiental, y giraría al municipio el resto de su aporte de acuerdo a la forma de pago estipulado en el contrato, previa presentación de informes de interventorías y actas de obra, aprobadas por el supervisor del convenio se amortizará con el mismo porcentaje girada en cada acta parcial de obra.

¹⁰ Folios 119 a 129.

Del análisis del material probatorio, colige la Sala, que ciertamente la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena –CORMAGDALENA-, procedió a liquidar de forma unilateral el Convenio Interadministrativo No. 000035 de 2002, no gozando dicho ente estatal de tal prerrogativa y por tanto actuó con desbordamiento de las competencias otorgadas para tal fin.

Según se desprende de las cláusulas pactadas en el Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 000035 de 2002 (Fls. 61 a 64), las obligaciones que se encontraban a cargo de cada uno de los intervinientes eran totalmente equiparables en grado de importancia las unas frente a las otras, puesto que sin la asignación de los recursos de forma oportuna por CORMAGDALENA, y sin la Dirección y ejecución por parte del Municipio de Mahates, no hubiera sido posible lograr la finalización del objeto del proyecto. Lo cual resultó, de acuerdo al Acata de Recibo Definitivo (Fls. 70-71).

Conforme se ha podido evidenciar, los argumentos esgrimidos por la parte recurrente han sido totalmente desvirtuados, puesto que la excepción de contrato no cumplido, no pudo ser demostrada, muy a pesar que ostentaba la carga de la prueba con relación a su excepción. Además que los documentos que hacen parte de toda la actuación administrativa (incluyendo el desarrollo del convenio interadministrativo) se presumen se encuentran en su poder.

De otro lado, con relación a la facultad de liquidación que el recurrente manifiesta ostentar, no encontró asidero dentro de la normatividad aplicable al asunto *sub examine* y mucho menos si tenemos presente que en materia administrativa el postulado de “Lo que no está prohibido, está permitido” –válido en cuanto a la capacidad de las personas privadas-, NO aplica bajo ninguna circunstancia, para desplegar competencia de los entes y órganos públicos.

En la persona jurídica de derecho público, su competencia se encuentra delimitada en

lo que las normas establecen y lo que no establece no es posible realizar. Por ello, para el servidor público se encuentra prohibido todo aquello que la norma le ha excluido al momento de atribuir sus facultades. De suyo, lo que realiza por fuera de ella, deviene en ilícito.

De esta forma, lo anteriormente expuesto se constituye en el fundamento legal y jurisprudencial para concluir que los actos administrativos acusados con ocasión de Convenio Interadministrativo, celebrado entre las partes, han resquebrajado la normatividad en cual debieron fundarse y por ello, bien ha tenido el a quo en declararlos ilegales y expulsarlos del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demandad, teniendo en cuenta que los puestos no discutidos en la presente instancia se mantienen incólume, con lo cual no es posible adentrarse a su correspondiente estudio.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A. *"el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil"*. En el sub lite no se evidencia en la actitud de la parte demandante temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha trece (13) de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena Indias dentro del proceso iniciado por el Municipio de Mahates (Bolívar) en contra de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Sin conde en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO
JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0070

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: OSCAR BERTEL GUERRERO
DEMANDADO	: E-S-E JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2007-00155-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE DICIEMBRE 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 ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003.

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

Cartagena de Indias, D. T. y C., Seis (06) de Diciembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Reconocimiento prestacional con aplicación de convención colectiva.

SENTENCIA No.

336 / 2013

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 008 2007 00155 01

II. PARTES

Demandante: Oscar Bertel Guerrero.

Demandado: ESE José Prudencio Padilla en LIQUIDACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 09 de julio de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se negó las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

PRIMERO: Mediante Resolución N° 4888 del 28 de Octubre de 1993 emanada de la Dirección General del Instituto de Seguro Social, se nombro al demandante en periodo de prueba, en el cargo de Odontólogo General. Grado 36, con dedicación cuatro (4) horas, el cual acepto y tomo posesión.

SEGUNDO: La gerencia seccional del Seguro Social en Bolívar, inscribe en la carrera de funcionario de la seguridad social, a ÓSCAR GUERRERO, identificado con la C.C. No. 9.064.046 de Cartagena, en el cargo de Odontólogo, dedicación cuatro (4) horas.

TERCERO: Mediante Resolución No. 2799 y 3100 Julio de 1994, el demandante fue incorporado al equipo de personal que forma la nueva planta global y flexible del Instituto de Seguro Social, en el cargo de Odontólogo General Ubicado en la dependencia Departamento Servicios Salud Oral CAÁ Cartagena - Central, con una asignación básica mensual de \$367.355.

CUARTO: Durante el desempeño del demandante en el cargo para el cual fue designado, desplegó toda su capacidad material e intelectual para cumplir a entera satisfacción el mismo y de esta manera, cumplir al máximo las metas impuestas por las directivas del Seguro Social, siendo siempre un empleado ejemplar, cumplidor de sus funciones al 100, colaborador a más no poder y sobre todo leal con la institución que lo vio nacer en su vida familiar.

QUINTO: El Instituto de Seguro Social, en múltiples oportunidades dispuso que ÓSCAR BERTEL GUERRERO se capacitase por cuenta de este y los conocimientos adquiridos en esta capacitación fueran a su vez aplicados a la labor a él encomendada, ampliando de esta forma, los servicios prestados por esta EPS, que entre otras cosas es la más antigua del país, con el mayor número de afiliados.

SEXTO: El demandante, es afiliado a la Asociación Sindical ASDOAS , cuya afiliación se encuentra vigente a la fecha de presentación de la presente demanda.

SÉPTIMA: Que mediante Decreto Ley 1750 de 2003 se dispuso la decisión del Instituto de Seguro Social donde además se determinó el derecho de los servidores públicos incorporados automáticamente como empleados públicos en la planta de personal en las empresas sociales del Estado creadas por el citado decreto, el demandante, fue incorporado automáticamente en la planta de personal de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en el cargo de ODONTÓLOGO Código 3087 grado 23 con una intensidad de 4 horas.

OCTAVO: La Honorable Corte Constitucional en Sentencia C349/2004 al estudiar la constitucionalidad del Decreto Ley 1750/2003 dispuso sobre la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Seguro Social y sus trabajadores, y los trabajadores de la recién creada ESE José Prudencio Padilla: "En virtud de esta permanencia dicho trabajador puede seguir disfrutando de los servicios convencionales mientras los mismos tengan vigencia".

NOVENO: El gobierno nacional mediante Decreto 776/2006 de Marzo 1, dispuso la modificación de la planta de personal de la ESE José Prudencio Padilla, decretando entre otras, la supresión de la planta de personal la supresión de 193 cargos, entre ellos el de mi mandante, ODONTÓLOGO Código 3087 grado 21, en este momento mi mandante era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y sus trabajadores para el período noviembre 1° de 2001 a octubre 31 de 2004, vigente hasta la fecha por las sucesivas prorrogas de que ha sido objeto de acuerdo 61, en lo establecido por el Art. 478 del Código Laboral.

DÉCIMO: El Art. 5° de la Convención Colectiva de Trabajo, establece una serie de prerrogativas y garantías para todos los trabajadores beneficiarios de la misma, en donde se establece textualmente los montos que se deberán reconocer y pagar en

caso de una indemnización por despido, que son totalmente distintos a los aplicados por la ESE José Prudencio Padilla al momento de reconocer y ordenar el pago de la indemnización por supresión del cargo y el pago de las prestaciones sociales mediante Resolución THLPSI-EP No. 000718 de Octubre 30 de 2006, lo que indica claramente que existe una violación legal por haberse aplicado una disposición que perjudica desde todo punto de vista los conceptos de carácter salarial de la demandante.

DÉCIMO PRIMERO: El último sueldo devengado por el demandante es de UN MILLÓN TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOSM/CTE (\$1.371.480,00).

DÉCIMO SEGUNDO: Mediante Oficio UQ-No. 00054 de septiembre 1 de 2006, se le comunica al demandante que el cargo de Odontólogo Código 3087 Grado 2, con intensidad de 4 horas que venía desempeñando, fue suprimido de la planta de personal, razón por la cual cesa el cumplimiento de las funciones propias del mismo, y queda desvinculado de la empresa a partir del día 4 de septiembre de 2006, que será entendido como su último día laborado.

B- PRETENSIONES

PRIMERO. Que es nula la Resolución 000718 de 30 de octubre de 2006 donde se liquida incorrectamente las prestaciones sociales e indemnización del demandante el oficio de fecha julio 6 de 2007 expedido por la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior se le pague lo siguiente:

a. Que se condene a la demandada a reajustar el pago de la indemnización por terminación del vínculo laboral sin justa causa, de conformidad con el Art. 5° de la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y sus trabajadores del 1 de Noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004, la cual se

encuentra vigente con las sucesivas prórrogas que se han efectuado como lo establece el Art. 479 del Código laboral.

b. Se reajuste el salario, primas de servicio, de vacaciones y de navidad, vacaciones, bonificación por servicio prestados y demás conceptos y rubros legales, laborales.

c. Todos los anteriores conceptos deben ser cancelados debidamente indexados y actualizados, además liquidados los intereses corrientes y de mora.

d. Cancelar las agencias en derecho.

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Arts. 1,2,13,25,29,53 Y 125 de la Constitución Política de Colombia.

Art. 84 del Código Contencioso Administrativo.

Decreto Ley 2400 de 1968: Art. 467, 418 del Código Laboral.

Convención Colectiva de Trabajo vigente.

El Art. 467 del código laboral establece que las Convenciones Colectiva de Trabajo, es el acuerdo a que llegan los sindicatos y los empleadores, que tienen fuerza legal y obliga a las partes, el Art. 478 de la misma obra señala que las convenciones colectivas se prorrogan automáticamente de 6 meses en 6 meses si la organización sindical no presenta la denuncia de la que habla el Art 479 de C.S.T y este es la figura a aplicar en este caso.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Si bien es cierto que el legislador estableció como una de las causales del retiro del servicio la supresión del cargo, y que esta figura fue declarada exequible por la corte constitucional en sentencia de mayo 27 de 1999. Donde manifestó que esta se puede producir por múltiples circunstancias como son fusión o liquidación de la entidad pública, reestructuración de la misma modificación de la planta, reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado, etc, igualmente aceptó la indemnización como legal cuando se suprimen los cargos y que el deber de indemnizar se encuentra fundamentado constitucionalmente por que es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional y que la privación de estos derechos deben ser resarcidos en aras del interés público con el fin de no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas.

Si el constituyente de 1991 y el legislador establecieron unos derechos especiales para los empleados de carrera administrativa que le suprimiera su cargo como es el de reconocerle por esa acción, del Estado una indemnización, entendiendo como lo dice la Honorable Corte Constitucional lo que significa la carrera administrativa para nuestro ordenamiento jurídico protección y derechos que no son extensivos en el mismo caso para los empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

El Art. 39 de la Ley 443 de 1998, establece los derechos de los empleados de la Carrera Administrativa en caso de la supresión de empleos y dice que cuando a un empleado público de carrera se le suprime el cargo del cual es titular, tiene derecho a optar por ser incorporado o a recibir la indemnización. Lo anterior, es procedente, claro está, siempre y cuando como lo observa la misma Ley 443/1998 se haga un estudio pormenorizado, concienzudo y apegado a la realidad, en donde se establezca la necesidad imperiosa de la supresión de los cargos, es decir, de la modificación de la planta de personal de la entidad estatal. Para el caso que nos ocupa, se puede observar sin hacer un mayor esfuerzo mental que la modificación de la planta de personal de la ESE José Prudencio Padilla donde se suprimen de la planta de personal 193 trabajadores, es un acto de Estado, un acto arbitrario e inconsulto, el

cual no comulga con la realidad, toda vez que suprimir funcionarios de la salud, estatales, es por decirlo de alguna manera dar la estocada final a un proceso caótico por el cual se encuentra atravesando nuestro país, donde, para proceder en forma correcta se debe hacer todo lo contrario, es decir, crear fuentes de trabajo en materia de salud, adelantar infraestructuras para este propósito y vincular personal idóneo y certificado para una mejor prestación del servicio y no proceder como se ha hecho con la ESE José Prudencio Padilla.

Lo más curioso de esta supresión de cargos en el sector estatal, es el hecho específico y concreto de que no se abren nuevos frentes para atender este renglón fundamental de la sociedad, da lástima por decirlo de alguna manera, como día a día, se convierte el Estado en un ente paquidérmico y cada vez alejado más de sus compromisos con la comunidad que lo sustenta. Es lamentable que los colombianos nos veamos avocados a costearnos los cuadros clínicos que en un momento dado se nos presente y cualquier enfermedad por muy sencilla que esta sea, la indiferencia estatal no se hace esperar y vez es más protuberante su presencia en el entorno comunal.

La convención colectiva de trabajo recoge todos los acuerdos a que se llegaron en la etapa de acuerdo directo entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL y las organizaciones sociales por él representadas y que daban por terminado el conflicto colectivo de trabajo entre las partes. Es claro que dicha convención colectiva estipulaba entre otros derechos laborales de los trabajadores, lo atinente a las prestaciones sociales, los acuerdos convencionales y ante todo las indemnizaciones a las que trabajadores tienen derecho. El mismo acuerdo establece en su artículo 3º quienes son los beneficiarios de dicha convención.

D.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

De las entidades demandadas la única que presentó contestación de la demanda, fue el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

D.1 Contestación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Indica concretamente en su defensa que en el caso que se pruebe que al demandante le asiste algún derecho, no ese Ministerio el llamado a controvertir en el presente litigio, teniendo en cuenta que dicha entidad es completamente ajena en la relación laboral que existió entre el demandante y el empleador ESE José Prudencio Padilla, persona que es independiente, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (folio 436 a 448)

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró probada la excepción de caducidad de la acción Resolución THLPSI - EP No. 000718 de 30 de octubre de 2006, emitida por la E.S.E JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN.

Indica que según consta a folio 18 la resolución en comento fue recibida y notificada al demandante el día 2 de noviembre del año 2006, procediendo contra ella el recurso de reposición - sin que exista constancia de haber sido interpuesto por la parte actora -, por lo que, a partir del día siguiente a su notificación, conforme lo reza el numeral 2° del artículo 136 del CCA, el demandante contaba con 4 meses para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, término que culminaba el día 5 de marzo del 2007, por lo que habiendo acudido a ésta jurisdicción, el día 2 de noviembre del año 2007 no se cumplió con el presupuesto procesal bajo estudio.

VI. LA APELACION (Folio 450 a 452)

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando la revocatoria de la misma, y la concesión de las pretensiones de la demanda.

Indica concretamente en su recurso que, la señora Juez de primera instancia sustenta el fallo sobre la base de establecer que los empleados públicos en Colombia no tienen

derecho a la contratación colectiva, para lo cual se remite al Artículo 416 del Código Laboral, y a los fallos de exequibilidad de ese Artículo proferido por la Honorable Corte Constitucional el C-110 de 1994 y 1234 de 2005.

Señala que se equivoca el juzgado A-quo porque esa no es la discusión, la Honorable Corte Constitucional por primera vez en la historia de Colombia hizo aplicar una Convención Colectiva de Trabajo a los empleados públicos, precisamente a los extrabajadores del ISS con las sentencias C-314 y 349 de 2004, cuando estableció que los derechos convencionales que tenían estos trabajadores al escindirse y convertirse en ESE se debían seguir aplicando hasta el 31 de octubre de 2004, fecha que culminaba la vigencia de la convención.

Indica que resulta que posteriormente la Honorable corte constitucional profirió la sentencia T-1166 de 2008, donde determinó que los derechos convencionales de los ex - trabajadores del ISS que habían sido trasladados a las diferentes ESE que creó el gobierno de Álvaro Uribe, entre otra la JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, sin solución de continuidad, debían reconocérseles y pagárseles los derechos convencionales mientras estuvieran vinculados con la ESE, independientemente de que fueran empleados públicos, en esa sentencia la Honorable Corte Constitucional consideró que esos trabajadores tenían unos derechos adquiridos porque laboraban en una empresa industrial y social del estado como el ISS y se consideraban como trabajadores oficiales y fue el propio estado de manera unilateral el que decidió convertirlos en empleados públicos, cuando se produjo en el año 2003 la escisión tantas veces comentada dentro de este proceso.

Igualmente manifiesta que la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 1°. De octubre de 2009, Consejero Ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 2005-10890, establece que el trabajador oficial que se transforma por Ley en empleado público se le deben respetar los derechos adquiridos de una Convención Colectiva de Trabajo.

Culmina declarando que este no es un caso que se enmarque dentro de la teoría general de lo señalado en el Artículo 416 del Código Laboral, estamos en presencia de una situación particular y excepcional -de unos trabajadores que adquirieron unos derechos extralegales dentro del marco de la Constitución y de la Ley en su condición de trabajadores oficiales y la sentencia T-1166 de 2008 lo que hace es justicia en mantenerle esos derechos.

VII. TRÁMITE PROCESAL

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 30 de septiembre de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha 31 de octubre de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.
- Conforme a lo dispuesto en el acuerdo PSAA12-9201 pasó al despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de fallo.

VIII.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado en el presente asunto, no rindió concepto.

IX.- CONSIDERACIONES.

1. COMPETENCIA.

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

2. SÍNTESIS DEL CASO.

En síntesis en el presente asunto el demandante solicita que con la nulidad que se decrete, se le reconozcan prestaciones sociales especiales, ya que lo cobija la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita entre Sintraseguridadsocial y el Instituto de Seguros Sociales, Convención Colectiva vigente al momento en que se le liquidaron sus prestaciones sociales con ocasión de su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla en liquidación.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que en el asunto de marras se encuentra caducada la acción contenciosa administrativa contra el acto administrativo demandado.

Por su parte el apelante en su recurso se ratifica en su posición y solicita que se concedan las pretensiones de la demanda, manifiesta que la jurisprudencia ha aceptado el derecho que tiene las personas a las que le eran aplicables la convención colectiva que se solicita en la demanda.

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS

3.1 Resolución THLPSI 00718 de 30 de octubre de 2006 expedida por el Gerente Liquidador de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, que liquidó definitivamente las prestaciones sociales del demandante y omitió la inclusión de sus prestaciones convencionales establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 y que se encuentra plenamente vigente al momento de ser liquidado el trabajador. (Folio 15-18)

3.2 Oficio 6 de julio de 2007, por medio de la cual se niega la aplicación de la convención colectiva celebrada entre el ISS y Sintraseguridadsocial. (Folio 12 a 14)

4. CADUCIDAD.

Para la Sala es importante antes de iniciar con el estudio del fondo del asunto, analizar el presupuesto procesal de la caducidad de la acción contenciosa administrativa, más cuando la juez de primera instancia basó su decisión en la declaración de la caducidad de la acción contenciosa administrativa.

Pues al revisar los actos administrativos acusados, se observa que se demanda el acto administrativo que le liquidó las prestaciones sociales al demandante al momento de ser desvinculado de la ESE José Prudencio Padilla en liquidación (**Resolución THLPSI 00718 de 30 de octubre de 2006**), el cual fue notificado el dos (2) de noviembre de (2006). También se demanda el oficio calendado 6 de julio de 2007, con el cual se le resuelve en forma negativa la solicitud de aplicación de convención colectiva, solicitud que fue radicada el 7 de marzo de 2006, acto administrativo este último derivado de una reclamación administrativa presentada con posterioridad al momento de liquidación de las prestaciones sociales que se reclaman con esta demanda.

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

El Código Contencioso Administrativo establece en el artículo 136, numeral 2º del C.C.A. que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la "publicación, notificación,

comunicación o ejecución del acto, según el caso.” Así entonces, en determinados casos y bajo precisas circunstancias, las cuales se refieren a la forma como se da a conocer la decisión de la Administración, el término para acudir ante la jurisdicción corre a partir de la ejecución del acto administrativo. El término de los cuatro meses para contabilizar el término de la caducidad de la acción, será para aquellos actos administrativos en los cuales no se reclaman prestaciones periódicas, ya que en el evento que se reclamen prestaciones periódicas, a la luz del mismo artículo 136 #2 del C.C.A., no opera el fenómeno de la caducidad, pudiéndose demandar estos actos administrativos en cualquier tiempo.

Pues bien, en el caso bajo estudio, al revisar el material probatorio aportado al expediente, encuentra la Sala que el acto administrativo que liquidó las prestaciones sociales del demandante por su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla, fue el contenido en la siguiente resolución:

- **Resolución THLPSI 00718 de 30 de octubre de 2006** expedida por el Gerente Liquidador de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, que liquidó definitivamente las prestaciones sociales del demandante y omitió la inclusión de sus prestaciones convencionales establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 y que se encuentra plenamente vigente al momento de ser liquidado el trabajador. (Folios 15-18)

El acto arriba relacionado es un acto administrativo que no resuelve prestaciones periódicas, por lo tanto su demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa debió ser dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que quedó en firme el acto administrativo.

Con relación al fenómeno jurídico de la caducidad de las acciones contenciosas administrativas, el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“La caducidad [procesal] como fenómeno jurídico, constituye propiamente una

sanción para el titular del derecho que omite poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional dentro del lapso dispuesto por el ordenamiento jurídico para reclamarlo y, desde el punto de vista estrictamente procesal, se erige como un hecho que enerva o extingue la pretensión desde la base o el nacimiento; por consiguiente, debe ser declarado, aún de oficio, siempre que el fallador de primera o segunda instancia lo encuentre probado, a términos de lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A.”¹

Así las cosas al analizar puntualmente la demanda y los actos administrativos demandados, esta Sala es del criterio consistente en afirmar que el acto administrativo que resolvió la situación jurídica concreta del actor, con relación al reconocimiento y pago de acreencias laborales por su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, fue en realidad la Resolución **THLPSI 00718 de 30 de octubre de 2006**, pues fue dicho acto el que liquidó las prestaciones con las cuales el actor no está de acuerdo y que persigue le sean reconocidas dentro del presente asunto, sin embargo observa la Sala que el actor no demandó dentro del término legal (cuatro meses), la resolución que según sus afirmaciones vulneró su derecho a recibir unos beneficios convencionales.

A juicio de esta Sala el accionante con la interposición de la reclamación del 7 de marzo de 2007, la cual dio como respuesta el oficio 6 de julio de 2007 (acto demandado dentro del presente asunto), es una actuación con la que se busca revivir términos judiciales que se encuentran vencidos, pues como ya se explicó dentro del presente asunto, el acto administrativo que resolvió de fondo la situación jurídica definitiva del actor, frente al tema que ahora reclama, fue el contenido en la **THLPSI 00718 de 30 de octubre de 2006**, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la misma se encuentra caducada, por consiguiente no considera esta corporación factible iniciar el estudio legal del otro acto demandado dentro del

¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A - Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012) - Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00431-01(22734) - Actor:HECTOR NODIER OSORIO HERRERA Y OTROS - Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

presente asunto, pues se reitera, con el mismo el actor pretende es revivir términos procesales sobre un tema que ya fue resuelto por medio de un acto administrativo definitivo, contra el cual no se interpuso en tiempo la demanda contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con relación al tema de revivir términos judiciales con la presentación de una nueva petición, cuando en un acto anterior se ha resuelto la situación en concreto, el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“Cuando el acto administrativo que contiene una decisión particular no fue objeto de recursos en vía gubernativa o no fue demandado en tiempo ante la jurisdicción contencioso administrativa, se entiende que una petición posterior que verse sobre los mismos puntos contenidos en tal acto constituye una pretensión de revocatoria directa, no obstante, ni esta solicitud ni la respuesta que la administración emite tienen la fuerza de revivir los términos para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo prescribe el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos. De conformidad con las anteriores precisiones la Sala debe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que en el presente asunto no se demandó la Resolución No.2369 de 9 de julio de 1999, que le reconoció a la actora el auxilio de cesantías definitivas, respecto del cual venció la oportunidad para reclamar en vía judicial, sino otros actos que no tienen la virtualidad de revivir términos procesales, incumpliendo con ello la obligación establecida en el inciso 2º del artículo 137 del C.C.A.”²

En este orden de ideas concluye la Sala que la acción contenciosa administrativa para reclamar la inclusión de nuevos factores de liquidación en aplicación de la Convención Colectiva suscrita entre el I.S.S., y Sintraseguridadsocial 2001-2004, se encuentra caducada, no pudiendo el actor pretender que se revise el tema en instancia judicial, cuando el acto definitivo no fue demandado en tiempo.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008).- Radicación número: 25000-23-25-000-2001-08534-01(0841-05) Actor: MARIA ISABEL INFANTE SEPULVEDA Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL

Por todo lo anterior esta Sala confirmará el fallo de primera instancia, ya que en este caso él a quo declaró probada la excepción de caducidad de la acción, encontrando esta Sala acertada tal decisión pues el acto administrativo contenido en la Resolución **THLPSI 00718 de 30 de octubre de 2006**, fue notificado al interesado el 2 de noviembre de 2006, y la demanda contenciosa administrativa solo fue presentada hasta el 2 de noviembre de 2007, momento en el cual ya había transcurrido más de los 4 meses establecidos en la ley para la interposición de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

X.DECISIÓN.

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

FALLA

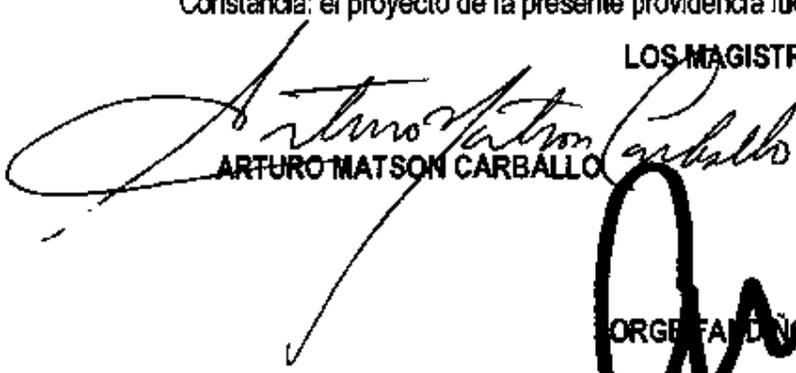
PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha 09 de julio de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO


JORGE FANDIÑO GALLO

Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0071

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: JULIA CECILIA ORLANDO ROJAS
DEMANDADO	: CAJANAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2009-00215-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

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

Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



f. 342 a 351
(20)

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 3 2 6 / 2 0 1 3

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

TEMA: Reliquidación de pensión -- Bonificación del 100%

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-33-31-002-2009-00215-01

II. PARTES

Demandante: JULIA CECILIA ORLANDO ROJAS

Demandado: CAJANAL.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolivar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha dieciséis (16) de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

"1. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 02415 de enero 26 de 2009, proferida por el Gerente general de la Caja Nacional de Previsión Social (E.I.C.E.), a través de la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez por nuevos factores de salario concediendo un recurso de reposición, el cual es facultativo y no se opone al inicio de la presente acción.

2. Que como consecuencia de la anterior resolución y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO declarar que a mi mandante le asiste razón jurídica para que La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL , le reliquide y pague su pensión con el promedio del 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, teniendo en cuenta para su cálculo, la asignación Básica Mensual, el 100% de la Bonificación por servicio, y las doceavas partes de las primas de : alimentación, antigüedad servicios, vacaciones y Navidad, auxilio de transporte y cualquier otro emolumento que el actor demuestre haber recibido en ese periodo como contraprestación de su relación laboral, pensión que ha de pagarse en cuantía mensual no inferior a \$2.669.3227.15, efectiva a partir del 01 de enero de 2006, ordenando aplicar los reajustes de ley 100/93, sobre la cuantía pretendida no inferior a \$2.669.227.15.

3. Que se ordene liquidar y pagar a expensas de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL y a favor de mi representada, las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido cancelando por concepto de la Resolución N° 60679 de diciembre 27 de 2007 y lo que determine pagar en la sentencia que ordene el cálculo de la pensión en los términos de la pretensión anterior (2°) de este acápite, diferencias calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a \$2.669.227.15, efectiva a partir del 01 de enero de 2006.

4. Condenar a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN , para que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.

5. Condenar a LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., pague a favor de mi mandante intereses comerciales durante los seis (06) primeros meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de este término conforme lo ordena el artículo 177 del C.C.A.

6. Ordenar a La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN a que de cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

7. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, en la medida que está demostrado que Cajanal hoy en liquidación en forma reiterada y caprichosa ha desconocido los cientos de fallos emitidos en esta materia por la Jurisdicción Contenciosa." (SIC)

2. HECHOS

PRIMERO: La señora JULIA CECILIA ORLANDO ROJAS, laboró al servicio del Estado por más de 20 años de servicio, de los cuales todos ellos fueron en la Rama Jurisdiccional, habiendo cumplido el status jurídico de pensionado el 21 de mayo de 1999 y habiéndose reiterado en forma definitiva del servicio el 30 de diciembre de 2005.

SEGUNDO: Mediante Resolución N°. 1326 de enero 29 de 2004, la Caja Nacional de Previsión reconoció una pensión en cuantía de \$1.276.643.00, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

TERCERO: Mediante Resolución N° 22908 de agosto 10 de 2005, se reliquidó la pensión en cuantía de \$1.945.379.63, efectiva a partir de enero 01 de 2005, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

CUARTO: Mediante Resolución N° 60679 de diciembre 27 de 2007, se reliquidó la pensión de vejez por retiro definitivo del servicio oficial, ordenando reliquidar la pensión con la inclusión de algunos factores de salario, excluyendo el 100% de la Bonificación.

QUINTO: Mediante Resolución N° 02415 de enero 26 de 2009, se niega la reliquidación de una pensión de vejez.

SEXTO: En calidad de apoderado he venido solicitando a Cajanal la revisión de la pensión, por considerar que ésta se encuentra erróneamente reconocida y liquidada, en la medida que no se dio aplicación al artículo 6° del Decreto 546/71 y al Decreto 717/78, por tanto debió liquidarse con el 75% de la asignación mensual más elevada incluido en este concepto, a demás de los factores estimados inicialmente, el 100% de la Bonificación por servicios.

SEXTO: La pensión liquidada conforme lo establece el artículo 6° del Decreto 546/71 con la asignación mensual más elevada devengada en el periodo de (junio 01 de 2005 a diciembre 30 de 2005), se debe determinar así:

FACTOR DE SALARIO MENSUAL	TOTAL
<i>Asignación Básica Mensual</i>	871.366.00
<i>Bonificación por Servicios 100%</i>	941.693.04
<i>Prima de Servicios 1/12</i>	84.960.25
<i>Prima de Vacaciones 1/12</i>	88.500.25
<i>Prima de Navidad 1/12</i>	184.377.00
<i>Prima de Antigüedad</i>	1.306.585.00
<i>Prima de Alimentación</i>	36.988.00
<i>Auxilio de Transporte</i>	44.500.00
<i>Promedio Mensual</i>	\$ 3.558.969.54

Pensión: \$3.558.969.82 X75%= \$2.669.227.15, efectiva a partir del 01 de Enero de 2006.

SEXTO: Mi cliente presentó sus últimos servicios al Estado, en la Ciudad de Cartagena, en la Rama Judicial mediante Vinculación Legal y Reglamentaria." (SIC)

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional: Artículos 2°, 13°, 25° y 58°.
- Código Sustantivo del Trabajo: Artículo 21o
- Las Leyes 57 y 153 de 1887.

- El artículo 6° del Decreto 546/71
- Decreto 717/78 artículo 12.
- Ley 33 y 62 de 1985.
- La Ley 100 de 1993, por aplicación indebida.
- Los artículos 11°, 36°, 289 de la Ley 100 de 1993.
- Decreto 1158 de 1994.

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

En primera medida el demandante se refiere a la procedibilidad de la acción, aduciendo que dado que la acción hace referencia a una pensión de jubilación un derecho principal que no prescribe, y la de solicitar revisión o reliquidación de ella, constituir un derecho accesorio a la pensión, concluye que los administrados pueden en cualquier momento hacer uso del derecho de petición para solicitar que les revisen e incluyan factores de salario que no se les tuvo en cuenta en el reconocimiento inicial.

Dentro de los argumento de fondo el actor sustenta que La Caja Nacional de previsión desconoció el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 y aplicó indebidamente el artículo 1°, 3° de la ley 33 de 1985, así mismo los artículos 1° de la 62 de este mismo año, en lo relacionado con salarios razón por la cual para efectos de liquidar la pensión que el demandante reconoció al demandante debió aplicar en materia de factores salariales lo dispuesto en el artículo 12 del decreto 717/78 en el escrito se cita textualmente el artículo antes mencionado:

"Art. 12 del Decreto 717 de 1978. De otros factores de salario. A demás de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

Son factores de salario:

- a) *Los gastos de representación*
- b) *La prima de antigüedad*
- c) *El auxilio de transporte*
- d) *La prima de capacitación*
- e) *La prima ascensional*
- f) *La prima de servicio*
- g) *Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio.”*

En ese mismo sentido el actor, sostiene que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en un sin número de pronunciamientos ha determinado que si por cualquier razón no se readecua el aporte de una retribución que tiene incidencia pensional, tal situación no puede constituirse en obstáculo insalvable para que se le tenga en cuenta en la liquidación de a pensión, pues en este caso, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, debe ordenar que se recaude dicho aporte, descontándolo de las sumas a pagar, con lo que se da cumplimiento a la ley y no se causa perjuicio al pensionado. Para sustentar lo expuesto cito la sentencia del 18 de marzo de 1999, con consejero ponente al Dr. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ

Finalmente frente al concepto de bonificación por servicios prestados, el demandante alega que la Caja Nacional de Previsión viene fraccionando este rubro, para obtener la doceava parte, procedimiento para el demandante contrario a la ley, pues este factor se debe estimar en un 100% de lo certificado en el último año de servicio. Al respecto cita la sentencia del honorable consejo de estado de fecha 30 de septiembre de 1999 con Magistrado ponente a la Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, y del Tribunal Administrativo de Caldas sentencia numero 2003-02-01

Ahora el demandante sustenta igualmente una violación de la constitución como causal de nulidad, de la sustentación de este punto se puede destacar lo siguiente:

"al liquidarse la pensión de mi mandante con claro desconocimiento de las normas legales anunciadas en el capítulo anterior, se están violando los artículos 2°, 25° y 58° de la Constitución Nacional.

En efecto, mi cliente tiene derecho a que la pensión se la liquiden con el régimen especial, éste es genéricamente un bien que fue desprotegido en este caso contra el claro mandato del artículo 2° de la Constitución Nacional. Al ser la pensión un derecho derivado de una relación laboral con ello se transgredió el artículo 25° de la Carta, que ordena para el trabajo una especial protección del Estado.

Como mi cliente cumplió los requisitos para ser beneficiario de la pensión especial y esta se encuentra tutelada legalmente, se permitió el artículo 58° que garantiza el reconocimiento tota de los derechos adquiridos con justo título (...)"

B. LA CONTESTACION (folios 264-270)

La entidad demandada presentó contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma, y que en tal medida se absuelva de todo cargo y se condene a la parte demandante en costas y agencias en derecho. Y que en el evento contrario se aplique la prescripción de las mesadas anteriores a los tres últimos años.

Anota la parte demandada que existe una violación por confusión de las nociones de salario y de prestación social, y que diferencia es radical entre ambas nociones y que dicha confusión es rechazable en cuanto a su aplicación al caso de la hoy demandante puesto que los factores que reclama no pueden tomarse como factores salariales, pues los servidores públicos están regulados por una relación legal y reglamentaria menos flexible que la regulación establecida para los trabajadores particulares, y que tal situación ha sido aclarada por el Consejo de Estado por la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante pronunciamiento del 6 de junio de 1997, radicación 998, y ponencia del Dr. JAVIER HENAO HIDRÓN.

Agrega que si dentro del cálculo de la mesada pensional se incluyen factores prestacionales, tales como la prima de servicios, de navidad y de vacaciones, no solo se está incumpliendo las aspiraciones del orden público ya formulado, sino el interés y la voluntad del legislador; llegando incluso a socavar la coordinación económica y el equilibrio social, por la vía de socavar el presupuesto nacional, y en últimas por alejar la posibilidad de continuar siendo viable el esquema de pensiones, en la medida que incluir tales factores hará aún más gravosa y onerosa la concesión de tal prestación social, a las generaciones venideras.

Alega igualmente violación al principio de legalidad, al de sostenibilidad presupuestal, solidaridad

Propone como excepciones, la inepta demanda por inadecuado agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Finalmente solicita que en caso de acceder a la pretensiones de la demanda, declara la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres (03) años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda, prescripción solicitada con respecto a la fecha del status de pensionado, tal como lo establece el artículo 102 del Decreto 1748 de 1969.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 285-303)

En la sentencia de primera instancia el A quo negó las pretensiones de la demanda al considerar que el acto administrativo se comportó a las normas que correspondían, de manera que su pensión se reconoció en un porcentaje del 75% de la asignación mensual más elevada, así como la inclusión de las partidas computables devengadas por esta en cuanto a la petición de reconocimiento del 100% de la bonificación por servicios prestados consideró que tal petición resulta improcedente.

De cara a tales circunstancias y encontrando que no ha existido violación a norma constitucional o legal alguna, niega las pretensiones de la demanda.

D. LA APELACION (Folio 304-306)

El apoderado de la parte demandante solicita sea revocada la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, y que en su lugar se acceda a las pretensiones, en el sentido de reliquidar la pensión de su mandante, teniendo en cuenta para su cálculo además de la asignación Básica mensual, las doceavas partes de las primas de servicio, vacaciones y navidad y el 100% de la Bonificación por servicios, y cualquier otro emolumento que la actora demuestre haber recibido en el último año de servicio como contraprestación de su relación laboral.

Fundamenta su recurso aduciendo que no comparte la decisión adoptada por el A quo, en cuanto no ordenó incluir la bonificación por servicios prestados en cuantía del 100%. Aduce que no es de recibo lo dispuesto por el Juzgador de instancia, en razón a que conforme a la normatividad aplicable a los ex funcionarios de la Rama Judicial amparados en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 199, dicha prestación debe ser incluida como factor de liquidación de la pensión en su totalidad y no en su doceava parte como lo consideró la sentencia del A quo.

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante: reiteró los argumentos expuesto en el escrito de apelación.

La parte demandada: el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, solicita que la sentencia apelada sea confirmada, por cuanto considera que se logro demostrar que Cajanal efectuó el reconocimiento del actor como las normas demanda, y que la solicitud del 100% de la bonificación por servicios se debe efectuar en una doceava parte como se hizo y no sobre el 100% como lo solicita la demandante. (FI 331-332)

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en esta instancia

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto de fecha 30 de septiembre de 2013, se admitió el recurso de apelación. (FL328)
- Por auto posterior de fecha 31 de octubre de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. (FL 330). El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.(FL 319)
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso.

La señora JULIA CECILIA ORLANDO ROJAS le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución N° 001326 del 29 de enero de 2004, condicionada al retiro definitivo del servicio, con posterioridad mediante derecho de petición dicha pensión fue reliquidada entre otras por órdenes judiciales siendo la última reliquidación efectuada mediante Resolución N° 60679 de fecha 27 de diciembre de 2007, efectuándola sobre el 75% del salario más elevado devengado por la actora, incluyéndose los factores salariales devengados por esta durante el periodo comprendido entre enero de 2005 a 31 de diciembre de 2005.

Posteriormente mediante nuevo derecho de petición de fecha 15 de julio de 2008.(FL 191-192 cuaderno de pruebas) la actora solicita que se reliquide su pensión, pero esta

vez para que la bonificación por servicios sea reconocida en el 100% y no en una doceava parte. La demandada mediante Resolución N° 02415 de fecha 26 de enero de 2009 niega dicha resolución por encontrarla improcedente.

Por su parte la entidad demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas en forma desfavorable, puesto que se presentan confusiones frente a las nociones de salario y de prestación social, además alega que las normas que le fueron aplicadas en el acto de Reliquidación son las pertinentes y que acceder a las pretensiones de la demanda equivale la violación de los principios de legalidad, sostenibilidad presupuestal y el de solidaridad, propone como excepciones la de inepta demanda e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar, como primera medida que la pensión fue reconocida como la normatividad tal respecto acogía a la actora esto es tomando como asignación el 75% de la asignación mensual más elevada, y con respecto al reconocimiento de la bonificación por servicios en un 100% considera que tal solicitud es improcedente y que tal posición ha sido adoptada por el Consejo de Estado.

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia pues considera que la misma debe ser revocada, y se debe efectuar el reconocimiento de la bonificación por servicios en el equivalente de 100% y no una doceava parte como lo alega el Juez de instancia, para tal efecto arrima providencias de otros Tribunales en donde se accede a tal pretensión.

3. Acto administrativo demandado.

3.1 Nulidad de la Resolución N° 02415 del 26 de enero de 2009, mediante el cual se niega una reliquidación de pensión de vejez por nuevos factores de salario. (FL 197-200 cuaderno de pruebas)

4. Problema jurídico a resolver.

Planteado lo anterior considera la Sala que el problema jurídico a resolver en esta instancia se concreta en determinar la procedencia del reconocimiento del 100% de la bonificación por servicio solicitada por la actora y en ese sentido verificar en consecuencia la procedencia de la respectiva reliquidación.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, y en atención a los argumentos del apelante, la Sala en primer lugar establecerá cuál el marco normativo que regula la pensión de jubilación para este caso concreto y las normas pertinentes sobre el reconocimiento de la bonificación por servicio. Para así determinar las normas aplicables en la solución del caso concreto.

A- Marco normativo

Para resolver el asunto objeto de debate es necesario tener en cuenta las normas reguladoras de la pensión de jubilación de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, a fin de determinar con claridad cuáles son los factores a tener en cuenta para liquidarla.

Como se señala en el artículo 151 de la Vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993:

"El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1° de Abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARAGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental."

Y a su vez el artículo 11 de la ley 100 de 1993, señala:

“El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías...”

De lo anterior se colige que, estando la demandante dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe aplicársele las disposiciones pensionales anteriores especiales, conforme al artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que excluye de su aplicación a quienes estén amparados por régimen legal especial de pensiones y, por lo tanto, las normas aplicables al caso son el Decreto 546 de 1971 y 717 de 1978.

Como bien se puede analizar en los actos acusados a la accionante la cobija el régimen de transición establecido en el artículo 36¹ de la ley 100 de 1993, toda vez que al 1° de abril de 1994 fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad, de acuerdo a lo establecido en las Resoluciones N°48297 del 05 de octubre de 2007 y la Resolución N° PAP 008410 (FL 2-16).

¹ ARTICULO 36 Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad deciden cambiarse al de prima media con prestación del In.d.e.

Quiénes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero(1°) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con antelación a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

Se tiene entonces que, estando la demandante dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debían aplicársele las disposiciones pensionales anteriores especiales, y, por lo tanto, se considera que las normas aplicables al caso en materia pensional, lo era la ley 33 de 1985, como régimen de transición, pues en su caso si se cumplía lo previsto por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.-

Y la ley 33 de 1985, consagraba en el artículo primero, como requisitos para acceder a una pensión de jubilación y monto de la misma, lo siguiente:

“Artículo 1º. Ley 33 de 1985.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Por su parte el Decreto 546 de 1971, también le es aplicable al demandante, dicho decreto en su artículo 6º establece lo siguiente:

“Artículo 6: Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años A edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.”

Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el *sub júdice*, para establecer el monto del derecho pensional de la actora, es la contenida en la parte final del precitado artículo 6º del Decreto 546 de 1971, según la cual, la pensión vitalicia de jubilación, debe ser *“equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios (...).”*

Se observa, entonces, que la anterior disposición sujetó la base de liquidación pensional a lo “devengado” por el funcionario, por lo cual, para efectos de determinar el monto de la pensión a que tiene derecho la accionante, es preciso recurrir al artículo 12 del Decreto 717 de 1978, que reguló, entre otros aspectos, la escala de remuneración correspondiente a los cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público y fijó los factores que constituyen salario en los siguientes términos:

“Artículo 12. De otros factores de salario. Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación.*
- b) La prima de antigüedad.*
- c) El auxilio de transporte.*
- d) La prima de capacitación.*
- e) La prima ascensional.*
- f) La prima semestral.*
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio.”.*

En este orden de ideas, la asignación mensual más elevada para determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen especial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

5. Hechos probados.

5.1 Le fue reconocida a la actora pensión de vejez mediante Resolución N° 0001326 del 29 de enero de 2004 efectiva a partir del 29 de enero de 2003.

5.2 La actora eleva derecho de petición el 15 de julio de 2008, solicitando se le reliquide su pensión de vejez, esto para que se le reconozca la bonificación por servicio en un monto del 100%.(FI 191-192)

5.3 La entidad demandada CAJANAL E.I.C.E., mediante Resolución N° 02415 del 26 de enero de 2009, niega la solicitud de reliquidación impetrada por la actora al considerarla improcedente. (FL 197-200)

6. Caso concreto.

De acuerdo con la normatividad aplicable al caso, no hay duda en cuanto a que la señora JULIA CECILIA ORLANDO ROJAS, y tal como resolvió acertadamente la demandada la actora se le debía liquidar su pensión sobre el 75% de la asignación mensual más elevada y la respectiva inclusión de los factores devengados por esta en dicho periodo. Acertó en consecuencia el Juez en la negación de tal pretensión pues como se observa en los actos de reliquidación obrante en el expediente administrativo tal circunstancia ya había sido efectuada por la demandada.

No entrará la Sala a profundizar sobre dicho punto como quiera que la apelación se circunscribió sobre el reconocimiento de la bonificación por servicios en un 100% y no en una doceava parte como la actora se le ha venido reconociendo.

Para resolver este punto, esta Sala estima pertinente hacer alusión a lo ya establecido por el Honorable Consejo de Estado máximo órgano jurisdiccional en materia Contenciosa Administrativa, el cual más exactamente en su - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B" Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO - Bogotá D. C., ocho (08) de junio de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09331-01(2294-05) - Actor : ALBA LUCY ALBARRACIN DE VALENZUELA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, estableció el siguiente precedente jurisprudencial:

"La Bonificación por servicios. (Anual) Aparece certificada por \$447.595. Por Decreto No. 247 de feb. 04 de 1997, por el cual se crea la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones ejecutivas de la Administración judicial, Consejos seccionales de la Judicatura y empleados de las altas corporaciones) y de la Justicia Penal Militar, dispone la creación de dicha bonificación en los mismos términos de los artículos 45 y siguientes del Decreto ley No. 1042 de 1978 y demás normas que lo modifican y adicionen, exigible a partir

*de enero 1º de 1997. Dispuso que constituiría factor salarial para efectos de determinar las primas de servicio, navidad, vacaciones y las vacaciones, cesantía y pensiones (Art. 1º). Señaló que no percibirán "esta" bonificación los funcionarios y empleados vinculados a las Direcciones Ejecutivas de la administración Judicial, que la continuarán devengando de conformidad con las normas legales vigentes. El Decreto 247 de 1997, (en el art. 1º), para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y Justicia Penal Militar, señala que esta bonificación es exigible a partir del 1º de enero de 1997, norma que prima para la institución por ser especial para ella; así, para diciembre 31 de ese año y los siguientes, será exigible para quienes venían laborando antes de esa fecha y cumplieron su requisito de servicio. Se agrega que para el personal vinculado con posterioridad a enero 1º de un determinado año, después de enero 1º de 1997, la fecha de adquisición del derecho anual dependerá de la fecha de su posesión y el servicio prestado. **Esta prima es computable para efectos pensionales y por consiguiente, se debe cotizar por ella; ahora, como es una prima anual, se debe tener en cuenta su doceava parte para la liquidación pensional.** En este caso, respecto de la BONIFICACION – anual- señalada se tiene que se encuentra certificada como devengada en el lapso correspondiente de 1997. No se tuvo en cuenta en la pensión reconocida; en la petición trascendente se reclamó y fue negada por la administración; en la demanda se pidió su inclusión y en la sentencia se ordenó su cómputo, que es proporcional por su disfrute anual. Como es compatible*

*para efectos pensionales, se confirmará la sentencia que ordenó su cómputo.”
(subrayado y negrilla fuera del texto)*

Como bien puede extraerse del aparte de la sentencia arriba reseñada, el factor salarial denominado “**Bonificación por Servicios**”, si bien debe ser tenido en cuenta como factor de salario para determinar el monto total de la pensión, dicha bonificación debe ser considerada solo en una doceava parte, puesto que es recibida una vez al año y por ello se le da el mismo trato que a los factores de prima de servicios, de vacaciones y de navidad.

Si bien algún tiempo se consideró el reconocimiento del 100% de la bonificación por servicios prestados, tal criterio fue revaluado por el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, siendo actualmente considerado dicho concepto como las demás prestaciones anuales, posición jurídica que es acogida en su integridad por esta Corporación, y que constituye el norte como criterio auxiliar de interpretación en los asuntos en que la ley no ha sido clara, o no establece la forma de liquidarlo.

Con fundamento en lo anterior y por ser del entendido de esta Sala que el reconocimiento de la bonificación por Servicio debe hacerse de una doceava parte y no del 100% como pretende la accionante, y como le fue reconocido por el juez de primera instancia, pues no es posible acceder al reconocimiento del cómputo del 100% del monto de la bonificación por servicios prestado, pues esta si bien debe ser tenida en cuenta como factor de salario al momento de reliquidar la pensión de la demandante, deberá ser tenida en cuenta pero solo en una doceava parte y no en su totalidad.

Con fundamento en lo anterior esta Sala encuentra acertada la decisión del A quo de negar el reconocimiento de la bonificación por servicio del 100% y por tanto esta deberá ser computada pero solo en una doceava parte.

En consecuencia y sin más razones esta Sala confirmara la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena por encontrarla acertada y ajustada a los lineamientos jurídicos.

VI. DECISION

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

FALLA

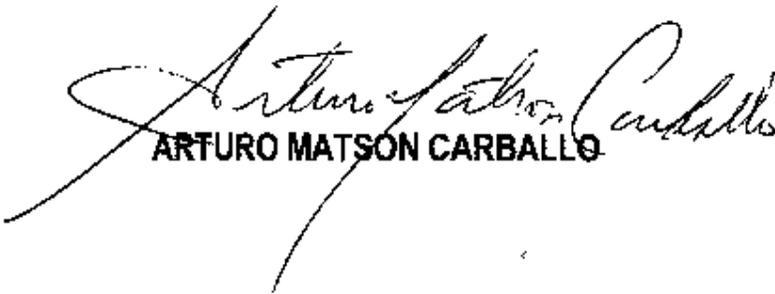
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

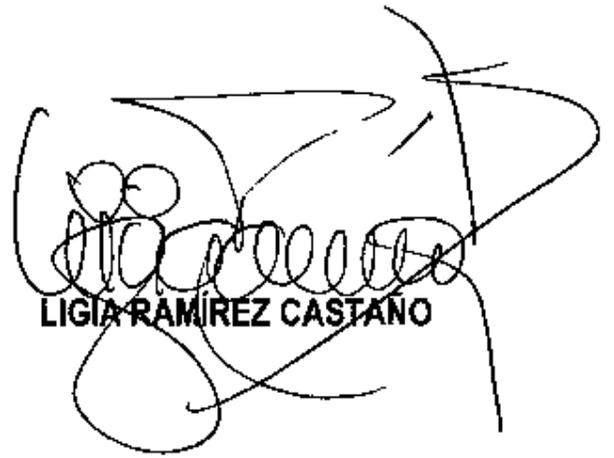
SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

ASISTENTE CON SERENIDAD

JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

SECRETARIA GENERAL

EDICTO N° 0072

(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: MANUEL VICENTE OCHOA ARAGON Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO ANCIONAL-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2001-00513-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



f. 577 a 588.
(1.º)

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

-SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 318 / 2013

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

TEMA: Muerte en Atentado Terrorista.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 23 31 001 2001 00513 00

II. PARTES

Demandante: MANUEL VICENTE OCHOA ARAGON Y OTROS.

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL – POLICIA NACIONAL.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir en primera instancia la demanda de reparación directa contra la Nación – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL – POLICIA NACIONAL.

IV. ANTECEDENTES

1- HECHOS

PRIMERO: Del matrimonio celebrado entre los señores MANUEL VICENTE OCHOA ARAGÓN y ROSALBA ISABEL VELASQUEZ ALVIS fue procreada la menor INGRID

JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, quien para la fecha de los luctuosos hechos, 6:45 P.M. aproximadamente del 17 de agosto del año 2000, contaba con 13 años y 11 meses de edad y estudiaba en el Colegio Nuestra Señora del Carmen, ubicado en la calle 23 del municipio de El Carmen de Bolívar en el departamento de Bolívar, en ese momento contaba con su hermana legítima menor IRIS MARÍA OCHOA VELASQUEZ, además de sus abuelos paternos MANUEL VICENTE OCHOA VELASQUEZ, TILSA MARÍA ARAGÓN DE OCHOA, y como abuelos maternos, FÉLIX ENRIQUE VELASQUEZ HERNÁNDEZ Y ELIONORA ALVIS SUAREZ.

SEGUNDO: Después de realizar una tarea del colegio en las horas de la tarde, como de costumbre en una pequeña motocicleta, propiedad de una de ellas se trasladaban hacia su residencia INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, MARÍA ANGÉLICA RONCALLO BAYUELO, MARÍA CLAUDIA HERNÁNDEZ MIRANDA.

TERCERO: Cuando el velocípedo perteneciente a MARÍA ANGÉLICA por pleno casco urbano del municipio como cualquier ciudadano de bien a la altura de la calle 25 con carrera 51 en la Ferretería "Santander", propiedad del señor ROQUE NUÑEZ SARMIENTO, en dicha nomenclatura citada, intempestivamente se encontraran con la detonación del artefacto explosivo que en su onda, impactó a las mencionadas jóvenes causándole graves -lesiones que finalmente fueron la causa natural y directa de la muerte violenta de las tres. Además, también resultó lesionado aunque en forma menos grave el señor JOSÉ MARÍA ARROYO ARAGÓN.

CUARTO: Es necesario colocar el ejemplo de la ciudad de Barrancabermeja, donde se ha creado un grupo urbano especializado de la Fuerza Pública para proteger a la ciudadanía en sus vidas y demás derechos. Pregunto: ¿Los ciudadanos del municipio de El Carmen de Bolívar están obligados a sufrir atentados contra sus vidas y las de la ciudad de Barrancabermeja no? Todos somos iguales y gozamos de igual derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por mandato constitucional (Art. 13 de la Constitución Nacional). Es cierto que todos los residentes en Colombia

somos súbditos del ordenamiento jurídico y político de la Nación, pero ésta también está obligada a preservar el orden público para así lograr la convivencia pacífica que es el fin primordial, filosofía propia de todo modelo justo del orden social del Estado.

QUINTO: El Carmen de Bolívar, otrora floreciente y rica población del Departamento de Bolívar viene padeciendo constantes "tomas" por parte de los grupos subversivos de distinto orden como zona ubicada en los conocidos "Montes de María", sus habitantes secuestrados; víctimas de la extorsión y del desplazamiento hacia otros lugares.

2- PRETENSIONES

PRIMERO: Que, la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL) Y/O NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL) son responsables administrativamente y extracontractualmente de la totalidad de los DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES E INMATERIALES EN SU INTEGRIDAD (Artículo 16 de la Ley No. 446 de 1998) ocasionados a los demandantes MANUEL VICENTE OCHOA ARAGÓN, ROSALBA ISABEL VELASQUEZ ALVIS, la menor IRIS MARÍA OCHOA VELASQUEZ, MANUEL VICENTE OCHOA VELASQUEZ, TILSA MARÍA ARAGÓN DE OCHOA, FÉLIX ENRIQUE VELASQUEZ HERNÁNDEZ, ELIONORA ALVIS SUAREZ, por motivos de la violenta muerte de la menor INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, hija común de los primeros, hermana legítima de la menor y nieta legítima de los terceros y cuartos, quien perdiera la vida a raíz de los hechos terroristas que tuvieron ocurrencia el día 17 de agosto del año 2000 en el Municipio de El Carmen de Bolívar - Bolívar, en las horas de la noche, produciéndose su deceso a las 11:00 a.m. del día 18 de Agosto de 2000 en el Distrito de Cartagena de Indias (Bolívar), a donde había sido trasladada en busca de atención médico - hospitalaria.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL) Y/O NACIÓN

COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL) deberán cancelar, a los demandantes MANUEL VICENTE OCHOA ARAGÓN, ROSALBA ISABEL VELASQUEZ ALVIS, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES la suma de CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO DOSCIENTOS UN PESOS (\$14.455.201)

TERCERO: Que, como consecuencia de la declaración anterior la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL) Y/O NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL), deberán cancelar a cada uno de los demandantes, una suma que sea equivalente en moneda colombiana a DOS MIL (2.000) GRAMOS DE ORO PURO, por concepto de PERJUICIOS MORALES, y ello a raíz del dolor, de la aflicción, de la congoja y repercusiones que ha dejado en cada uno de los demandantes la muerte de su hija, hermana y nieta INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL) Y/O NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL) a pagar a favor de los demandantes por los perjuicios materiales sufridos con motivo de la violenta muerte de su hija, hermana y nieta INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

1. La vida probable del demandante y la edad de 14 años de la víctima, según las tabla de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Bancaria, DANE.
2. Actualizada dicha cantidad, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existentes entre el 17 de Agosto del año 2000 y el que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia o el auto que liquide los perjuicios materiales.
3. Las fórmulas de matemáticas financieras aceptadas por el Honorable Consejo de

Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.

QUINTO: Que se condene igualmente a la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL) Y/O NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA -POLICÍA NACIONAL) al pago de las costas del proceso según lo establecido en la ley 446 de 1998, teniendo en cuenta los criterios de aplicación del artículo 199 del decreto 2282 de 1989, esto es, las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia para este tipo, de proceso a cuota Litis en lo atinente a las agencias en derecho, dentro de los lineamientos expuesta en la sentencia C-539 de Julio 28 de 1999 proferida por la Honorable Corte Constitucional.

SEXTO: Que además la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL) Y/O NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL) darán cumplimiento a la sentencia que en su contra llegue a dictarse en los términos de los artículos 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta la inexecutable parcial del Artículo 177, declarada mediante sentencia C-188 de 1999.

SEPTIMO: Que sean cancelados los intereses moratorios que sobre las sumas que deben cubrirse a los citados desde la fecha de ejecutoria de la defensa hasta cuando efectivamente sea realizado el pago, conforme lo señale el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

B.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

B.1 Policía Nacional (Folio 71 a 78)

Esta entidad se opone a las pretensiones de la demanda sostiene de manera enfática y categórica que en los hechos materia del presente proceso no existió falla del servicio, imputable a la administración de la que se puede deducir responsabilidad alguna de mi prohijada, ni por acción ni por omisión.

El caso tratado es un hecho totalmente lamentable pero no imputable a ninguna de las entidades demandadas, ya que por tratarse de un acto terrorista, que lleva en sí mismo implícito el factor sorpresa, que no le permite a nadie conocer, ni donde, ni cuándo ni en qué lugar va a ocurrir, precisamente para que no pueda ser evitado.

Estas circunstancias son las que hacen de este acto terrorista un CASO FORTUITO O DE FUERZA MAYOR, porque es imprevisible, inevitable e irresistible, por lo cual se constituyen como causales de exoneración de responsabilidad de la administración.

Ni aún los países más desarrollados del mundo, con los mejores Ejércitos y fuerzas de Policía, con los mejores sistemas de inteligencia y contrainteligencia, por mencionar solo algunos, Americanos, Israelitas, Alemanes e Ingleses, están en capacidad de prevenir, evitar o resistir esta clase de actos terroristas. Jurisprudencialmente el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos del País, igualmente han señalado, que aun cuando existe el deber constitucional para las fuerzas Militares y de Policía de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, ello no significa que el Estado deba responder por todos los daños y muertes que sufran los coasociados, pues ello solo sería posible como un Estado ideal utópico, Colombia como país en desarrollo y en medio de sus conflictos de orden público interno apenas cuenta con un Ejército y cuerpo de Policía suficientes para cubrir parte de su territorio y para evitar, que la subversión por la vía de hechos accedan al poder, pero no para garantizarle a todos y a cada uno de los ciudadanos el 100% de su seguridad y de sus bienes; porque ello sería tanto como tener que colocarle a cada ciudadano un soldado o un policía para que lo custodie, lo que resulta a todas luces IMPOSIBLE.

B.2 Ejército Nacional. (Folio 82 a 85)

El apoderado de dicho ente demandado presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando puntualmente que el acto terrorista lleva en sí mismo implícito, el factor sorpresa que no le permite conocer a

nadie, ni donde, ni cuando, ni en qué lugar va a ocurrir el hecho dañino, precisamente para que no pueda ser evitado.

Estas circunstancias son las que hacen que el atentado terrorista revista las características de CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, porque es imprevisible, inevitable e irresistible. Ni aun los países más desarrollados del mundo, con la mayor tecnología pueden evitar o resistir esta clase de actos (Torres Gemelas de Nueva York del 11 de septiembre de 2001).

La jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales aún existe el deber constitucional de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, señalando que el Estado no puede responder por todos los daños y muertes que sufran los coasociados, pues ello solo sería posible en un Estado ideal utópico y Colombia que es un país en desarrollo con las limitaciones de todo orden que tiene la fuerza pública, no puede garantizarle a cada ciudadano al 100% su seguridad personal y la de sus bienes, porque ello sería como ponerle un policía o un soldado a cada ciudadano.

C. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. (Folio 361-375)

El señor agente del Ministerio Público, rindió concepto dentro del asunto de referencia, solicitando se concedan las pretensiones de la demanda, pues a su juicio no se puede limitar la responsabilidad del Estado, cuando alega fuerza mayor o caso fortuito, y que si debe responder, por haberse ocasionado el daño, el cual fue demostrado en el proceso, a los demandantes por actos terroristas.

V. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue presentada el día 30 de marzo de 2001 y admitida por ésta Corporación el día 7 de mayo de 2001.

- Fue fijado en lista el día 1 de marzo de 2002.
- Mediante auto de fecha 19 de julio de 2005 se procedió a abrir a pruebas el proceso de la referencia.
- En auto de fecha 29 de julio de 2013, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público a fin que rindiera su concepto.
- Finalmente pasa al despacho para fallo.

VI.- CONSIDERACIONES.

Surtidas a cabalidad las demás etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a dictar sentencia de primera instancia, no sin antes resolver las siguientes cuestiones previas:

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer en primera instancia de las acciones de reparaciones directas cuya cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; en el caso que se plantea, observa la Sala que el valor de las pretensiones dentro del presente asunto son doscientos setenta y tres millones novecientos setenta y nueve mil ochocientos sesenta pesos (\$273.979.860.00) por perjuicios morales para cada uno de los demandante, suma que para el año 2001 superaba los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Caducidad

Los hechos objeto de la presente demanda (explosión por bomba terrorista) ocurrieron el 17 de agosto del año 2000; la demanda fue presentada el 30 de marzo de 2001 (Folio 62), es decir, dentro del término de dos años dispuesto en el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

3. Objeto de la demanda

Pretenden los demandantes que se declare que las entidades públicas demandadas, son administrativamente responsables, por los perjuicios que se le causaron con ocasión de la muerte de la menor INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, muerte que se produjo por la ocurrencia de una explosión en el casco urbano del municipio del Carmen de Bolívar – Bolívar, la cual fue producida por un artefacto explosivo que fue ubicado y detonado por un grupo terrorista en un establecimiento de comercio, encontrándose la menor cerca al lugar de la explosión, pues pasaba justo por el frente del local comercial, hecho que le generó la muerte.

Indica el demandante que es deber del Estado velar por la seguridad de todos los ciudadanos, y la fuerza pública debe velar por mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de las personas, teniendo la obligación de prestar un servicio público de protección, debiendo indemnizar a los asociados cuando falle su obligación de protección.

Por su parte las entidades demandadas convergen en manifestar que los actos que produjeron la muerte de la menor INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, son actos de terrorismo, cuya característica principal es el factor sorpresa, pues no existía conocimiento previo por parte de las autoridades de la explosión que iba a ocurrir por la detonación de una bomba por parte de un grupo terrorista, por consiguiente debe entenderse que este fue un hecho con características de CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, porque fue imprevisible, inevitable e irresistible.

Agregan las demandadas que el caso tratado es un hecho totalmente lamentable pero no imputable a alguna de las entidades demandadas, ya que por tratarse de un acto terrorista, que lleva en sí mismo implícito el factor sorpresa, que no le permite a nadie conocer, ni donde, ni cuándo ni en qué lugar va a ocurrir, precisamente para que no pueda ser evitado.

4. Problema Jurídico a resolver

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el presente caso, se contrae en establecer si la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL - POLICÍA NACIONAL, son administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la muerte de la menor INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, ocurrida por la detonación de una bomba en el casco urbano del Municipio del Carmen de Bolívar – Bolívar, por parte de un grupo terrorista.

5. Marco Jurisprudencial.

Antes de resolver el problema jurídico planteado, considera la Sala conveniente hacer algunos planteamientos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos casos en que se predica la responsabilidad del Estado por ataques terroristas.

En sentencia 18 de julio de 2012 el H. Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo la Sección Tercera Subsección "C", bajo la ponencia de la Consejera Olga Meida Valle de La Hoz y número interno -23594-, en donde se precisó:

"A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, "sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a

efectos de configurar la responsabilidad¹. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que "la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable"².

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que "consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar"³. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la "atribución de la respectiva lesión"⁴; en consecuencia, "la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política"⁵.

Al respecto, en recientes pronunciamientos, esta Sección ha reiterado que:

"la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2007, Exp. 15932

² Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042

⁴ Ibidem, Sentencia 15932 del 30 de agosto de 2007

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de julio 12 de 1993; Exp. 7622

resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas⁶ (subrayado fuera de texto).

En este sentido, se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por actos terroristas en los que la imputación de la responsabilidad al Estado “parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, tratándose de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo”⁷.

En efecto, los daños ocasionados por hechos exclusivos y determinantes de un tercero no le son imputables al Estado salvo cuando ha sido éste el que ha creado el riesgo, como ocurre cuando se afecta “a los vecinos de las bases militares o policiales, cuando estas son atacadas por grupos al margen de la ley, porque si bien dichas bases tienen como finalidad la de defender a sus pobladores, representan un riesgo grave y excepcional para quienes habitan en sus inmediaciones”⁸.

En este orden de ideas, “la teoría del daño especial reúne una buena muestra

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010, Rad 1998-0569.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 27 de noviembre de 2002, Exp. 13774

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010, Rad 1997-08870

de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto. (...) Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo⁹.

De la citada jurisprudencia, se colige que sólo a partir del estudio de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos, es posible establecer el título de imputación que será atribuido a la administración frente a su eventual responsabilidad.

Para establecer la falta o falla del servicio debemos precisar cuál es el alcance del deber de vigilancia y protección radicado en la administración, y consecutivamente lograr determinar si el daño causado resulta o no imputable a la acción u omisión de sus agentes.

Por su parte, la imputación jurídica de riesgo excepcional se presenta para un grupo especial de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general, caso en el cual no se exige la prueba de una acción u omisión reprochable de la administración; basta la producción de un daño que, si bien fue causado por un tercero, constituyó la realización de un riesgo excepcional, que había sido conscientemente creado por el Estado, en cumplimiento

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010; Exp 15591

de sus funciones, siendo la excepcionalidad del riesgo lo que posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁰.

Y finalmente, la imputación corresponderá al daño especial cuando la producción de un hecho dañoso, generado legítimamente por la administración, comporta una ruptura en el equilibrio de las cargas públicas.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es posible determinar que el régimen aplicable en este caso sub examine, no es el del riesgo excepcional, puesto que el atentado con la bomba que estalló, no estuvo dirigido contra un organismo del Estado o contra un funcionario del mismo o contra un centro de comunicaciones al servicio del Estado.

Ha determinado el H. Consejo de Estado, que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, como consecuencia de un ataque terrorista cometido por terceros, por incumplimiento de un deber legal de protección, en las siguientes situaciones:

- Cuando el ataque terrorista está dirigido contra un destacamento militar del gobierno.
- Cuando va dirigido a un centro de comunicaciones al servicio del mismo.
- Cuando tiene por objetivo un personaje representativo de la cúpula administrativa.

Se tiene entonces que, no siempre que se produzcan daños a particulares como resultado de un atentado terrorista, es procedente endilgar la responsabilidad al Estado, solamente procederá dicha imputación cuando de las pruebas recaudadas en el proceso se desprenda una actuación, ya sea activa u omisiva de la administración, que hubiere sido determinante para la producción de los perjuicios cuya indemnización se persigue en cada caso, es decir, resulta necesario que aparezca acreditada la falla del servicio.

Por lo cual considera la Sala que el régimen aplicable en este asunto es el de la falla o

¹⁰ HERNÁNDEZ E., Alier Eduardo y FRANCO B., Catalina Responsabilidad de Estado Bogotá 2007.

falta en la prestación de servicio, según el cual para imputar la responsabilidad al Estado por ataques terroristas, es imperativo que resulten claramente demostrados en el proceso, el daño, el hecho dañoso (o la omisión), y el nexo causal entre ambos, y que la conducta omisiva le sea imputable a la autoridad pública.

En pronunciamientos recientes¹¹ el H. Consejo de Estado ha establecido que tratándose de daños causados por actos terroristas, el Estado debe responder únicamente en los siguientes casos:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que no sólo se debe tener en consideración el contenido obligatorio abstracto de las normas que fijan la competencia, sino el grado de cumplimiento por la entidad demandada en el caso concreto y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño. De este modo, se ha concluido que la administración debe responder cuando a) desatiende los llamados de la comunidad, b) le era posible prever la amenaza inminente por problemas de seguridad permanente, c) se solicita protección y ésta o no se suministra o se hace de manera no diligente, d) es evidente que la persona afectada necesitaba protección en razón a la configuración de serios indicios, así ésta no la hubiere solicitado, o e) conocía, de manera no sólo formal, de la situación de peligro en que se encontraba el afectado. En consecuencia, es necesario que de algún modo la administración resulte enterada de la amenaza a la afectación de cualquier bien jurídico, por cuanto “la obligación protectora del Estado no va hasta asignar oficiosamente un escolta a cada ciudadano o cada bien”, por cuanto ello sería una obligación imposible de cumplir”(Resaltado de la Sala).

Establecido el régimen aplicable al caso, debe la Sala determinar si se encuentran debidamente acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado, tales como, el daño, el hecho o conducta omisiva

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C P Danilo Rojas Betancourt, sentencia de 28 de septiembre de 2011, radicación número 15001-23- 31-000-1993-03144-01(20571). Actor: Saira Indra Páez Cañón y otros, demandado La Nación-Ministerio de Defensa, Ministerio de Justicia y Derecho-Policía Nacional

imputable a la administración, y la relación de causalidad entre los dos anteriores elementos.

4. PRUEBAS ALLEGADAS AL PLENARIO.

- 4.1.** Informe de diligencia de caso de terrorismo del 24 de agosto de 2000, expedido por la Unidad Investigativa de la Policía Judicial, en el cual se deja sentado la ocurrencia de los hechos ocurridos el 17 de agosto de 2000, en el Municipio del Carmen de Bolívar, en donde las milicias urbanas de las FARC, accionaron artefacto explosivo en el establecimiento comercial con razón social FERRETERIA SANTANDER, en el que resultaron heridas varias personas, y se encuentra registrado el fallecimiento de la niña INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ. (Folio 109-111).
- 4.2.** Informe de novedad de acción terrorista de la Policía Judicial del 18 de agosto de 2000, en el que se deja constancia de la ocurrencia de los hechos y de las personas fallecidas, así como de las incautaciones realizadas. (Folio 115-116).
- 4.3.** Acta de diligencia de inspección judicial del 17 de agosto de 2000, realizada por el CTI de la Fiscalía, en donde se deja la constancia de la ocurrencia de los hechos materia de la demanda. (Folios 124-125)
- 4.4.** Informe de Novedad No.0417 del 18 de agosto de 2000, expedido por el Comandante del Tercer Distrito del Carmen de Bolívar, en donde se deja constancia de la ocurrencia de los hechos reseñados en la demanda. (Folio 169-170).
- 4.5.** Informe del 3 de julio del año 2008, en el que el comandante de la estación de la Policía del Carmen de Bolívar, explica las actuaciones adelantadas por la Policía Nacional, con relación a los hechos materia de esta demanda. (Folio 181-182).

5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.

5.1. EL DAÑO.

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.¹²

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la muerte de la menor INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, considera la Sala que dicho daño se encuentra demostrado en el expediente.

En efecto, a folio 9 del expediente obra copia del certificado de defunción No. A620752 que da cuenta del fallecimiento de INGRID JOHANA OCHOA VELASQUEZ, ocurrido el día 18 de agosto de 2000 a las 11.00 a.m., al igual que el formato de acta de levantamiento de cadáver del Instituto de medicina legal y ciencias forenses, que obra a folio 24 del informativo, y que refiere las circunstancias en que se produjo el deceso de la joven INGRID JOHANA OCHOA VELASQUEZ.

Si bien es cierto que los anteriores documentos fueron aportados en copias simples, la Sala quiere dejar sentado que se les reconoce valor probatorio con base en la jurisprudencia actual y reiterada del Consejo de Estado¹³ que ha expresado lo siguiente:

¹² Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M P: Alir E. Hernández Enríquez.

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022) Actor: RUBEN DARIO SILVA ALZATE Demandado: NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS

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

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

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

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

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se

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

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

Por consiguiente, se le reconocerá valor probatorio a todos los documentos que con la demanda fueron aportados por la parte actora en copia informal o simple, toda vez que la parte demandada pudiendo controvertir y tachar de falsa dichas prueba documentales, por el contrario prefirió no hacerlo, por lo cual debemos partir del principio de la buena fe de la parte actora, en cuanto a que todos esos documentos son verdaderos.

5.2. LA FALLA DEL SERVICIO.

El artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado es responsable de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando dichos daños le sean imputables. Conforme a esta norma, para endilgar la responsabilidad patrimonial, debe demostrarse que el daño fue obra del Estado, por haber sido éste su autor, bien por haberlo causado directamente, o por haberlo propiciado. Por lo tanto, los daños sufridos por las víctimas de actos terroristas cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho

intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio

Así las cosas, se tiene que de conformidad con los documentos obrantes en el plenario, mediante los cuales se acreditó la ocurrencia de los hechos el día 17 de agosto de 2000, la existencia del daño y las circunstancias que manifestaron los actores frente al acontecimiento; se desprende que el acto que ocasionó la muerte de la menor INGRID JOHANNA OCHOA VELASQUEZ, sí tuvo como causa el ataque terrorista de las FARC, pero del mismo no se desprende *per se* la responsabilidad del Estado, toda vez que no se encuentra probado en el plenario que el atentado terrorista se hubiera producido por la acción u omisión de las entidades demandadas, ni que el atentado estuvo dirigido a un objetivo militar (v.gr. estación de policía), o representante de la autoridad, o estuviere ligada al ejercicio de actividades peligrosas.

En el caso concreto, no pudo verificarse el incumplimiento por parte de la administración de su deber de protección; no pudo evidenciarse que el establecimiento comercial en el cual se detonó la bomba hubiera puesto en conocimiento a las autoridades sobre situación de grave peligro; o que se haya solicitado protección, o que la administración debiera prestarse espontáneamente, dadas las circunstancias particulares del caso, pues son estas las situaciones que obligan a evaluar el alcance del deber de protección estatal.

El hecho que se detone un artefacto explosivo en un punto del Municipio, sin existir siquiera un indicio de la posible instalación de un artefacto explosivo colocado por extraños, debe entenderse como una acción deliberada de terceras personas que dirigieron un ataque contra comerciantes del Municipio; es decir, se trata del hecho exclusivo de un tercero, el cual exime de responsabilidad a las entidades demandadas. Nótese además que ninguna de las pruebas apunta a que dicho ataque hubiese ocurrido en circunstancias que permitan considerar que, a pesar de haber sido causado por personas ajenas a la administración, ésta deba asumir responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia del mismo.

Corolario de lo anterior, no se podrá imputar responsabilidad al Estado en razón a los daños generados por los hechos estudiados, puesto que los mismos no son jurídicamente imputables a la administración bajo el régimen de responsabilidad

extracontractual estatal de falla del servicio.

Se concluye entonces, que en el presente caso no aparecen estructurados los elementos que conforme a la ley y a la jurisprudencia son aplicables a procesos de esta naturaleza y tendrían la virtualidad suficiente para comprometer la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional – Policía Nacional.

Tenemos que toda decisión judicial debe basarse en las pruebas oportunas y regularmente allegadas al proceso, pues esa es la reglamentación que al efecto trae el artículo 174 del C.P.C., en lo que se conoce como el principio de necesidad de la prueba.

Igualmente estatuye el 177 ibidem, que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Al respecto de la prueba el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente (en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes) No queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probando a cargo de la prueba”.¹⁴

En el presente asunto no se evidencia a juicio de esta Sala que el daño ocasionado se hubiese generado por la omisión de los miembros de la fuerza pública, pues la

¹⁴C.E. Sección 3ª. Sentencia del 4 de mayo de 1992 referida en la sentencia del 30 de agosto de 2006. C.P.C. Dr. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, expediente 15433 (R-4531)

detonación del artefacto explosivo fue un ataque sorpresa, en donde tampoco se evidencia un sobre aviso a los miembros de la fuerza pública, generándose el daño desde todo punto de vista por el hecho de un tercero, en consecuencia, por todo lo discurrido, se negarán las pretensiones de la demanda, pues no se demostró que la actuación de la administración se enmarcara dentro de una falla o falta del servicio por omisión como lo sostuvo la parte actora en el texto de la demanda.

VII. DE LAS COSTAS

En relación con costas del proceso, no se hará condenación alguna, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se ha demostrado temeridad o mala fe en la actuación de la parte demandado.

VIII. DECISION

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia devolver el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

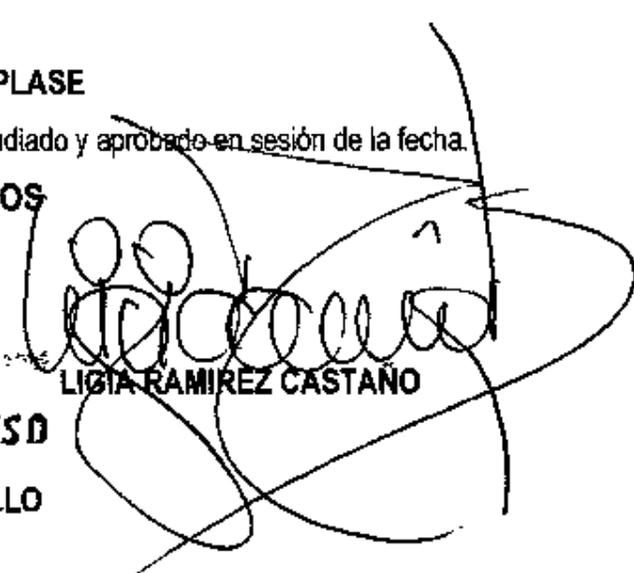
Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



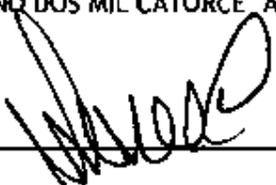
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
E D I C T O N° 0073
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: JESUS ORTIZ CANTILLO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE HACIENDA- MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL- INSTITUTO DE SGUROS SOCIALES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2010-00201-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO
(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



f: 269 a 280
G.E.T

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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003.

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

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

TEMA: Reconocimiento prestacional con aplicación de convención colectiva.

SENTENCIA No. 324 / 2013

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 003 2010 00201 01

II. PARTES

Demandante: JESUS ORTIZ CANTILLO.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL – INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró probada la excepción de inviabilidad de

reconocer efectos a la convención colectiva del Instituto de Seguros Sociales a empleados públicos de otras entidades y negó las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

PRIMERO. El señor Jesús María Ortiz Cantillo laboró como trabajador oficial entre el 15 de mayo de 1986 al 26 de Junio del 2003 con el Instituto de Seguros Sociales, fecha en la cual pasó sin solución de continuidad (Decreto 1750 del 2003) como empleado público con derecho a los beneficios convencionales a la ESE José Prudencio Padilla, tal como lo estableció la sentencia C-314/04, hasta el 30 de Abril del 2.006 fecha fue desvinculada de la empresa por supresión del cargo de Médico Grado 21.

SEGUNDO. Una vez el señor Jesús María Ortiz Cantillo empezó a prestar servicios a la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, esta desconoció los derechos convencionales a que tenía derecho el funcionario y solo reconoció los salarios y prestaciones legales, muy a pesar de que la sentencias C-314 del 2.004, C-349 del 2004y en especial la T-1166 del 2.008 establecen para ella derechos convencionales.

TERCERO. Entre la Organización Sindical Sintraseguridadsocial y el Instituto de los Seguros Sociales, se suscribió una Convención Colectiva vigente desde el 1º de Noviembre de 2001 y actualmente está vigente, según lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional sentencias C-314 del 2004, C-349 de 2004y T-1166 del 2008.

CUARTO. El señor Jesús María Ortiz Cantillo en su condición de trabajador sindicalizado del Instituto de Seguros Sociales para el momento de escisión conforme al Decreto 1750 del 2003 al ser vinculado sin solución de continuidad traía derechos prestacionales convencionales que le dejaron de cancelar durante los tres años que

prestó sus servicios a la ESE José Prudencio Padilla, pues solo le cancelaron las prestaciones legales a partir del 26 de julio de 2003, fecha de la escisión.

QUINTO. Es por eso que al señor Jesús María Ortiz Cantillo, se le adeudan desde el 26 de julio de 2003, las diferencias salariales, prestacionales, e indemnizatorias que resultan de deducir el pago de las prestaciones legales, pagadas por su empleador desde entre el 26 de julio de 2003 al 4 de septiembre del 2006, fecha en la cual fue desvinculada de la ESE por supresión del cargo, y las que resulten de la aplicación de la convención colectiva de trabajo durante ese mismo término.

SEXTO. El liquidador de la ESE José Prudencia Padilla a través de Resolución 00871 de abril 26 de 2007 reconoce el pago de unas prestaciones sociales y una indemnización por supresión de su cargo a partir del día 04 de septiembre de 2006, en donde no se tuvo en cuenta ninguno de los factores salariales convencionales al que el trabajador tiene derecho.

SEPTIMO. A través de la reclamación administrativa de fecha 26 de octubre de 2009, se agotó la vía gubernativa ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto de Seguro Social. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público jamás dio respuesta a la reclamación presentada por lo que sobre la misma se configuró el silencio administrativo negativo.

OCTAVO. A través de oficio 10100 RAD 383655, de 04 de Diciembre de 2009 el Ministerio de la Protección Social resuelve la solicitud de reconocimiento de derechos y prestaciones convencionales negándose al reconocimiento y pago de las mismas, pero sin hacer un pronunciamiento concreto y pormenorizado sobre lo realmente solicitado, sino más bien a través de un formato de consideraciones jurídicas sobre la viabilidad de aplicación de la Convención Colectiva del ISS a los empleados de las ESE'S.

NOVENO. El Instituto de Seguro Social con posterioridad a la radicación de

convocatoria a conciliación prejudicial radicado en la Procuraduría de fecha 13 de abril de 2010 e incluso con posterioridad a la audiencia de conciliación fijada para el día 13 de mayo de 2010, dio respuesta a la reclamación administrativa radicada el 26 de octubre de 2009, a través de oficio 05392 de 26 de mayo de 2010, recibido el 9 de junio de esa misma anualidad.

DECIMO. Por Decreto 2709 del 23 de julio de 2008, la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asumió el pago de las obligaciones laborales a cargo de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN.

ONCE. De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia contencioso administrativa.

B- PRETENSIONES

PRIMERO. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 00871 de 26 de abril de 2007 expedida por el Gerente Liquidador de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, que liquidó definitivamente las prestaciones sociales del demandante y omitió la inclusión de sus prestaciones convencionales establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 y que se encuentra plenamente vigente al momento de ser liquidado el trabajador.

SEGUNDO. Declarase la nulidad del acto administrativo ficto o presunto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que niega el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales solicitadas por el demandante y que se configura al no resolver la reclamación administrativa radicada con fecha 26 de octubre de 2009, operando en relación con la reclamación el silencio administrativo negativo.

TERCERO. Declárese nulo el acto administrativo vertido en el oficio 10010 RAD 383655 del 04 de Diciembre de 2009, en virtud del cual se negó por improcedente la

solicitud elevada por el demandante, en donde solicitó se ordene el pago de todos los salarios y prestaciones de carácter convencional, dejados de pagar durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, la cual se encuentra liquidada, o en su defecto la diferencia que se hubiese dejado de pagar entre lo reconocido y lo pagado y sus derechos convencionales.

CUARTO. Que se declare que bajo el criterio de excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4° de la Constitución Nacional se dejara de aplicar el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, por violación abierta de los principios constitucionales de igualdad consagrados en el artículo 13 y 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, así como la protección del trabajador sin distinción o exclusión derivada de la naturaleza de patrono o del vínculo laboral establecida en la Carta de derechos Humanos artículos 1° y 17, Pacto de Derechos Político y Civiles artículo 26, Declaración Americana de los Derechos del Hombre Art2y en especial el convenio 151 de 1978 aprobado por la ley 411 del 5 de noviembre de 1.997 "relativo a la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública"; Así mismo el convenio 154 de 1.981 aprobado por la ley 524 del 12 de Agosto de 1.999, normas de carácter constitucional conforme a la regla constitucional dada en el Art 93 sobre la aplicación de tratados y convenios suscritos, así como las sentencias C-377 de 1.998, sentencia C-161 del 2000 de la honorable Corte Constitucional, que declararon la exequibilidad de dichos convenios, por ello con base en dichos criterios de bloque de constitucionalidad, se inaplique el Artículo 416 del C.S.T.

QUINTO. Que como consecuencia directa del pronunciamiento anterior y con el único objeto de restablecer el derecho de mi poderdante se declare que el señor Héctor Rafael Torres Martínez, le era aplicable el régimen convencional durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, hasta el momento de su desvinculación, establecido en la Convención Colectiva suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Sintraseguridadsocial, con el cual venia

cobijándolo al momento de escindir el ISS el Decreto 1750 del 2003, y pasar el trabajador a la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA sin solución de continuidad.

SEXTO. Que se declare la nulidad del acto administrativo vertido en el oficio 05392 del 26 de mayo de 2010, expedido por el Instituto de Seguro Social, recibido el 9 de junio de 2010, luego de surtida la conciliación prejudicial ante el Procurador y que niega la solicitud de prestaciones elevada el 26 de octubre de 2009.

SEPTIMO. De igual manera se ordene el pago de todos los salarios y prestaciones de carácter convencional y la indemnización convencional por terminación de la relación laboral, dejados de pagar durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, o en su defecto la diferencia que se haya dejado de pagar entre lo reconocido y pagado y sus derechos convencionales.

OCTAVO. Que se reconozca y pague, dichas sumas aumentado año tras año conforme los ÍNDICES DE PRECIOS AL CONSUMIDOR, certificados por el Banco de la República, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 178 del C.C.A.

NOVENO. Que se condene a la autoridad demandada al pago de las costas, incluyendo dentro de las mismas, las correspondientes agencias en derecho.

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

“El Artículo 4º de la Constitución Política establece, que la Constitución es norma de normas, por ello con base en esa declaración es que solicitamos se inaplique por Vía de Excepción de Inconstitucionalidad el Art. 416 del C.S.T. que desconoce el derecho del empleado público a negociar, suscribir y a ser beneficiarios de ellas, pues dicha norma viola abiertamente los principio de igualdad consagrados en el Artículo 13 y 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, así como la protección del trabajador sin distinción o exclusión derivada de la naturaleza de patrono o del vínculo laboral establecida en la Carta de derecho Humanos arts. 1 y 17, Pacto de Derechos Político y Civiles Art 26, Declaración Americana de los Derechos del Hombre

Art 2y en especial el convenio 151 de 1978 aprobado por la ley 411 del 5 de noviembre de 1.997 "relativo a la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública" Así mismo el convenio 154 de 1.981 aprobado por la ley 524 del 12 de Agosto de 1.999, normas de carácter constitucional conforme a la regla constitucional dada en el Art 93 sobre la aplicación de tratados y convenios suscritos, así como las sentencias C-377 de 1.998, sentencia C-161 del 2000 de la honorable Corte Constitucional, que declararon la exequibilidad de dichos convenios, por ello con base en dichos criterios de bloque de constitucionalidad, se solicita se inaplique el Art 416 del C.S. T. y se reconozca el derecho del trabajador a un trato igual ante la ley y se le reconozca su derecho de beneficiario de la Convención colectiva en mención.

La Honorable Corte Constitucional ha señalado en su ya reiterada jurisprudencia el derecho de los trabajadores , en el caso de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, a recibir los beneficios convencionales que traían adquiridos al ser escindidos y que pasaron sin solución de continuidad a las nuevas Empresas Sociales del Estado creadas con el Decreto 1750 del 2005, tal como lo señala en los siguientes apartes de la sentencia C-314 del 2004 al señalar: "Aunque en principio esta expresión podría considerarse respetuosa de los criterios jurisprudenciales embozados en torno a los derechos adquiridos, esta Corporación considera que la misma resulta restrictiva de la protección constitucional que la Carta ofrece a las garantías laborales."

En primer lugar, la expresión señalada del artículo 18 es inconstitucional porque únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional. Dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial. Aunque dicho defecto podría resolverse gracias a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión "en todo caso", la inexequibilidad de la expresión demandada proviene del hecho de que al definir lo que debe entenderse por derecho adquirido, no incluye en el espectro de protección de los mismos aquellos correspondientes al régimen salarial de los empleados públicos de las entidades creadas por el Decreto 1750 de 2003. Es claro que los derechos adquiridos no se dan en el campo meramente prestacional sino también en el salarial, como ocurre, por ejemplo, con la remuneración a que se tiene derecho por razón de trabajar horas extras. **Esto demuestra que la definición del artículo 18 no cubre la totalidad de los presupuestos que**

constituyen el ámbito de protección de los derechos adquiridos (Subrayado fuera del texto).

En este contexto, la norma, al dejar por fuera tales derechos, menoscaba las garantías laborales protegidas por el artículo 53 de la Carta Política, al tiempo que desconoce la protección de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles y por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

De igual modo, la definición de derecho adquirido consignada en el artículo 18 resulta violatoria de los derechos de los trabajadores por no ser clara frente a los que podría considerarse un derecho adquirido. En efecto, la expresión que se ataca prescribe que un derecho se ha adquirido en materia prestacional cuando la situación jurídica se ha consolidado, es decir, cuando ha sido causado ha ingresado en el patrimonio del servido.

Para la corte, la ambigüedad de la definición radica en que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así las cosas, el legislador considera como hipótesis distintas aquellas que para la doctrina son una misma, por lo que, no siendo posible determinar con exactitud cuando el derecho de que se habla se ha adquirido o permanece como mera expectativa, la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el desempleados públicos. (Subrayado fuera del texto)

Para analizar dicho punto valga recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, una convención colectiva es aquella celebrada entre uno o varios patronos o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, esto es, para establecer el régimen salarial y la regulación de primas, auxilios, horarios, permisos, vacaciones, jubilación incentivos, vivienda, licencias, becas,

indemnizaciones, etc.

Al ser acto regente de los contratos laborales ejecutados durante su vigencia la convención colectiva y de trabajo es considerada por la jurisprudencia como una verdadera fuente de derechos y obligaciones. Pese a las diferencias que pudieran suscitarse respecto de su naturaleza jurídica, el acuerdo básico al que ha llegado la jurisprudencia es que la convención colectiva de trabajo es ley para las partes, pues entraña la creación de un subsistema jurídico de cobertura restringida al cual deben someterse trabajadores y empleadores en el desarrollo de su relación laboral.

De la definición legal se deduce que la convención colectiva es un acuerdo bilateral celebrado entre una o varias asociaciones profesionales de trabajadores y uno o varios patronos para regular las condiciones que regirán los contratos de trabajo, usualmente, buscando mejorar el catálogo de derechos y garantías mínimas que las normas jurídicas le reconocen a todos los trabajadores. De ahí que la convención colectiva tenga un carácter esencialmente normativo, tal como la ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia.

Ella contiene una serie de disposiciones instituidas para regular las relaciones de trabajo en la empresa. Así, en la convención colectiva se establecen en forma general y abstracta las estipulaciones que rigen las condiciones de los contratos de trabajo, las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de sus trabajadores, como también, las obligaciones que el patrono en forma común adquiere frente a la generalidad de los trabajadores. (Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que

fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo dicho, esta Corporación estima que la expresión "Se tendrá como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas", es inconstitucional por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual, como se vio, trasciende la simple definición contenida en el artículo 18".

-Igualmente dicho criterio ha sido reiterado en la sentencia T- 1166 del 2,008 Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA, en la cual esa honorable Corte señaló: "5. La variación de régimen laboral de los servidores públicos y sus efectos en los derechos laborales en la escisión del Instituto de Seguros Sociales.

Esta Corporación, mediante sentencias C-314 y C-349 de 2004, estudió la constitucionalidad de algunas normas del Decreto 1750 de 2003 Por el cual se escinde el Instituto de Seguros sociales y se crean Empresas sociales del Estado". Entre los diferentes cargos estudiados en las sentencias en mención, en ellas se definió lo relativo al posible desconocimiento de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva de los trabajadores oficiales del ISS que, por mandato del decreto, se convertían en empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas, por la posible pérdida de beneficios laborales reconocidos en la convención colectiva vigente.

En la sentencia C-349 de 2004, la Corte hizo un examen sistemático de la situación, que resulta pertinente traer a colación:

"...28. Según se dijo, la demanda considera que la incorporación "automática" y "Sin solución de continuidad" decretada origina la vulneración de los derechos de

asociación sindical y de negociación colectiva, porque los trabajadores que pasaron de la categoría de oficiales para venir a ser empleados públicos perdieron los beneficios pactados en la convención vigente. Esta vulneración, sostienen, debería dar lugar a una indemnización.

Para resolver estos cargos la Corte debe tener en cuenta lo dicho en la reciente sentencia C-314/04 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra)

En este fallo se examinó detenidamente a la luz de la jurisprudencia precedente el problema de la posible afectación de derechos que podría originar en cabeza de los trabajadores el hecho del cambio de régimen jurídico determinado por efecto de reestructuraciones administrativas. En especial se estudiaron algunos apartes demandados de los artículos 16 y 18 del Decreto 1750 de 2003 frente a la acusación según la cual, en virtud de lo dispuesto en dichos apartes, se desconocía la protección constitucional especial al trabajo dispuesta por el artículo 25 superior y las garantías constitucionales de negociación colectiva y asociación sindical, por la posible pérdida de beneficios laborales de origen convencional. El estudio de la Corte concluyó que el aparte final del primer inciso del artículo 18 del Decreto bajo examen restringía la protección constitucional de las garantías laborales, porque únicamente hacía referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera esta misma categoría de derechos en materia salarial, así como los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos. Adicionalmente estimó que la definición de derechos adquiridos era ambigua, al no diferenciar entre prestaciones causadas y prestaciones que efectivamente hubieran ingresado al patrimonio jurídico del trabajador.

Concretamente sobre el tema de los derechos laborales derivados de la convención colectiva vigente en el fallo en cita se estimó que la convención colectiva de trabajo era un sistema jurídico que regía contratos de trabajo determinados, por lo cual, respectivamente de los trabajadores cobijados por ella era fuente de derechos adquiridos, por

lo menos durante el tiempo en que dicha convención conservara su vigencia. Dado que el aparte final del primer inciso del artículo 18 no hacía referencia a esta clase de derechos, el mismo vulneraba las normas superiores relativas a la protección del trabajo.

Por todo lo anterior, la Corporación estimó que la expresión "Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas" era inexequible, por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual trascendía la simple definición contenida en el artículo 18. (Subrayas fuera del texto original)

Más adelante, la sentencia reiteró lo que la Corte ya había señalado en la sentencia C-314 de 2004, dando mayor claridad al alcance de su estudio de constitucionalidad de la norma y, por contera, de los trabajadores de las nuevas entidades:

"...Ajuicio de la corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentado de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella.), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales.

Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador —trabajador', con ello

se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador-trabajador, en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente.

Por todo lo anterior, lo Corte no estima que las expresiones acusadas' contenidas en el artículo 17 y en el párrafo del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 tengan la virtualidad de desconocer las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva por implicar la pérdida de los derechos emanados de la convención vigente.

No obstante para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados

públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos de garantías convencionales Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia 314 de 2004". (Subrayas fuera del texto)

Así pues, de los apartes anteriormente transcritos se deduce que la continuidad en a relación Laboral de las personas que venían trabajando en el Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajadores oficiales y, pasaron a formar parte de la planta de personal de las empresas sociales del Estado, como la Luís Carlos Galán Sarmiento, implicaba la continuidad de los derechos derivados de la convención colectiva del trabajo vigente.

Adicionalmente, la Sala observa, en relación con la vigencia de la Convención Laboral Colectiva pactada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social de 1 de noviembre de 2001, que el artículo 2° de dicho acuerdo, señala:

"ARTÍCULO 2. VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN

La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro [2004,]. Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya dado una vigencia diferente." Sin embargo, aunque el término de vigencia previsto en la Convención se encuentra superado en la actualidad, el artículo 478 de Código Sustantivo del trabajo, prevé lo siguiente:

ARTICULO 478. Prórroga automática. A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

Es de concluir, entonces, que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad social, pese a que se encontraba

vigente, en principio, entre el primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) y el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004), está sujeta a las prorrogas sucesivas que, por mandato del artículo 478 del Código Sustantivo de trabajo se extienden hasta que se den los supuestos previstos en la jurisprudencia transcrita y que consisten, esencialmente, en que la convención suscrita en el 2001 sea reemplazada por una nueva convención o sea modificada por un laudo arbitral.

En síntesis, esta Sala observa que al no existir prueba de que haya una nueva convención colectiva o un laudo arbitral que la reemplace, la convención de 1° de noviembre de 2004 se encuentra vigente y, por ello, sus efectos se extienden a los trabajadores de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, en los términos de las sentencias C-314y C-349 de 2004".

Conforme con la jurisprudencia citada, es claro que las Convenciones Colectivas son fuentes de derechos adquiridos para los trabajadores por el tiempo de su vigencia, en consecuencia aunque el régimen laboral del actor, con el Decreto Legislativo 1750/03 cambió, él como beneficiario de la Convención Colectiva de 2001 a 2004 tiene derechos adquiridos derivados de la misma los cuales conforme al Art. 58 de la Constitución Política son intangibles, por tanto se debe concluir que el reclamante tenía un derecho adquirido salarial y prestacional el cual no se puede desconocer y en consecuencia debe ordenarse el pago de las diferencias salariales y prestacionales dejadas de pagar así como subrogar su actual pensión de jubilación de origen legal, por la pensión de jubilación de origen convencional, por serle más favorable (Art. 53 C.N.) y el pago de las diferencias dejadas de pagar teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 104 de la Convención Colectiva 2001 - 2004, es decir, con el 100% del promedio percibido en los tres últimos años de servicios."

D.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

De las entidades demandadas la única que presentó contestación de la demanda, fue el Ministerio de la Protección Social.

D.1 Contestación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Folio 135 a 148)

Indica concretamente en su defensa que en el caso que se pruebe que al demandante

le asiste algún derecho, no ese Ministerio el llamado a controvertir en el presente litigio, teniendo en cuenta que dicha entidad es completamente ajena en la relación laboral que existió entre el demandante y el empleador ESE José Prudencio Padilla, persona que es independiente, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, tal y como expresamente lo dispone el Decreto 1750 de 2003.

D.2 Contestación del Ministerio de la Protección Social. (Folio 155 a 168)

El Ministerio de la Protección Social de igual forma se opuso a las pretensiones de la demanda, pues a su juicio en principio no existe una relación legal entre el demandante y el Ministerio de la protección Social, existiendo entonces una falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que no es posible jurídicamente que un órgano del orden Nacional, como lo es el Ministerio de la Protección Social, tome decisiones de carácter administrativo asignadas a las entidades descentralizadas como lo es ESE José Prudencio Padilla.

Por otra parte indicó que las convenciones colectivas de trabajo, solo es aplicable frente a trabajadores oficiales, no es así a los empleados públicos. Así las cosas se demuestra que el accionante luego de la escisión, ostentó la calidad de empleado público, no pudiendo reclamar jurídicamente el pago de salarios y prestaciones sociales derivadas de una convención colectiva suscrita anteriormente con el I.S.S., y el sindicato, pues, con la escisión del Instituto de Seguros Sociales, se presentó un cambio de naturaleza de la relación laboral, pasando de trabajador oficial a empleado público.

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (folio 215 a 253)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró probada la excepción de inviabilidad de reconocer efectos a la convención colectiva del Instituto de Seguros Sociales a empleados públicos de otras entidades, y como consecuencia de ello negó las pretensiones de la demanda.

Consideró el juez de instancia que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos, al pasar a ser parte de la planta de personal de una Empresa Social del Estado, no le siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos se puede acudir a la denuncia de la convención, por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable.

VI. LA APELACION (Folio 205 a 209)

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando la revocatoria de la misma, y la concesión de las pretensiones de la demanda.

Indica concretamente en su recurso que, el acto administrativo demandado niega la solicitud de pago de salarios y prestaciones de carácter convencional, la indemnización convencional por la terminación de la relación laboral solicitada por el accionante, con fundamento en que los empleados públicos del ISS, al cambiar su naturaleza jurídica de trabajador oficial a servidor público, a partir del 26 de junio de 2003 no puede ser objeto de convenciones colectivas.

Argumenta la apelante que se debe aplicar en el caso tratado las sentencias C314 y C-349 de 2004 y T-1166 de 2008 de la Honorable Corte Constitucional, ya que en esas providencias se estimó que la convención colectiva de trabajo era un sistema jurídico que regía contratos de trabajo determinados, lo cual, respecto de los

trabajadores cobijados por ella era fuente de derechos adquiridos, por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia, y en el presente asunto hay que aplicar la protección constitucional de los derechos adquiridos.

VII. TRÁMITE PROCESAL

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 20 de agosto de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha 10 de octubre de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.
- Conforme a lo dispuesto en el acuerdo PSAA12-9201 pasó al despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de fallo.

VIII.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado en el presente asunto, no rindió concepto.

IX.- CONSIDERACIONES.

1. COMPETENCIA.

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

2. SÍNTESIS DEL CASO.

En síntesis en el presente asunto el demandante solicita que con la nulidad que se

decrete, se le reconozcan prestaciones sociales especiales, ya que lo cobija la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita entre Sintraseguridadsocial y el Instituto de Seguros Sociales, Convención Colectiva vigente al momento en que se le liquidaron sus prestaciones sociales con ocasión de su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla en liquidación.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que en el asunto de marras no se desvirtuó la legalidad de los actos acusados, toda vez que la transformación de la naturaleza jurídica de los trabajadores oficiales a empleados públicos, al pasar a ser la actora parte de la planta de personal de una empresa social del estado, no le siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 del C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su termino de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis meses en seis meses, ni mucho menos se puede acudir a la denuncia de la convención, por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable.

Por su parte el apelante en su recurso se ratifica en su posición y solicita que se concedan las pretensiones de la demanda, manifiesta que la jurisprudencia ha aceptado el derecho que tiene las personas a las que le eran aplicables la convención colectiva que se solicita en la demanda.

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS

3.1 Resolución 00871 de 26 de abril de 2007 expedida por el Gerente Liquidador de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, que liquidó definitivamente las prestaciones sociales del demandante y omitió la inclusión de sus

prestaciones convencionales establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 y que se encuentra plenamente vigente al momento de ser liquidado el trabajador. (Folio 34-37)

3.2 Acto administrativo ficto o presunto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que niega el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales solicitadas por el demandante y que se configura al no resolver la reclamación administrativa radicada con fecha 26 de octubre de 2009, operando en relación con la reclamación el silencio administrativo negativo. (Folio 18 a 23)

3.3 Acto administrativo vertido en el oficio 10010 RAD 383655 del 04 de Diciembre de 2009, en virtud del cual se negó por improcedente la solicitud elevada por el demandante, en donde solicitó se ordene el pago de todos los salarios y prestaciones de carácter convencional, dejados de pagar durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, la cual se encuentra liquidada, o en su defecto la diferencia que se hubiese dejado de pagar entre lo reconocido y lo pagado y sus derechos convencionales. (Folio 25 a 28)

4. CADUCIDAD.

Para la Sala es importante antes de iniciar con el estudio del fondo del asunto, analizar el presupuesto procesal de la caducidad de la acción contenciosa administrativa, pues al revisar los actos administrativos acusados, se observa que si bien se demanda el acto administrativo que le liquidó las prestaciones sociales al demandante al momento de ser desvinculado de la ESE José Prudencio Padilla en liquidación, también se demandan actos administrativos derivados de reclamaciones administrativas presentadas con posterioridad al momento de liquidación de las prestaciones sociales que se reclaman con esta demanda.

La caducidad es el término legal dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, siendo este instrumento jurídico una herramienta que salvaguarda la seguridad

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

El Código Contencioso Administrativo establece en el artículo 136, numeral 2º del C.C.A. que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la *“publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.”* Así entonces, en determinados casos y bajo precisas circunstancias, las cuales se refieren a la forma como se da a conocer la decisión de la Administración, el término para acudir ante la jurisdicción corre a partir de la ejecución del acto administrativo. El término de los cuatro meses para contabilizar el término de la caducidad de la acción, será para aquellos actos administrativos en los cuales no se reclaman prestaciones periódicas, ya que en el evento que se reclamen prestaciones periódicas, a la luz del mismo artículo 136 #2 del C.C.A., no opera el fenómeno de la caducidad, pudiéndose demandar estos actos administrativos en cualquier tiempo.

Pues bien, en el caso bajo estudio, al revisar el material probatorio aportado al expediente, encuentra la Sala que el acto administrativo que liquidó las prestaciones sociales del demandante por su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla, fue el contenido en la siguiente resolución:

- **Resolución 00871 de 26 de abril de 2007** expedida por el Gerente Liquidador de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales e indemnización por desvinculación. (Folio 34-37)

El acto arriba relacionado es un acto administrativo que no resuelve prestaciones periódicas, por lo tanto su demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa debió ser dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que quedó en firme el acto administrativo.

Con relación al fenómeno jurídico de la caducidad de las acciones contenciosas administrativas, el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“La caducidad [procesal] como fenómeno jurídico, constituye propiamente una sanción para el titular del derecho que omite poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional dentro del lapso dispuesto por el ordenamiento jurídico para reclamarlo y, desde el punto de vista estrictamente procesal, se erige como un hecho que enerva o extingue la pretensión desde la base o el nacimiento; por consiguiente, debe ser declarado, aún de oficio, siempre que el fallador de primera o segunda instancia lo encuentre probado, a términos de lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A.”¹

Así las cosas al analizar puntualmente la demanda y los actos administrativos demandados, esta Sala es del criterio consistente en afirmar que el acto administrativo que resolvió la situación jurídica concreta del actor, con relación al reconocimiento y pago de acreencias laborales por su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, fue en realidad la Resolución No. **00871 de 26 de abril de 2007**, pues fue dicho acto el que liquidó las prestaciones con las cuales el actor no está de acuerdo y que persigue le sean reconocidas dentro del presente asunto, sin embargo observa la Sala que el actor no demandó dentro del término legal (cuatro meses), la resolución que según sus afirmaciones vulneró su derecho a recibir unos beneficios convencionales.

¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A - Consejero ponente. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012) - Radicación número. 76001-23-31-000-1998-00431-01(22734) - Actor. HECTOR NODIER OSORIO HERRERA Y OTROS - Demandado. INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

A juicio de esta Sala el accionante con la interposición de las reclamaciones administrativas ante los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, así como la reclamación presentada ante el Instituto de Seguros Sociales, y que originaron las respuestas de las cuales se solicita la nulidad en este proceso, así como la configuración del acto administrativo ficto presunto derivado del silencio administrativo negativo, son actuaciones con las que se busca revivir términos judiciales que se encuentran vencidos, pues como ya se explicó dentro del presente asunto, el acto administrativo que resolvió de fondo la situación jurídica definitiva del actor, frente al tema que ahora reclama, fue el contenido en la Resolución No.0871 del 26 de abril de 2007, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la misma se encuentra caducada, por consiguiente no considera esta corporación factible iniciar el estudio legal de los demás actos demandados dentro del presente asunto, pues se reitera, con los mismos el actor pretende es revivir términos procesales sobre un tema que ya fue resuelto por medio de un acto administrativo definitivo, contra el cual no se interpuso en tiempo la demanda contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con relación al tema de revivir términos judiciales con la presentación de una nueva petición, cuando en un acto anterior se ha resuelto la situación en concreto, el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“Cuando el acto administrativo que contiene una decisión particular no fue objeto de recursos en vía gubernativa o no fue demandado en tiempo ante la jurisdicción contencioso administrativa, se entiende que una petición posterior que verse sobre los mismos puntos contenidos en tal acto constituye una pretensión de revocatoria directa, no obstante, ni esta solicitud ni la respuesta que la administración emite tienen la fuerza de revivir los términos para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo prescribe el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos. De conformidad con las anteriores precisiones la Sala debe declarar

la ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que en el presente asunto no se demandó la Resolución No.2369 de 9 de julio de 1999, que le reconoció a la actora el auxilio de cesantías definitivas, respecto del cual venció la oportunidad para reclamar en vía judicial, sino otros actos que no tienen la virtualidad de revivir términos procesales, incumpliendo con ello la obligación establecida en el inciso 2º del artículo 137 del C.C.A.”²

En este orden de ideas concluye la Sala que la acción contenciosa administrativa para reclamar la inclusión de nuevos factores de liquidación en aplicación de la Convención Colectiva suscrita entre el I.S.S., y Sintraseguridadsocial 2001-2004, se encuentra caducada, no pudiendo el actor pretender que se revise el tema en instancia judicial, cuando el acto definitivo no fue demandado en tiempo, pretendiendo que se estudie el tema aduciendo que existen nuevas solicitudes, con las cuales el actor lo que está intentando es revivir los términos judiciales.

Por todo lo anterior esta Sala Revocará el fallo de primera instancia, ya que en este él a quo no declaró probada la excepción de caducidad de la acción, y procedió al estudio del fondo del asunto, mientras que en esta instancia se encontró probada la ineptitud sustantiva de la demanda, por caducidad de la acción, por consiguiente se deberán negar las pretensiones de la demanda, pero no por el estudio del fondo del asunto, sino por encontrarse probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda.

X.DECISIÓN.

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

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008).- Radicación número: 25000-23-25-000-2001-08534-01(0841-05) Actor: MARIA ISABEL INFANTE SEPULVEDA Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia del (11) de diciembre de (2012) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró probada la excepción de inviabilidad de reconocer efectos a la convención colectiva del Instituto de Seguros Sociales a empleados públicos de otras entidades y negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Declarar probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda, según lo establecido en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Negar las pretensiones de la demanda.

CUARTO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PODERES

JÓRGÉ FANDIÑO GALLO

Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0074
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: ELIECER REINEL CARVAJANL Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2007-00011-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

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

Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

P: 208 a 223
(L.C)



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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **315 / 2013**

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

TEMA: falla del servicio - responsabilidad objetiva - omisión al deber objetivo de cuidado y responsabilidad - suicidio de detenido en instalaciones de CAI de la Policía Nacional.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

REPARACIÓN DIRECTA.

Radicación: No. 13 001 33 31 002 2007-00011-00.

II. PARTES

Demandante: Eliecer Reinel Carvajal y otros

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

II. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a emitir sentencia en primera instancia, dentro de la demanda de reparación directa interpuesta por ELIECER REINEL CARVAJAL (padre), MARÍA EUGENIA VANEGAS GARCIA (madre),

YOEINER JOSÉ REINEL ZAYAS (menor de edad), Yaelis REINEL ZAYAS (menor de edad), BERLIS SANDRY REINEL ZAYAS (menor de edad), JORGE ELIECER REINEL ACEVEDO, (hijo menor de edad), FRANCISCO RAINEL CARVAJAL (tío), MARIA ELOINA REINEL CARVAJAL (tía), DOMINGA REINEL CARVAJAL (tía), MAYORIS BEATRIZ RAINEL CUISMAN (prima), FRANCISCO REINEL CUISMAN (primo), GIGUIOLA PATRICIA RAINEL CUISMAN (prima), KELLY JOHONA RAINEL CUISMAN (prima), LEIBIS LAUDITH RAINEL CUISMAN (prima_ menor de edad), NIYERETH PAOLA RAINEL CUISMAN (prima-menor de edad), DAYANIS EDITH CUISMAN (prima menor de edad), NEVIS SANDRIT RAINEL CUISMAN (prima menor de edad), JONATAN DAVID RAINEL CUISMAN (primo menor de edad), JAIDER MANUEL RIENEL VANEGAS (hermano menor de edad), MARIA GUIGIOLA REINEL VANEGAS (hermano), ROBINSON REINEL VANEGAS (hermano), MARIA ELOINA REINEL CARVAJAL (hermana), JAIRO MANUEL TURIZO REINEL (primo), GABRIEL ANTONIO TURIZO REINEL (primo), VICTOR EDUARDO TURIZO REINEL (primo), EDGAR JOSE TURIZO REINEL (primo), EDILCY ESTHER TURIZO REINEL (prima), DOLIA BELEÑO REINEL (prima), GLADIS SANTANA REINEL (prima), MAXIMO SANTANA REINEL (primo), UBALDO SANTA REINEL (primo), contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

“PRIMERA: que se declare que la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL es administrativa y patrimonialmente responsable de la muerte del joven JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, ocurrida el día VIERNES NUEVE (09) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005), a eso de las 13:30 horas, a escasas horas de haber sido capturado a eso del medio día y

haber ingresado **CON VIDA**, y permanecer retenido, a cargo y bajo la responsabilidad de Agentes de la POLICIA NACIONAL, en el Calabozo del Centro de Atención Inmediata (CAI) 12, de la POLICIA NACIONAL, del Barrio EL POZÓN, ubicado en el sector La Paz, Manzana 188, Lote 2, de Cartagena (Bolívar), después de haber sido capturado por Agentes de la Policía Nacional, en los alrededores de la Terminal de Transporte de esta ciudad, en los momentos en los cuales era agredido por varios mototaxistas (sic).

SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior declaración, se condene a la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL a pagar lo siguiente a favor de cada uno de los **DEMANDANTES**:

1. ELIECER REINEL CARVAJAL (padre).
2. MARÍA EUGENIA VANEGAS GARCIA (madre).
3. YOEINER JOSÉ REINEL ZAYAS (menor de edad).
4. YAELIS REINEL ZAYAS (menor de edad).
5. BERLIS SANDRY REINEL ZAYAS (menor de edad).
6. JORGE ELIECER REINEL ACEVEDO, (hijo menor de edad).
7. FRANCISCO RAINEL CARVAJAL (tío).
8. MARIA ELOINA REINEL CARVAJAL (tía).
9. DOMINGA REINEL CARVAJAL (tía).
10. MAYORIS BEATRIZ RAINEL CUISMAN (prima).
11. FRANCISCO REINEL CUISMAN (primo).
12. GIGUIOLA PATRICIA RAINEL CUISMAN (prima).
13. KELLY JOHONA RAINEL CUISMAN (prima).
14. LEIBIS LAUDITH RAINEL CUISMAN (prima menor de edad).
15. NIYERETH PAOLA RAINEL CUISMAN (prima-menor de edad).
16. DAYANIS EDITH CUISMAN (prima menor de edad).
17. NEVIS SANDRIT RAINEL CUISMAN (prima menor de edad).
18. JONATAN DAVID RAINEL CUISMAN (primo menor de edad).

19. JAIDER MANUEL REINEL VANEGAS (*hermano menor de edad*).
20. MARIA GUIGIOLA REINEL VANEGAS (*hermano*).
21. ROBINSON REINEL VANEGAS (*hermano*).
22. MARIA ELOINA REINEL CARVAJAL (*hermana*).
23. JAIRO MANUEL TURIZO REINEL (*primo*).
24. GABRIEL ANTONIO TURIZO REINEL (*primo*).
25. VICTOR EDUARDO TURIZO REINEL (*primo*).
26. EDGAR JOSE TURIZO REINEL (*primo*).
27. EDILCY ESTHER TURIZO REINEL (*prima*).
28. DOLIA BELEÑO REINEL (*prima*).
29. GLADIS SANTANA REINEL (*prima*).
30. MAXIMO SANTANA REINEL (*primo*).
31. UBALDO SANTA REINEL (*primo*).

A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN A CADA UNO DE LOS DEMANDANTES, POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES, POR EL DOLOR Y SENTIMIENTOS DE ANGUSTIA Y NOSTALGIA GENERADOS A LOS DEMANDANTES POR EL HECHO DAÑINO DE LA MUERTE DEL JOVEN JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, corresponde lo siguiente:

- UNA SUMA DE DINERO equivalente en pesos Colombianos a seis mil (*sic*) (6000) GRAMOS DE ORO FINO, PARA CADA UNO DE LOS DEMANDANTES, según el precio de cada gramo de oro certificado por el Banco de la República, al momento del respectivo pago de la Sentencia o del acuerdo conciliatorio si lo hubiere, y cuyo precio de cada gramo oro fino se cotiza a fecha ONCE (11) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006), razón de CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS (\$44.959.08) M.L, como precio de cada gramo de oro fino a esta fecha, cuyo calculo de lo que le correspondería A CADA UNO DE LOS DEMANDANTES, por concepto de PERJUICIOS MORALES, se hace, tal calculo, por ahora, así: $44.959.08 \times 6000 = 269.754.480.00$ (DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS

CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCOHENTA (sic) PESOS M/L.), para cada uno de los demandantes, es decir que PARA TODOS LOS DEMANDANTES CORRESPONDE UNA SUMA DE DINERO TOTAL POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES EQUIVALENTE EN PESOS COLOMBIANOS A \$269.754.480.00 X 31 = \$8.362.388.880.00 M.L.

- GRAN TOTAL DE PERJUICIOS MORALES: OCHO MIL TRECIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES TRECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$8.362.388.880.00) M.L.

TERCERA: Que, como consecuencia de la PRIMERA DECLARACIÓN, se condene a La NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL a pagar lo siguiente a favor de cada uno de los DEMANDANTES A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE PERJUICIOS OCACIONADOS POR LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES NORMALES DE EXISTENCIA DE LOS DEMANDANTES:

- UNA SUMA DE DINERO equivalente en pesos Colombianos a SEIS MIL (6000) GRAMOS DE ORO FINO, PARA CADA UNO DE LOS DEMANDANTES, según el precio de cada gramo de oro certificado por el Banco de la República, al momento del respectivo pago de la Sentencia o del acuerdo conciliatorio si lo hubiere, y cuyo precio de cada gramo oro fino se cotiza A FECHA ONCE (11) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006), razón de CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS (\$44.959.08) M.L, como precio de cada gramo de oro fino a esta fecha, cuyo calculo de lo que le correspondería A CADA UNO DE LOS DEMANDANTES, por concepto de PERJUICIOS OCACIONADOS POR LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES NORMALES DE EXISTENCIA DE LOS DEMANDANTES, se hace, tal calculo, por ahora, así: $\$44.959.08 \times 6000 = \$269.754.480.00$ (DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCOHENTA

(sic) PESOS M/L.), para cada uno de los Demandantes, es decir que PARA TODOS LOS DEMANDANTES CORRESPONDE UNA SUMA DE DINERO TOTAL POR CONCEPTO DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES NORMALES DE EXISTENCIA DE LOS DEMANDANTES, EQUIVALENTE EN PESOS COLOMBIANOS A \$269.754.480.00 X 31 = \$8.362.388.880.00 M.L.

GRAN TOTAL POR CONCEPTO DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES NORMALES DE EXISTENCIA DE LOS DEMANDANTES: OCHO MIL TRECIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES TRECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$8.362.388.880.00) M.L.

CUARTA: Que también la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL debe pagar, en conjunto, lo siguiente a favor de sus padres ELIECER REINEL CARVAJAL (PADRE), MARIA EUGENIA VANEGAS GARCÍA (MADRE) y los hijos suyos, A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y LUCRO CESANTE FUTURO, teniendo en cuenta lo siguiente:

JORGE ELICER REINEL VANEGAS hasta antes de ser retenido y recluido, el día Nueve (09) de Diciembre de 2005, en el CAI del Barrio EL PÓZON, en Cartagena (BOLÍVAR), se desempeñaba como vendedor ambulante en Magangué, de lo cual devengaba unos ingresos mensuales equivalentes a TRECIENTOS MIL PESOS (\$300.000.00), con lo cual apenas le alcanzaba para suplir algunas de las necesidades básicas suyas y de ELIÉCER REINEL CARVAJAL (PADRE), MARIA EUGENIA VANEGAS GARCÍA (MADRE) y de sus hijos, quienes les aportaba mensualmente, en conjunto, una suma de dinero equivalente al 70% de sus ingresos mensuales, es decir, \$210.000.00, suma esta que se toma como base para calcular

los PERJUICIOS MATERIALES en su modalidad de LUCRO CESANTE CONSOLIDADO, por ahora a la fecha de presentación de esta SOLICITUD, y de LUCRO CESANTE FUTURO, sin que ello sea obstáculo para tomar para este cálculo provisional para lo cual procedemos así:

- a) Valor ingreso mensual de Jorge ELIÉCER REINEL VANEGAS: \$300.000.00, antes de ser retenido.
- b) Valor aportado mensualmente en conjunto, a sus padres ELIECER REINEL CARVAJAL (PADRE), MARIA EUGENIA VANEGAS GARCIA (MADRE) y sus hijos: \$210.000.00 M.L.
- c) Edad al momento de fallecer JORGE ELIECER REINEL VANEGAS: 29 años, 4 meses y 28 días de edad.
- d) Expectativa de vida de JORGE ELIECER REINEL VANEGAS (según Tablas de Mortalidad del Seguro): 46 años, equivalente a 552 MESES.
- e) LUCRO CESANTE CONSOLIDADO (Diciembre 09 de 2005 a Noviembre 09/06: 11 mese x \$210.000.00 = \$113.610.000.00.
- f) LUCRO CESANTE FUTURO: 552 meses – 11 Meses = 541 Meses x \$ 210.000.00 = \$113.610.000.00

TOTAL PERJUICIOS MATERIALES POR LUCRO CESANTE CONSOLIDADO MÁS LUCRO CESANTE FUTURO: \$115.920.000.00 M/L.

RESUMEN POR PERJUICIOS TOTALES PARA TODOS LOS DEMANDANTES (SOLICITANTES), ASÍ:

- a) PERJUICIOS MORALES -----: \$8.362.388.880.00
- b) PERJUICIOS POR ALTERACIÓN
DE LAS CONDICIONES NORMALES
DE EXISTENCIA -----: \$8.362.388.880.00
- c) PERJUICIOS MATERIALES:

(A favor de sus Padres ELIÉCER REINEL CARVAJAL (PADRE) y los hijos suyos):

- LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: (Diciembre 09 de 2005 a Noviembre 09/06): 11 meses X \$210.000.00 = \$2.310.000.00
- LUCRO CESANTE FUTURO: 552 meses – 11 meses = 541 Meses X \$210.000.00 = \$113.610.000.00

TOTAL PERJUICIOS MATERIALES POR LUCRO CESANTE CONSOLIDADO MÁS LUCRO CESANTE FUTURO: \$115.920.000.00 M/L.

GRAN TOTAL POR TODA CLASE DE PERJUICIOS RECLAMADOS POR TODOS LOS DEMANDANTES (SOLICITANTES), SEGÚN CÁLCULO PROVISIONAL A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE ESTA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL O DE LA DEMANDA PERTINENTE: -----

-----\$16.840.697.760.00

SON: DIEZ Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETEMIL SETECIENTOIS (SIC) SESENTA PESOS (\$16.840.697.760.00)

QUINTO: Dispóngase, además que todas las sumas de dinero aquí reclamadas sean reajustadas y actualizadas con el porcentaje de variación del ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR CERTIFICADO POR EL DANE, entre la fecha de ocurrencia del fallecimiento del Joven JORGE ELIÉCER REINEL VANEGAS (q.e.p.d.), es decir, entre Diciembre Nueve (09) de 2005 y LA FECHA DEL PAGO TOTAL.

SEXTO: Dispóngase, también, que la condena respectiva a el acuerdo conciliatorio si lo hubiere será actualizado de acuerdo con lo preceptuado por el Artículo 173 del Código Contencioso Administrativo y se reconocerán los intereses legales o los intereses que se llegaran a pactar si hubiera acuerdo conciliatorio en cualquiera de las

instancias Judiciales, intereses legales que se reconocerán aparte de los que se llegaran a pactar, desde la época en que sucedieron los hechos (Febrero 06 de 2001) hasta cuando se dé total cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso o al acuerdo conciliatorio si lo hubiere, o hasta que quede ejecutoriado el fallo que le dé fin al mismo. Todos los pagos que deban hacerse los expresará el fallo y se imputarán primero a intereses.

SÉPTIMA: Dispóngase, igualmente que la Parte Demandada dará cumplimiento a la sentencia o al respectivo Acuerdo Conciliatorio, si lo hubiere, en los términos establecidos en los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo o en los términos que llegaren a acordarse si hubiere Audiencia de Conciliación entre las Partes Procesales y allí se pactare el pago de laguna (sic) o algunas sumas de dinero.

OCTAVA: Que se condene en Costas y Agencias de Derecho a la Parte Demandada.

NOVENA: Que, en caso de ser necesario, se profiera CONDENA IN GENERE.”

2. HECHOS RELEVANTES

Fueron narrados por el accionante los siguientes:

Que JORGE ELIÉCER REINEL VANEGAS, falleció en Cartagena (Bolívar), el día VIERNES NUEVE (09) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CINCO, a eso de las 13:30 horas, a escasas horas de haber sido capturado a eso del medio día y haber ingresado, CON VIDA, y permaneció retenido, a cargo y bajo la responsabilidad de Agentes de la POLICÍA NACIONAL, en el Calabozo del Centro de Atención Inmediata (CAI) 12, de la POLICÍA NACIONAL, del Barrio EL POZÓN, ubicado en el Sector La Paz, Manzana 188, Lote 2, de Cartagena (Bolívar), después de haber sido capturado por Agentes de la Policía Nacional, en los alrededores de la Terminal de Transportes de esa Ciudad, en los momentos en los cuales era agredido por varios mototaxistas.

Que el señor Sub-Comandante de la Policía en Bolívar, Coronel Juan Carlos Ayala, aceptó y confesó que la muerte de JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, ocurrió mientras se encontraba retenido en el Centro de Atención Inmediata (CAI) 12, de la POLICÍA NACIONAL, del Barrio EL POZÓN de Cartagena (Bolívar), el día VIERNES NUEVE (09) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005), afirmación que hace al Periódico "EL UNIVERSAL", de Cartagena (Bolívar), en la Pagina 9 "C", Sección "C", de su Edición del día Domingo Once (11) de Diciembre de 2005, ...

Menciona la parte actora que la muerte, ocurrida el día (09) de Diciembre de 2005, del retenido JORGE ELIECER REINEL VANEGAS (q.e.p.d), fue conocida por la opinión pública de la Ciudad de Cartagena, el Departamento de Bolívar y el resto de habitantes de Colombia porque de ello dieron cuenta los medios de comunicación social, tanto escritos como radiales y televisivos, entre ellos el diario "EL UNIVERSAL", de Cartagena (Bolívar),

Señala que JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, al momento de su fallecimiento, ocurrido el día Nueve (09) de Diciembre de 2005, mientras se encontraba como RETENIDO en el CAI del Barrio EL POZÓN, en Cartagena (Bolívar), contaba con 29 años, 4 mese y 28 días de edad, es decir, en la plenitud de su vida.

Asegura la parte demandante que JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, al momento de su fallecimiento, ocurrido el día Nueve (09) de Diciembre de 2005, mientras se encontraba como RETENIDO en el CAI del Barrio EL POZÓN, en Cartagena (Bolívar), se desempeñaba como VENDEDOR AMBULANTE en Magangué, de lo cual devengaba unos ingresos mensuales equivalentes a TREACIENTOSMIL PESOS (\$300.000.00), con lo cual apenas le alcanzaba para suplir algunas de las necesidades básicas suyas y de JORGE ELIECER REINEL CARVAJAL (PADRE), MARIA EUGENIA VANEGAS GARCÍA (MADRE) y de sus hijos, quien dependían económicamente del fallecido JORGE ELIECER REINEL VANEGAS y quienes les aportaba mensualmente, en conjunto, una suma de dinero equivalente al 70% de sus ingresos mensuales, es decir, \$210.00.00.

Doce además que el fallecido JORGE ELIECER REINEL VANEGAS (q.e.p.d.) se identificaba, en vida, con la cédula de Ciudadanía Número 9.116.192.

Manifiesta también que la muerte inesperada del joven JORGE ELIECER REINEL VANEGAS (q.e.p.d), ocurrida el día NUEVE (09) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005), les ocasionó a todos los demandantes PERJUICIOS MORALES, así como PERJUICIOS MATERIALES, en la modalidad de lucro cesante (consolidado y futuro) a sus Padres ELIECER REINEL CARVAJAL (PADRE), MARIA EUGENIO VANEGAS GARCIA (MADRE) y de sus hijos; hecho este fatal que también les causó a todos los demandantes perjuicios por la alteración de las condiciones normales de existencia de los demandantes toda vez que esta es una indemnización de perjuicios por la modificación anormal del curso de la existencia de los demandantes, en sus ocupaciones, hábitos o en sus proyectos de vida ya que la muerte inesperada del Joven JORGE ELIECER REINEL VANEGAS dejó, a sus Padres, hermanos, hermanas, hijos extramatrimoniales suyos, sobrinos y sobrinas y demás interesados demandantes, la pérdida de un ser querido con quien realizaban planes de integración familiar, paseos, actividades familiares y comunitarias, las cuales jamás se pondrán volver a realizar en unión con el fallecido JORGE ELIECER REINEL VANEGAS.

Que al tratarse, en este caso, del fallecimiento del joven JORGE ELIECER REINEL VANEGAS (q.e.p.d), en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ya mencionados, estamos frente a la aplicación de la denominada TEORÍA DE LA FALLA DEL SERVICIO, precisamente porque los Agentes de la Policía Nacional, a cuyo cargo se encontraba el CAI del Barrio EL POZÓN, en Cartagena (Bolívar), quebrantaron, por omisión, el deber de vigilancia cuidado sobre la seguridad y la vida del retenido JORGE ELIÉCER REINEL VANEGAS, omisiones que generan responsabilidad administrativa y patrimonial a cargo de la parte demandada (NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL), con indemnización de TODOS los perjuicios ocasionados a los demandantes.

Finalmente señala que el joven JORGE ELIECER REINEL VANEGAS al momento de ser retenido y recluido, el día Nueve (09) de Diciembre de 2005, en el CAI del Barrio EL POZÓN, en Cartagena (Bolívar), se encontraba CON VIDA."

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional Arts. 1, 2, 4, 6,11, 12, 13, 16, 24, 28, 29, 83, 90, 93, 94, 95, 123, 124, 209, 216, 218. Y demás normas concordantes.

Como fundamento jurisprudencial cita la sentencia del Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 13 de Diciembre del 2004. Mg. Ponente GERMAN RODRIGUEZ, mediante la cual se declaró administrativamente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por la muerte de Abelardo Álzate Paniagua en la cárcel Modelo de Bogotá. Apartes de la sentencia en cita se transcriben a continuación:

"...La Sala concluyó que después de analizar los medios probatorios "la administración resultó patrimonialmente responsables por lo (sic) hechos imputados, pero a título de falla del servicio, en razón a que quebrantó por omisión, el deber de vigilancia sobre la conducta de los internos, especialmente la de quien atacó a la víctima, y también en cuanto a que no trasladó oportunamente al recluso a otro centro carcelario para protegerlo de sus agresores, así como de la falta de adopción de otras medidas preventivas como la de aislar a la víctima de los demás reclusos, para neutralizar cualquier ataque contra su vida".

B. LA CONTESTACION

En relación con los hechos de la demanda responde en el mismo orden en que fueron formulados así:

“AL PRIMERO: No me consta, me atengo a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

DEL SEGUNDO AL CUARTO: No me constan las circunstancias de modo tiempo y lugar que rodearon la muerte de JORGE REINEL VANEGAS, ocurrida el día 05 de diciembre de 2005, en los calabozos del CAI el Pozón de esta ciudad, por lo cual me atengo a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

DEL QUINTO AL SEXTO: No puede hablarse de una falla en el servicio en cabeza de la Institución policía, por la supuesta falta de cuidado en la vigilancia del señor JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, por cuanto los uniformados que lo retuvieron lo hicieron con la intención de proteger su vida de los golpes que sufría por parte de los mototaxistas que lo acusaban de haber hurtado un bolso a una señora, por ende tenía la obligación de prestarle los primeros auxilios como efectivamente se hizo, para posteriormente judicializarlo ante la autoridad competente. Al momento de ingresar a las instalaciones del CAI el Pozón, el señor REINEL VANEGAS fue despojado de los cordones de sus zapatos y del cinturón, precisamente para evitar que se hiciera daño a sí mismo; sin embargo pese a lo anterior, no fue posible evitar que este se quitara la vida.

DEL SÉPTIMO AL DECIMO SEGUNDO: No me consta las relaciones efectivas, familiares y físicas que disfrutaba el joven JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, al momento de su fallecimiento, ni mucho menos se encuentra probado que este fuera una persona económicamente activa, con ingresos mensuales como vendedor ambulante de \$300.000.”

Con respecto a las pretensiones expone oponerse a todas y cada una de estas y agrega:

“Como primera medida me opongo al reconocimiento de los perjuicios solicitados bajo la modalidad de perjuicios morales, tasados en 6000 gramos oro para cada uno de los actores, porque además que es a todas luces desproporcionados y exagerados, la

jurisprudencia nacional ha establecido esta clase de perjuicios en 100 salarios mínimos, como tope máximo promedio en los casos de muerte.

Esta misma apreciación, es aplicable para los perjuicios que denomina el libelista "alteración de las condiciones normales de existencia", además que no se ha demostrado la causación de los mismos.

En lo relacionado, con el monto solicitado por perjuicios materiales, debe tenerse en cuenta que no se ha demostrado que el joven JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, al momento de su fallecimiento fuera una persona económicamente activa, con ingresos mensuales como vendedor ambulante de \$300.000.-

Además solicitó que se condene en costa a la parte demandante en caso que se denieguen las pretensiones de la demanda.

Como excepciones propone:

- *"FALTA DE LEGITIMIDAD ACTIVA EN LA CAUSA DE FRANCISCO, MARIA ELOINA Y DOMINGO REINEL CARVAJAL, quien se presentan al proceso como tíos del causante; y MAYORIS BEATRIZ, FRANCISCO, GUIGIOLA, NAVIS SANDRIT, JONATAN DAVID RAINEL CUISMAN, JAIDER MANUEL REINEL VENEGAS, JAIRO MANUEL, GABRIEL ANTONIO, VICTOR EDUARDO, EDGAR JOSE, EDILCY ESTER TURIZO REINEL, DOLIA BELEÑO REINEL, GLADIS, MÁXIMO Y UBALDO SANTA REINEL, quienes manifiestan ser primos del difundo JORGE REINEL VANEGAS, por cuanto no han demostrado su calidad de afectado directo, ya que la jurisprudencia nacional solo ha aceptado el reconocimiento de perjuicios para la familia mas cercan, dentro de la cual no se encuentra los tíos y primos, y menos si no han convivido con la víctima, pues no se supone con el simple parentesco las relaciones de cariño y afecto entre los mismos.*

Respecto de ELIECER RAINEL CARVAJAL Y MARIA EUGENIA VANEGAS GARCIA, quienes aducen ser los padres del causante, y JAIDER MANUEL, MARIA GIGUILA ROBINSON, MARIA ELOINA REINEL VANEGAS, quienes dicen ser hermanos de la víctima, tampoco han demostrado su legitimación en la causa por activa, por cuanto a la demanda no se aportó el registro civil de nacimiento de JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, que demuestre el parentesco alegado frente a sus padres y hermanos.”

En apretada síntesis como razones de defensa expone:

“... es un principio del derecho probatorio que para que sea posible la declaratoria de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, debe acreditarse plenamente a través de la litis, la existencia del hecho generador por falta o falla del servicio del mismo, el perjuicio que afirma haber sufrido el actor con el hecho dañoso y la relación de causalidad entre el primero y el segundo, no basta la simple enunciación de los hechos en la demanda, como sucede en el caso que nos ocupa, sino que se deben probarse los elementos antes mencionados.

Hasta el presente estadio procesal no existe material probatorio que permita afirmar que la muerte del señor JORGE ELECER REINEL VANEGAS, fue producida por exceso de algún miembro de la institución policial, por el contrario se sostiene en la demanda que este se suicidó por ahorcamiento cuando se encontraba dentro de las instalaciones del CAI del Pozón de esta ciudad. De ello dan cuenta, los registros realizados en la minuta de guardia y de población de dicho CAI, de los cuales anexa copia a la presente contestación. ...”

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Accionante: No presentó alegatos de conclusión.

Accionada: No presentó alegatos de conclusión.

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 22 Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, emitió concepto¹ desfavorable al demandante, solicitando a esta Corporación no acceder a las suplicas de la demanda. Como argumentos expuso lo siguiente:

“Lo primero sea decir, que la jurisprudencia ha sido enfática en determinar que respecto a las seguridades de todo aquel que se encuentre detenido o privado de la libertad, pesa sobre las autoridades competentes una responsabilidad objetiva en lo referente a la vigilancia y protección de los detenidos, los cuales deben ser devueltos a las sociedad en las mismas condiciones en las mismas condiciones en las que ingresaron a los centros penitenciarios o de reclusión, garantizando la vida e integridad personal.

La falla del servicio, como régimen de responsabilidad subjetivo, se configura cuando existe: 1) un daño antijurídico; 2) el mal funcionamiento de la administración, por omisión como en este caso consideran los accionantes, por cuanto los Agentes de la Policía no cumplieron con el deber de custodia y cuidado con el detenido; y por último, 3) nexo de causalidad, esto es que el daño antijurídico sea consecuencia directa de ese mal funcionamiento de la administración. No obstante lo anterior puede la administración en aquellos eventos en los cuales se comprueben falla del servicio, exonerar su responsabilidad probando la existencia de una causal eximente como es ala fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.”

Sustenta esta tesis, citando la sentencia del Consejo de Estado con número de radicado: 66001-23-31-000-1998-00687-01 (18380) de fecha 26 de mayo de 2010 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y Agrega:

¹ Folios 201 a 205.

“Si bien los funcionarios de la Policía Nacional tenían la obligación de carácter legal y constitucional de brindar seguridad al detenido, lo cierto es que en el presente caso se configura una causal eximente de responsabilidad a cargo del Estado, cual (sic) es la culpa exclusiva de la víctima o como dice el Consejo de Estado, culpa exclusiva del occiso.

De conformidad con las pruebas arrimadas al proceso se observa que los Agentes de la Policía al momento de encontrar a Reinel Vargas siendo maltratado por la comunidad, lo llevan a un centro de salud y posteriormente al CAI, en donde lo despojan de los objetos que creen pueden servirle para causarse daño, como son los cordones y el cinturón, cumpliendo así con el procedimiento de rigor, Siendo así las cosas se ve un conducta diligente por parte de los policías, a los cuales les era imposible vislumbrar las intenciones del detenido para con su humanidad.

Concluye el señor Procurador delegado ante este Tribunal al exponer:

“Por todo lo anterior concluimos que no se encuentra probada la falla del servicio, sino que por el contrario como se dijo anteriormente se configura la culpa exclusiva de la víctima, la cual a pesar de haber sido despojada de los elementos que tradicionalmente son usados para hacerse daño, se les ingenió para llevar a cabo su idea suicida. Para los Agentes de Policía a cargo de la custodia del señor Reinel Vanegas era casi que imposible prever las intenciones del hoy occiso y por ende no debe accederse a las suplicas de la demanda.”

E. TRÁMITE PROCESAL.

- Por auto de fecha 30 de Enero de 2007², se admitió la presente demanda de reparación directa.
- Mediante auto calendado a fecha 29 de abril de 2010³, se da apertura al periodo probatorio, entre otras disposiciones.

² Folio 93.

- Por auto de 17 de Noviembre de 2011⁴, se requiere a la parte demandante, se pone en conocimiento de la respuesta recibida de oficios y se requiere a la Fiscalía 9 Seccional de Cartagena.
- En auto calendarado a fecha 14 de Febrero de 2012⁵, se resuelve tener por desistida la prueba pericial solicitada por la parte actora, entre otras disposiciones.
- En auto calendarado a fecha 13 de Septiembre de 2012⁶, se ordena dar cierre al periodo probatorio y se corre traslado para alegar de conclusión.
- Finalmente el proceso entra al Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, para su pronunciamiento de fondo.

V.- CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la sala a emitir decisión de fondo, no sin antes precisar las siguientes cuestiones previas:

Como primera medida advierte la Sala que los poderes otorgados al apoderado judicial de la parte demandante se encuentran en copia simple, y aunque los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumen auténticos, bien es sabido que aquellos que impliquen o comporten derechos litigiosos y los poderes otorgados a apoderados judiciales, en todo caso requieren de presentación personal o autenticación⁷.

Dicho lo anterior la Sala considera que esa circunstancia no puede ahora volverse un obstáculo para emitir el respectivo pronunciamiento de fondo, puesto que fue responsabilidad de la propia jurisdicción contenciosa, el no haber advertido esa falencia del poder al momento de hacer el estudio de la admisión de la demanda y donde con fundamento en el art. 143 del C.C.A. se pudo haber inadmitido la demanda para que fuesen corregido los poderes.

³ Folio 130 a 143.

⁴ Folio 160 a 162.

⁵ Folio 163 a 164.

⁶ Folio 199.

⁷ C de P C art: 252 Inc 4º

Frente a circunstancias como la señalada en ésta oportunidad, la jurisprudencia ha considerado que cuando se trata de yerros por insuficiencia de poder y ellos no fueron advertidos por el juez del conocimiento al momento de la admisión de la demanda, cuando lo propio era inadmitirla y ponerlos en conocimiento del accionante para su corrección, no puede ulteriormente declararse inhibido para dictar sentencia, pues se trata de un defecto formal que por su misma condición no puede sacrificar el fondo del asunto, sino que le asiste al operado judicial la obligación de fallar la cuestión litigiosa, so pena de desconocerle al administrado el derecho de acceso a la administración de justicia.

En efecto, ha dicho al respecto el Consejo de Estado lo siguiente:

“Como ya se precisó, en los antecedentes de este proveído, el Tribunal determinó que el poder otorgado por la actora para demandar, resultaba insuficiente por cuanto en el mandato no se identificó con claridad el acto administrativo a demandar, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 65 del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo; en consecuencia declaró de oficio la excepción de “indebida representación de la demandante por insuficiencia de poder”, y a renglón seguido declaró sentencia inhibitoria. El artículo 65 del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A. exige que en los poderes especiales debe determinarse claramente el asunto para el cual se confiere el respectivo mandato, de tal modo que no pueda confundirse con otro. En efecto, el poder sólo hace referencia al restablecimiento de derechos laborales y a la individualización de la parte demandada sin precisar ningún acto administrativo, sin embargo, para la Sala tal omisión no crea confusión acerca del asunto para el cual se otorgó el mandato, ya que no existe duda que lo pretendido por la actora, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es que se deje sin efectos jurídicos el oficio sin número del 27 de agosto de 2001, por el cual el Municipio de Agustín Codazzi se abstuvo de ordenar el pago de las prestaciones sociales solicitadas, pues ésta negativa coincide y tiene relación con las pretensiones de la demanda, con la cual se acompaña además el citado acto.

Pero, si dicha omisión pudiera originar insuficiencia del poder, tal defecto, como se vio anteriormente, es de orden formal, luego era susceptible de ser corregido dentro del término previsto por la ley para tal fin, si se tiene en cuenta que la demanda se instauró dentro del término de caducidad. Así lo permitía el inciso 2º del artículo 143 del C.C.A. Lo indicado era, entonces, concederle al actor el término prescrito para subsanar el defecto. Lo contrario, sería desconocer el

derecho que le asiste a toda persona para acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.”⁸

En virtud de lo anterior se estudiará el presente caso y se dictará sentencia.

1). De la excepción propuesta por la accionada.

Con respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la parte demandada, considera la Sala, que debido a que esta tiene directa relación con el fondo del asunto, se resolverá conjuntamente con el fallo o pronunciamiento de fondo.

2) Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de un asunto de reparación directa que excede de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3) Caducidad

La caducidad es el fenómeno procesal que se presenta como consecuencia del vencimiento del término fijado en la ley para entablar la demanda en ejercicio de una determinada acción. Se trata, por tanto, de una figura eminentemente objetiva que determina la oportunidad para intentar la acción, pues, sin consideración a circunstancia subjetiva alguna y aún en contra de la voluntad del titular del derecho de acción, el mero paso del tiempo condiciona el ejercicio de ese derecho.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008). Radicación número: 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05) Actor: MARTHA LUCIA ARGOTE USTARIZ Demandado: MUNICIPIO DE AGUSTIN CODAZZI - CESAR

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños sufridos por los demandantes con la muerte de ELIECER REINEL CARVAJAL ocurrida el día 09 de Diciembre del 2005⁹, lo que significa que la parte demandante tenía hasta el día 10 de Diciembre de 2007, para presentar oportunamente su demanda y como quiera que ello se hizo el 11 de Enero de 2007, resulta evidente que la acción fue ejercida dentro del término previsto por la ley.

4) Problema jurídico a resolver.

Para la sala, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si se debe declarar administrativa y solidariamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, de la muerte de ELIECER REINEL CARVAJAL ocurrida el día 09 de Diciembre del 2005, en las instalaciones del CIA N° 12, del barrio el Pozón donde se encontraba retenido sindicado de hurto?

5.) Del régimen de responsabilidad aplicable

Dicho lo anterior, es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el libelo de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada dentro del régimen de la responsabilidad del estado por el daño antijurídico, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 90 que dice:

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

⁹ Folio 53.

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

De ésta modalidad de responsabilidad del estado, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional”.¹⁰

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515.

conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone.

Ahora bien, el daño antijurídico debe configurarse mediante alguna de las teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- La clásica falla del servicio en su modalidad probada o presunta y que también puede ser por acción u omisión.
- La teoría del daño especial.
- La teoría del riesgo excepcional
- La responsabilidad por vías de hecho
- La responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.
- La responsabilidad por trabajos públicos
- La responsabilidad por almacenaje de mercancías
- La responsabilidad por error judicial.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se pretende endilgar a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, se origina de los daños sufridos por los demandantes con la muerte de ELIECER REINEL CARVAJAL, ocurrida el día 09 de Diciembre del 2005¹¹, en el CIA del barrio el Pozón donde se encontraba retenido sindicado de hurto.

A pesar de que el Estado debe garantizar la seguridad de los internos y asumir los riesgos que lleguen a presentarse por la privación de la libertad de una persona, no debería responder por los perjuicios que sufran los detenidos en los penales cuando los mismos obedezcan a una causa extraña que le impide que se configure la responsabilidad patrimonial respecto a los entes públicos demandados. Así las cosas y a propósito de los daños antijurídicos provenientes de las lesiones o la muerte

¹¹ Folio 53.

sufridas por las personas que se encuentran legalmente privadas de la libertad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que surge a cargo del Estado una responsabilidad de naturaleza objetiva, en la medida en que recae sobre él una obligación de vigilancia y protección sobre tales personas y tiene a su cargo velar por la vida e integridad física de las mismas.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado considera que, además de operar la responsabilidad objetiva como título de imputación general en esta clase de eventos, cuando surja comprobada dentro del proceso una falla del servicio como causante del hecho dañoso por el cual se reclama lesiones físicas o deceso de una persona detenida o privada de su libertad, es necesario evidenciarla en la sentencia que profiera esta Jurisdicción, pero tan sólo para efectos de que la Administración tome nota de sus falencias e implemente los correctivos que considere necesarios, por cuanto para deducir la responsabilidad de la Administración, basta que el daño se haya producido respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo su tutela y cuidado.

Quedando claro entonces, que mientras en la generalidad de los casos en los que se comprueba la falla del servicio, la Administración puede eximirse de responsabilidad mediante la comprobación, no sólo de una causa extraña, como sería la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, sino también a través de la prueba de su obrar prudente y diligente en el exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes a su cargo, en estos casos específicos de daños a personas privadas de la libertad, por tratarse de eventos de responsabilidad objetiva, la única forma en que la Administración se puede liberar de la responsabilidad que surge a su cargo, es precisamente a través de la comprobación de una causa extraña¹².

¹² VER SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ BOGOTÁ, D C , VEINTISÉIS (26) DE MAYO DE DOS MIL DIEZ (2010) RADICACIÓN NÚMERO 66001-23-31-000-1998-00687-01(18380) ACTOR HERNANDO ELIAS GOMEZ HENAO Y OTROS DEMANDADO. FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Volviendo al presente caso, se observa que la demandante imputó responsabilidad patrimonial a la entidad demandada con fundamento en la existencia de una falla del servicio, la cual, como ya se dijo, constituye el régimen de imputación de responsabilidad estatal por excelencia, por cuanto la forma más frecuente de inferir daños a terceros, se da precisamente por el incumplimiento de los deberes y obligaciones que recaen sobre las autoridades estatales y la violación o desconocimiento de la normatividad legal y los reglamentos que establecen el marco de sus actuaciones; y como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, para que pueda predicarse la existencia de una falla del servicio es necesario que se reúnan los tres elementos que la conforman:

1) Un daño antijurídico, es decir un daño que el afectado no está en el deber legal de soportarlo, por cuanto no existe norma que así lo establezca;

2) Una falla del servicio, consistente en el mal funcionamiento de la Administración, porque el servicio no se prestó o se prestó en forma tardía o deficiente, es decir que se trata de un defecto en la ejecución de las funciones a cargo de las autoridades estatales y que puede presentarse bien por acción o bien por omisión.

En el presente caso, los demandantes afirman que la falla del servicio se presentó dada la violación del deber objetivo de cuidado, vigilancia y responsabilidad, para con ELIECER REINELVANEGAS (Q.E.P.D), quien se suicido en las instalaciones del CAI del Barrio el Pozón.

3) Finalmente, es necesario que el daño antijurídico se haya producido como consecuencia directa de esa falla del servicio, o sea que ésta ha debido ser la causa eficiente de aquel. Al respecto, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha considerado que en aquellos eventos en los cuales el daño que se alega está constituido por el suicidio de una persona que se encontraba bajo la tutela y vigilancia de una entidad estatal, salvo que se lograre probar circunstancias especiales

demostrativas de una falla del servicio de la entidad estatal en cuestión, como sería el hecho de que se tuviera conocimiento de antecedentes que permitieran advertir el peligro de que la persona atentara contra su propia vida y no se hubieren tomado las medidas preventivas necesarias para evitarlo, o que por tratarse de una persona mental o emocionalmente afectada o disminuida requería cuidados especiales que no se le hubieren brindado de manera oportuna, propiciando con ello el desenlace del suicidio, se trata de un hecho exclusivo del occiso pues no cabe hablar propiamente de la culpa de la víctima que impide, por lo tanto, imputarle responsabilidad a la Administración.

En este orden de ideas procede la Sala a estudiar si en el presente caso se configuran los tres elementos de la falla del servicio.

5.1. El daño

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.¹³

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la muerte de ELIECER REINEL CARVAJAL, considera la Sala que dicho daño se encuentra demostrado en el expediente.

En efecto, encuentra la Sala debidamente acreditado en el proceso que el señor ELIECER REINEL CARVAJAL falleció el día 09 de mayo de 2005, como consecuencia de una "ASFIXIA MECANICA" (ahorcamiento), según consta en la copia

¹³Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

simple del registro civil de defunción¹⁴, aspecto concordante con las conclusiones consignadas en la copia dl informe técnico de necropsia médico legal N°. 2005P-02020200564¹⁵, donde se señaló:

“... Acta de levantamiento (tres hojas) incluyendo el oficio petitorio acta Nª 486, que consigna que es un masculino de 29 años de edad quien fallece el 9 de diciembre del 2005 aproximadamente a la 01:30 p.m en el segundo calabozo del CAI el barrio POZON: En la descripción de heridas consigna: surco de presión alrededor (sic) del cuello, herida sutura occipital derecho, herida nasal y herida en el talón derecho. Manera de muerte violenta por ahorcamiento.”...

Concluye el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses:

“CONCLUSIÓN

Adulto masculino quien fallese por asfixia mecánica (ahorcamiento)”

Por tanto, demostrado como está el daño, esto es la muerte de JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, pasa la Sala a estudiar si el mismo es imputable jurídicamente a la entidad demandada.

5.2. La falla del servicio

El artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado es responsable de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando dichos daños le sean imputables. Conforme a esta norma, para endilgar la responsabilidad patrimonial, debe demostrarse que el daño fue obra del Estado, por haber sido éste su autor, bien por haberlo causado directamente, o por haberlo propiciado.

¹⁴ Folio 53.

¹⁵ Folios 155 a 158.

Para determinar la imputabilidad al Estado de los perjuicios que se lleguen a causar a quienes se encuentran privados de la libertad por autoridad competente, se ha sostenido que el título de imputación aplicable es de naturaleza objetiva. Pero al respecto, recuerda la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en aquellos eventos en los cuales el daño que se alega está constituido por el suicidio de una persona que se encontraba bajo la tutela y vigilancia de una entidad estatal, salvo que se lograren probar circunstancias especiales demostrativas de una falla del servicio de la entidad estatal en cuestión, como sería el hecho de que se tuviera conocimiento de antecedentes que permitieran advertir el peligro de que la persona atentara contra su propia vida y no se hubieren tomado las medidas preventivas necesarias para evitarlo, o que por tratarse de una persona mental o emocionalmente afectada o disminuida requería cuidados especiales que no se le hubieren brindado de manera oportuna, propiciando con ello el desenlace del suicidio, se trata de un hecho exclusivo del occiso pues no cabe hablar propiamente de la culpa de la víctima que impide, por lo tanto, imputarle responsabilidad a la Administración.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta la posibilidad de identificación y previsibilidad por parte de las autoridades a cargo de la persona que comete suicidio, de que tal decisión pudiera ser tomada y llevada a cabo por aquella, porque si no es posible prever que la persona puede intentar una actuación de tal índole, tampoco es dable exigir a la Administración un comportamiento o una reacción específica de protección y cuidado;

En el caso bajo estudio se encuentra plenamente probado que JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, fue golpeado en las cercanías de la Terminal de Transportes de la Ciudad de Cartagena, por un grupo de MOTOTAXISTAS, quienes lo acusaban de haberle lo robado a una joven, que oficiales de la Policía Nacional evitaron su linchamiento y lo condujeron al Centro de Salud del POZÓN y posteriormente a las instalaciones del CAI el POZÓN. Este hecho encuentra sustento probatorio en el

testimonio de ZULMA IBETH CUELLO RODRIGUEZ¹⁶, recepcionado el día 28 de marzo del paso año 2012, apartes de este se transcriben a continuación:

“...PREGUNTADO: Señale al Despacho todo lo que sepa y le conste en relación con los hechos y circunstancias que tuvieron lugar el día 9 de Diciembre de 2005, en los que según se informa en la demanda perdió la vida el señor REINEL VANEGAS. CONTESTÓ: Ese día yo iba para la terminal, por que el marido mío trabaja en la terminal, yo fui a buscar lo de la comida, de regreso, cuando yo venía con mi marido, fue cuando encontré y vi que a Eliecer Rainel los estaban golpeando unos moto taxistas, porque una muchacha dijo que Eliecer la estaba robando y eso no fue así, entonces como ya nosotros lo conocíamos a él porque estaba operado por la cuestión de un talón, entonces nosotros salimos averiguar para ver qué pasaba y en eso llegaron varios policías y se lo llevaron para el CAI del Pozón y después lo llevaron al Centro de Salud del Pozón para curarlo y después lo devolvieron para el CAI.”...

También se encuentra plenamente probado que luego de haber sido atendido por los galenos del Centro de Salud del Pozón, y antes ser reclusos en el segundo calabozo del CAI N° 12 el Pozón a JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, se le retiraron los cordones de los zapatos y el cinturón¹⁷, con la finalidad de que no se hiciera daño a sí mismo, lo cual resultó ser infructuoso debido a que este procedió a quitarse la vida con la camiseta que llevaba puesta ese día¹⁸.

De manera que en el presente caso, la Sala considera que no se acreditó la falla del servicio que se le imputa a la entidad demandada, puesto que del acervo probatorio obrante en el proceso no surge por parte alguna la demostración de que el occiso, señor JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, presentara indicios o signos que permitieran prever que pudiera atentarse contra su propia integridad y que, a pesar de ello, las personas encargadas de su custodia, por haberlo capturado legalmente y encontrarse en cumplimiento de su deber, lo hubiesen descuidado y hubiesen omitido

¹⁶ Folio 194 a 197.

¹⁷ Folio 105.

¹⁸ Folio 128.

las medidas necesarias para garantizar su vida e integridad personal, más allá de los cuidados normales y cotidianos del transporte y detención de detenidos de las condiciones del señor REINEL VANEGAS, procedieron como se ha dicho a retirarle los cordones de los zapatos y el cinturón, aun así el señor REINEL VANEGAS, logró quitarse la vida con la camiseta que vestía.

De tal forma que la decisión de suicidarse de REINEL VANEGAS fue libre de presiones o injerencias de cualquier índole, efectuada en pleno ejercicio de su propia autonomía y además no resultaba previsible para los Agentes de la Policía Nacional que estaban en el CAI N° 12 el Pozón, lugar donde ocurrió el hecho, dado REINEL VANEGAS se encontraba en la instalaciones de la Sala de Reflexión y que se trató de un evento súbito y repentino para dicho grupo, a quienes no resultaría admisible exigirles lo imposible, esto es, anticiparse al designio, a saber, el suicidio, configurándose el hecho exclusivo de la víctima y una causa extraña que exime de responsabilidad a la accionada, por lo cual no es imputable a la accionada el daño que se demanda, en este orden de ideas considera la Sala que no se logra probar el según elemento que configura la falla del servicio, razón por la cual no se estudiara el tercero; sobre las excepciones propuestas por la accionante, queda claro que la muerte de JORGE ELIECER REINEL VANEGAS, se debió hecho atribuible a la víctima, que desborda la esfera de la excepción propuesta por la accionada, a saber culpa exclusiva de la víctima, la cual no se prueba dentro del plenario y dada la supeditación a esta, de las demás, resulta incensarios pronunciamiento sobre aquellas.

Corolario de lo anterior, no se podrá imputar responsabilidad al Estado en razón a los daños generados por los hechos estudiados, puesto que los mismos no son jurídicamente imputables a la administración bajo el régimen de responsabilidad extracontractual estatal de falla del servicio.

Se concluye entonces, que en el presente caso no aparecen estructurados los elementos que conforme a la ley y a la jurisprudencia son aplicables a procesos de

esta naturaleza y tendrían la virtualidad suficiente para comprometer la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

Tenemos que toda decisión judicial debe basarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, pues esa es la reglamentación que al efecto trae el artículo 174 del C.P.C., en lo que se conoce como el principio de necesidad de la prueba.

Igualmente estatuye el 177 ibidem, que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Al respecto de la prueba el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente (en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes) No queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probando a cargo de la prueba”.¹⁹

En el presente asunto no se evidencia a juicio de esta Sala que el daño ocasionado se hubiese generado por falla del servicio de los miembros de la Policía Nacional, en consecuencia, por todo lo discurrido, se negarán las pretensiones de la demanda, pues no se demostró que la actuación de la administración se enmarcara dentro de una falla o falta del servicio por omisión como lo sostuvo la parte actora en el texto de la demanda.

¹⁹C.E. Sección 3ª. Sentencia del 4 de mayo de 1992 referida en la sentencia del 30 de agosto de 2006. C.P.C. Dr. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, expediente 15433 (R-4531).

VII. DE LAS COSTAS

En relación con costas del proceso, no se hará condenación alguna, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se ha demostrado temeridad o mala fe en la actuación de la parte demandado.

VI. DECISION

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

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda. Por las razones expuestas en el acápite de consideraciones.

SEGUNDO: En firme esta providencia devolver el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

AUSENTE CON FERMISO

JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL
EDICTO N° 0075
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR:	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SOCIEDAD AGUAS D E CARTAGENA
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS- CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2004-00575-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTIDOS (22) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE 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 ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL**

PROYECTO:
JBG



f. 2119 228
(1.07)

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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 310 / 2013

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

TEMA: Cuota de Fiscalización.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 004 2004 00575 00

II. PARTES

Demandante: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

Demandado: CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA - DISTRITO DE CARTAGENA.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

En oportunidad legal procede esta Sala de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir la primera instancia del proceso adelantado por la sociedad AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., contra la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA y el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

IV. ANTECEDENTES

A- PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad de la resolución No. 151 expedida por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS el 7 de noviembre de 2003, mediante la cual el órgano fiscal Distrital ordenó recaudar de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. la cuota de fiscalización para la vigencia de 2002 en un porcentaje de 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados a 31 de diciembre de 2001 por valor de doscientos setenta millones ochocientos doce mil novecientos noventa y dos pesos M/cte (\$270.812.992,00), constituyó en mora a la demandante y ordenó el cobro coactivo.

2. Que se declare la nulidad de la resolución No. 162 expedida el 11 de diciembre de 2003 por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por el cual al resolver el recurso de reposición confirmó en vía gubernativa el acto inicial o resolución No. 151 de 7 de noviembre de 2003.

3. Igualmente que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio S.G No. 070/03 expedido por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS el 22 de diciembre de 2003 y comunicado el 23 de diciembre del mismo año, por el cual deniega la solicitud de complementación y aclaración de la resolución No.162 expedida el 11 de diciembre de 2003 que había denegado el recurso de reposición contra el acto inicial.

4. Que como consecuencia de las nulidades solicitadas, se ordene a la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA reconocer que la Sociedad ACUACAR S.A. E.S.P. no adeuda cuota alguna de fiscalización para la vigencia de 2004 ni para ninguna otra vigencia fiscal, en razón a que no le es aplicable el párrafo de la ley 617 de 2000, el Acuerdo 15 de 2002 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena ni la resolución 332 de 2002 expedida por la Contraloría Distrital de Cartagena.

5. Igualmente, como consecuencia de las nulidades solicitadas, que se ordene a la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA devuelva a la Sociedad ACUACAR S.A. E.S.P. la suma de dinero que hubiese pagado o llegare a pagar a título de cuota fiscal para la vigencia de 2002, debidamente indexadas o corregidas, más los intereses de rigor a la tasa legal más alta, desde cuando se hizo el pago coactivo hasta el momento de su reintegro.

6. (sic) Que se condene en costas a la AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. en los términos señalados en el artículo 171 del C.C.A. conforme lo modificó el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

4. (sic) Que se ordene que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en los términos previstos por el artículo 176 del C.C.A. y se haga efectiva de conformidad con el artículo 177 ibídem."

B. HECHOS

Los fundamentos fácticos de la demanda se pueden resumir en los siguientes:

Afirmó la parte actora que mediante la Ley 617 de 2000 se dispuso el valor máximo de los gastos de los concejos, personerías, contralorías distritales y municipales.

El artículo 11 de la citada ley estableció un período de transición a partir del año 2001, para los Distritos y Municipios cuyos gastos en Concejos, Personerías y Contralorías, donde se hubieren superados los límites indicados en la Ley.

Manifestó, que el Concejo Distrital de Cartagena, invocando el parágrafo único del artículo 11 de la Ley 617 de 2000, expidió el Acuerdo 015 de agosto 12 de 2002, por medio del cual se fijó la cuota de auditaje a las entidades descentralizadas del orden Distrital en un 0.4%, sin indicar sobre que recaía ese 0.4%.

Que posteriormente la Contraloría mediante Resolución No 323 de 24 de septiembre de 2002, con apoyo en el párrafo único del artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y en el Acuerdo 015 de 2002, resolvió adoptar la cuota de auditaje de que tratan las normas citadas.

Aseveró la accionante, que sin procedimiento administrativo alguno, el señor Contralor Distrital de Cartagena les envió en fecha 9 de octubre de 2002, una cuenta de cobro donde le facturan una supuesta cuota de fiscalización por la suma de \$270.812.992 por la vigencia fiscal del año 2002.

Que mediante Resolución No 151 de 7 de noviembre de 2003, el Contralor Distrital de Cartagena ordenó recaudar de la accionante, la cuota de fiscalización por la vigencia 2002 en un porcentaje de 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados a 31 de diciembre de 2001, constituyendo en mora a la demandante y ordenando el cobro coactivo. Decisión que fue recurrida por el representante legal de la sociedad actora, y confirmada por la accionada mediante Resolución 162 de 11 de diciembre de 2003.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Nacional, preámbulo, artículo 6,29,122,338,365 y 367

C.C.A., artículos 1 al 67, 81 y 84.

Ley 142 de 1994, artículos 24,27,49,50,51,186

Ley 489 de 1998, artículos 38,68 y 69

Ley 617 de 2000, artículo 11, párrafo único

El concepto de la violación expuesto por la parte demandante se encuentra visible a folios 5-21 del expediente, del cual se puede destacar lo siguiente:

En cuanto a la cuota auditaje por concepto de vigilancia fiscal, manifestó:

"(...) o sea, la norma define el sujeto pasivo de la cuota de auditaje exclusivamente a las ENTIDADES DESCENTRALIZADAS de orden Distrital y ACUACAR es una empresa de servicios públicos domiciliaria mixta y la ley 489 de 1998 ---ley que regula el funcionamiento y estructura de la administración pública NO DEFINIO A ESAS EMPRESAS como entidades descentralizadas.

(...)

- Solo las empresas de servicios públicos OFICIALES (Art. 14.5, ley 142 de 1994) forman parte de la administración según lo dispuesto por el Art. 68 Ley 480 de 1998, en consecuencia, Acucar no es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público.
- Acucar es una empresa de servicios públicos mixta (Art. 14.6 ley 142 de 1994) y no una SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. Si bien existe mixtura en su capital, su objeto no consiste en desarrollar una actividad industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, sino prestar un servicio público domiciliario y por consiguiente sometida a un régimen de excepción. (L.142/94)

En cuanto a la irretroactividad de las normas de tributos.

"Se resalta el inciso tercero según el cual el Acuerdo 015 de agosto 12 de 2002 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, solo es aplicable a las entidades que legalmente son destinatarias del mismo y a partir de la vigencia fiscal del año 2003. En ningún caso podrá dársele efectos retroactivos como lo pretende la Contraloría Distrital de Cartagena al cobrar al demandante, cuota de auditaje por la vigencia del 2002.

Como ha quedado explicado, en el caso de ACUACAR S.A. E.S.P., el cobro es ilegal no solo por la naturaleza jurídica de la entidad ejecutada y por tratarse de una renta en favor del Distrito de Cartagena no prevista en el correspondiente presupuesto sino

porque con los actos atacados se pretenden cobrar contribuciones de manera retroactiva.”

Sobre el presupuesto señaló:

“En consecuencia, la Contraloría Distrital de Cartagena no puede realizar los recaudos sin estricta sujeción a las normas presupuestales pues sus rentas hacen parte de las Distritales tal como se desprende de lo establecido en el artículo 3º del Acuerdo 044 de 1998 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, que contienen las normas orgánicas del presupuesto aplicables en el Distrito de Cartagena.”

Sobre la violación de los derechos de audiencia y defensa.

“Si revisamos con detenimiento el contenido de las resoluciones atacadas por esta vía, encontramos que además de su expedición Irregular por falta de motivación y por violación de la atribución de competencia del ente fiscalizador demandado, como se expondré (sic) posteriormente, la Contraloría Distrital de Cartagena no sólo ha desconocido la naturaleza jurídica de ACUACAR S.A. E.S.P., sino que además ha desconocido el debido proceso administrativo al no notificar en debida forma a Aguas de Cartagena la liquidación de la contribución y haber omitido concederle los recursos a que los que (sic) constitucionalmente tienen derecho.

(...)

Es decir, la actuación administrativa que da como resultado una orden de recaudo objeto de las resoluciones demandadas por esta vía, no podía iniciarse con la expedición del acto “por el cual se ordena recaudar la cuota de fiscalización”, sino que tal acto administrativo debió ser el resultado de una actuación en la cual oficialmente Aguas de Cartagena SA E.S.P., pudiera expresar todas las consideraciones que se hacen en el presente escrito, especialmente en lo relacionado con la base gravable

tenida en cuenta para liquidar la contribución para respetar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que son obligatorios para garantizar el derecho de defensa en cualquier procedimiento administrativo, (sic)"

En cuanto a los vicios de forma manifestó:

"La contraloría demandada, no explicó el método y el sistema aplicado en la liquidación de la contribución que pretende cobrar a Acucar, ni ha dejado claro el procedimiento utilizado para aplicar las restricciones previstas en el artículo 11 de la ley 617 de 2000 y el artículo primero de la Resolución 332 de 2002 expedida por el ente de control demandado o si al aplicar el porcentaje 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados al 31 de diciembre de 2003, tomó en cuenta que sólo es aplicable en relación con los recursos estatales de la sociedad y no en relación con los privados tal como lo fijó la doctrina de la Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2001.

(...)

Revisada la resolución demandada, se advierte entonces que la misma no fue debidamente motivada, omitiendo así uno de los elementos sustanciales de su formación, como es la motivación, dando lugar con ello a que el acto sea anulable.

En cuanto a los vicios de incompetencia.

"Quiere lo anterior decir que al momento de expedir los actos administrativos demandados, el Contralor Distrital de Cartagena debió respetar las leyes y reglamentos aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, más sin embargo, en una manifiesta desviación de sus competencias desconoció tales normas, excediéndose en sus atribuciones al expedir los actos atacados."

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

V.1 Contraloría Distrital de Cartagena. (Folio 83 a 88)

La entidad demandada recorrió el traslado en forma oportuna mediante el escrito que obra a folios 83 a 88 del expediente. En esa oportunidad manifestó su oposición a cada una de las pretensiones de la demanda, desarrollando además los siguientes puntos:

➤ CUOTA AUDITAJE

La Ley 617 de 2000 en su artículo 11, estableció en el: *"PARÁGRAFO. Las entidades descentralizadas del orden Distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0,4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.*

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contratarías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contratarías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda Distrital o municipal, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo".

Como resultado del gravamen impuesto en la citada Ley 617 de 2000, la Contrataría Distrital de Cartagena de Indias, tenía desde esa época facultades legales para cobrar directamente la cuota de auditaje o fiscalización por tener entidad un presupuesto autónomo e independiente del Distrito de Cartagena, por ser su objeto las labores de

fiscalización.

La sociedad por acciones, AGUAS DE CARTAGENA S. A. E. S. P., es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, por ser sus accionistas el Distrito de Cartagena (51%) y una sociedad de carácter privado (49%), y de conformidad al artículo 68 de la Ley 489 de 1998, esta empresa sí está contemplada por la legislación como una entidad descentralizada por cumplir lo establecido en esa norma cuando en ella se establece lo siguiente: *"y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio"*.

La sociedad demandante expone en su demanda unas reflexiones que concluyen en la afirmación, que ACUACAR S. A. E. S. P., no es una entidad descentralizada, pero sucede al igual que con la Ley 142 de 1994, en la cual se determinó que los empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios no eran servidores públicos, en ese mismo sentido, el legislador en la Ley 489 de 1998, en su artículo 68, dispuso, que todas las entidades o sujetos que fueran creadas por la ley o con su autorización y cuyo objeto principal sea la prestación de servicios públicos, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio sean asimiladas a entidades descentralizadas. La ley es dura, pero es la Ley.

➤ IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS DE TRIBUTOS.

La Ley 617 de 2000, dispuso en su artículo 11° *Las entidades descentralizadas del orden Distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización"*. De la anterior transcripción se

establece, que la cuenta de cobro presentada por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias con fecha octubre 9 de 2002, a la empresa demandada, para recaudar la cuota de auditaje, fue eficaz por que transcurrió más de un (1) año, después de la promulgación y publicación de la citada ley , luego, la empresa demandada debió realizar en el año 2001 las provisiones necesarias para cumplir con el gravamen impuesto en esta ley para el año 2002, con fundamento en que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, por lo anterior, es imposible hablar de irretroactividad de la ley para hacer el pluricitado cobro.

El Acuerdo 015 de agosto 12 de 2002 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena y la Resolución 323-2002, de septiembre 24 de 2002, emanada de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, tienen como razón esencial, el de adoptar los procedimientos para el cobro y pago de las cuotas de auditaje, impuesta en la Ley 617 de 2000 en su artículo 11.

➤ PRESUPUESTO.

La Contraloría Distrital de Cartagena es autónoma en su presupuesto de conformidad al Artículo 15 del Acuerdo No 044 /98, y mediante Resolución No 001 de 2002 se liquidó el Presupuesto de Gastos de Funcionamiento de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias para la vigencia Fiscal de 1 enero al 31 de diciembre de 2002 y en este presupuesto se incluyó el rubro. Nivel 002054301 a cuotas de fiscalización entidades descentralizadas, por un valor de \$100.00, y la circunstancia que para el primero de enero de esa anualidad, era imposible conocer, el balance final de las empresas del año inmediatamente anterior, para hacer una proyección objetiva y además en ese año particular, porque era la primera vez que se incluía ese rubro en el presupuesto de la entidad demandada.

Es obvio, entonces que la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, al incluir el rubro específico correspondiente a cuotas de fiscalización entidades descentralizadas,

cumplió con el mandato constitucional establecido en el artículo 345.

El artículo 11 de la Ley 617 de 2000, establece claramente que *"Las entidades descentralizadas del orden Distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%)"*, y quien ejerce el control fiscal en los distritos o municipios son las contralorías, en consecuencia, los ingresos por ese rubro o concepto, jamás podrían ser incorporados al presupuesto del Distrito de Cartagena de Indias, en razón a que el Distrito no es beneficiario por ley, de este recaudo.

➤ VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA.

La Ley 617 de 2002, fue promulgada y publicada de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución, y la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, para manifestar que se ha violado el debido proceso. Ésta Ley impuso un gravamen y el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, mediante Acuerdo decidió fijar la cuota de fiscalización en 0,4%, como resultado de los anteriores pronunciamientos de la normatividad jurídica, tenemos que la Contrataría Distrital de Cartagena de Indias, no infringió ningún procedimiento en el cobro que le realizó a la demandada de la cuota de auditaje o fiscalización impuesta por la citada Ley.

Además, ACUACAR S. A. E.S.P., agotó todas las vías jurídicas vigentes para impugnar los actos administrativos que surgieron con ocasión de este cobro, los cuales fueron resueltos por la entidad demandada y no accedieron a sus peticiones por encontrarlas improcedentes.

Por considerar pertinente los considerandos de la Resolución 162 de diciembre de 2003 de esta entidad, expedida cuando resolvió el recurso de reposición interpuesto por la empresa demandada dentro del proceso de cobro coactivo para recaudar la cuota de auditaje, la adjunto y solicito se tenga como incorporada al escrito de

contestación de demanda.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante auto del 10 de junio de 2004 se admitió la demanda (Fl. 78), al tiempo que se ordenó notificar a la parte demandada, al Agente del Ministerio Público, la fijación en lista del proceso, se señaló una suma para gastos del proceso y se reconoció al apoderado de la parte demandante.

La fijación en lista se surtió entre los días 19 de septiembre al 30 de septiembre de 2005 (Fl. 78 respaldo).

La apertura a pruebas del proceso se dispuso mediante auto del 10 de abril de 2007.

La oportunidad para alegar de conclusión se dio en forma común a las partes mediante providencia del 28 de Octubre de 2011.

VII.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los procesos en los que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estudiada la demanda, se tiene que el monto reclamado es la suma de (\$270.812.992), el cual fue fijado en la Resolución No. 151 del 7 de noviembre de 2003. Así las cosas, observa esta Sala de decisión que la cuantía establecida por la sociedad demandante al momento de la presentación de la demanda superaba el monto legalmente establecido en el mencionado artículo. En consecuencia, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por razón del territorio y de

la cuantía.

2. Caducidad.

La presente acción fue iniciada en tiempo puesto que la última decisión administrativa (Complementación y aclaración de la Resolución No.162 de diciembre 11 de 2003), fue expedida el 22 de diciembre de 2003 y notificada 23 de diciembre de 2003¹, y la demanda fue presentada el 16 de abril de 2004, es decir, dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es (4) meses calendario contados a partir del día siguiente de su notificación (numeral 2º del art. 136 del C.C.A.).

3. Actos acusados.

En el caso bajo estudio el demandante persigue la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 151 expedida por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS el 7 de noviembre de 2003, mediante la cual el órgano fiscal Distrital ordenó recaudar de AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. la cuota de fiscalización para la vigencia de 2002 en un porcentaje de 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados a 31 de diciembre de 2001 por valor de doscientos setenta millones ochocientos doce mil novecientos noventa y dos pesos M/cte (\$270.812.992,00), constituyó en mora a la demandante y ordenó el cobro coactivo. (Folio 42-44)
- Resolución No. 162 expedida el 11 de diciembre de 2003 por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por el cual al resolver el recurso de reposición confirmó en vía gubernativa el acto inicial o resolución No. 151 de 7 de noviembre de 2003. (Folio 61-67)

¹ Folio 74 del expediente

- Acto administrativo contenido en el oficio S.G No. 070/03 expedido por el CONTRALOR DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS el 22 de diciembre de 2003 y comunicado el 23 de diciembre del mismo año, por el cual deniega la solicitud de complementación y aclaración de la resolución No.162 expedida el 11 de diciembre de 2003 que había denegado el recurso de reposición contra el acto inicial. (Folio 74-75)

4. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico gira en torno a determinar, ¿primeramente si la sociedad actora ostenta la calidad de “entidad descentralizada” y, en tal virtud, estaba obligada a cancelar o no, las cuotas de fiscalización correspondientes al año 2002?, y en caso de asertiva el primer cuestionamiento, determinar si los actos acusados se encontraban viciados de algún vicio que acarree su nulidad.

Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario hacer las siguientes consideraciones.

5. Marco Jurídico y Jurisprudencial.

Mediante la Ley 617 de 2000 se reformó parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adicionó la Ley Orgánica de Presupuesto, y se dictaron otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y la racionalización del gasto público nacional.

Dicha normatividad ajustó los valores máximos en que debían incurrir los gastos de los Concejos, Personerías, Contralorías Distritales y Municipales, y en aras de su cumplimiento concedió un período de transición en que debían ajustarse los mismos.

El artículo 11 señaló lo concerniente al período de transición, así:

"Artículo 11. Período de transición para ajustar los gastos de los concejos, las personerías, las contralorías distritales y municipales. Se establece un período de transición a partir del año 2001, para los distritos y municipios cuyos gastos en concejos, personerías y contralorías, donde las hubiere, superen los límites establecidos en los artículos anteriores, de forma tal que al monto máximo de gastos autorizado en salarios mínimos en el artículo décimo se podrá sumar por período fiscal, los siguientes porcentajes de los ingresos corrientes de libre destinación de cada entidad:

(Tabla...)

Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización. (negritas fuera de texto)

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda distrital o municipal, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental

como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.”

Por su parte, la **Ley 142 de 1994**, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.” establece:

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

“14.5. Empresa de Servicios Públicos Oficiales. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes”.

14.6. Empresa de Servicios Públicos Mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de Servicios Públicos Privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

“Artículo 15.- Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

“15.1. Las empresas de servicios públicos.

“15.2. ...”

“Artículo 17.- Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

“Parágrafo 1º. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado

en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

“Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta ley.

“Parágrafo 2º. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas”.

“27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales”.

“Artículo 50.- Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado (con la modificación introducida por el artículo 5º de la Ley 689 de 2001). El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista”. (negritas fuera de texto)

La Ley 489 de 1998, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y

funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, dispuso:

“ARTICULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

“1. Del Sector Central:

“a)...

“2. Del Sector descentralizado por servicios:

“a) Los establecimientos públicos;

“b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

“c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

“d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

“e) Los institutos científicos y tecnológicos;

“f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

“g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

“PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de

economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

"PARAGRAFO 2o. ...".

"Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes".

"Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

"Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

"Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

“Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

“a) ...

“El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

“A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12, 13, 17, 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5°, y 7°, y 183 de la Ley 142 de 1994.

“...”

“Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

“Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

“...”

"Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado". (negrillas fuera de texto)

En cuanto al control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliario, contempló la Corte Constitucional en sentencia C-1191 de 2000, mediante la cual declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto 266 de 2000, lo siguiente:

"...Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre los alcances del control fiscal y, ha dicho: "El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar -mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley." (Sent. C-586 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo).

Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. **De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.**

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional...".(negrillas fuera de texto)

Referente al tema tratado el honorable Consejo de Estado SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA - Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA - Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008) - Radicación número: 25000-23-27-000-2003-00230-01 - Actor: ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. - Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Referencia: APELACION SENTENCIA, dijo lo siguiente:

"Que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas del orden nacional están sujetas al control fiscal de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (artículo 267 de la Constitución Política), en tanto integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, ya que se pueden encuadrar, bien dentro de los organismos creados por la ley que tienen un

régimen especial (artículos 365 de la Constitución Política y 40 de la Ley 489 de 1998), bien dentro de las sociedades de economía mixta, o bien dentro de las personas jurídicas que manejan recursos del Estado, a los cuales se refiere el artículo 2º de la Ley 42 de 1993. Que sobre los aportes oficiales de las empresas de servicios públicos, se aplica la vigilancia de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (artículos 27.4 y 50 de la Ley 142 de 1994), de las contralorías departamentales y de las contralorías municipales, según el caso, aportes oficiales que se encuentran tanto en las empresas de servicios públicos oficiales como en las empresas de servicios públicas mixtas (artículo 14.5 y 14.6, ibidem).

(...)

Que el control fiscal es una función pública que vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes en todos sus órdenes y niveles, función ejercida por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la Ley 42 de 1993, los cuales prevalecen, al igual que las demás disposiciones dictadas por el Contralor General de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 268, numeral 12, de la Constitución Política (artículos 4º y 6º de la Ley 42 de 1993). Que la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal sobre las entidades que manejen bienes o recursos de la Nación en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley; que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; y que dicha vigilancia es autónoma y se ejerce de manera independiente sobre cualquiera otra forma de inspección y vigilancia administrativa (artículos 267 de la Constitución Política y 7º y 9º de la Ley 42 de 1993). Que la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, que será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República.

(...)

Aplicando lo anteriormente extractado al caso específico de la actora, la Sala arriba a las siguientes conclusiones: Que ELECTROLIMA S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos mixta, por el simple hecho de manejar fondos del Estado es sujeto de control fiscal por parte de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Que la sola circunstancia de ser sujeto de control fiscal da lugar a que también sea sujeto de la cuota de auditaje a que se refiere el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, norma que no hizo excepción alguna, ya que la única condición que exigió para que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA pueda cobrarla es, precisamente, que el organismo o entidad sea sujeto de control fiscal, como en efecto lo es la parte actora. Que si bien es cierto que en materia de las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios prevalece la Ley 142 de 1994, también lo es que en materia de control fiscal prevalece la Ley 42 de 1993, que señala como sujetos de control fiscal a quienes manejen fondos o recursos públicos. Que los artículos 4º de la Ley 106 de 1993 y 4º del Decreto Ley 267 de 2000 constituyen el fundamento legal para que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA cobre a ELECTROLIMA E.S.P., empresa mixta de servicios públicos domiciliarios del orden nacional, la cuota de auditaje que se cuestiona. Que el hecho de que la actora pague a la CREG y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sendas contribuciones para que éstas recuperen, respectivamente, los costos del servicio de regulación y de control y vigilancia que le prestan no la exime del pago de la cuota de auditaje a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, pues ésta última tiene como causa el control fiscal sobre sus aportes oficiales. Vistas las anteriores conclusiones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en consecuencia, denegará las pretensiones de la demanda, pues lo cierto es que al ser ELECTROLIMA E.S.P. una empresa de servicios públicos mixta del orden nacional sujeta al control fiscal de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, adeuda a dicho ente fiscalizador la suma fijada en los actos acusados."

6. Tesis de la Sala.

Denegará esta Corporación las pretensiones de la demanda, toda vez que la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. –ACUACAR- es para efectos del caso bajo estudio, una entidad descentralizada de carácter mixto, en tal virtud, se encontraba sujeta al deber de cancelar a la Contraloría Distrital de Cartagena la cuota de fiscalización a que se refieren el parágrafo del artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y las Resoluciones acusadas. Además de no haberse generado vicios de nulidad en su expedición.

7. Hechos relevantes probados.

1. Se encuentra probado la existencia y representación de la sociedad actora, a través del certificado de cámara de comercio obrante a folio 26 a 31.
2. Se acreditó además la actuación administrativa por medio de la cual el ente de control fiscal Distrital ordena recaudar una cuota de fiscalización, mediante los actos acusados Resolución 151 de 2003, 162 de 2003 y el acto que resolvió la aclaración y complementación de la resolución 162 de 2003, así como las actuaciones previas a la expedición de los actos administrativos, además de los actos administrativos que sirvieron de fundamento a las Resoluciones acusadas que constan a folios 32 a 75.

El accionante plantea seis cargos contra los actos acusados: **I. De la violación a la norma superior: i.- Cuota de auditaje por concepto de vigilancia fiscal li.- Irretroactividad de las normas de tributos iii.- Presupuesto II. Violación de los derechos de audiencia y defensa III. Vicios de forma IV. Vicios de incompetencia.**

Procede la Sala a analizar cada uno de los cargos planteados.

I. De la violación de la norma superior.

i. Cuota de auditaje por concepto de vigilancia fiscal.

Sostiene la parte actora que se encuentra exenta de pagar la cuota de auditaje dispuesta en el artículo 11 de la Ley 617 de 2000, porque dicha norma señaló como sujeto pasivo a las entidades descentralizadas del orden Distrital, y ella es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, que si bien tiene una vigilancia debido al aporte Estatal de que es objeto la sociedad, ello no es motivo *per se*, para hacerla sujeto pasivo de la cuota de fiscalización señalada en la norma.

Afirma la sociedad actora, que las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales son las que se consideran descentralizadas, más no las E.S.P. mixtas, pues ellas quedaron por fuera de la regulación de la Ley 489 de 1998.

Considera la Sala que sobre los aportes oficiales de las empresas de servicios públicos, se aplica la vigilancia de las Contralorías departamentales y municipales (artículos 27.4 y 50 de la Ley 142 de 1994), según el caso; aportes oficiales que se generan tanto en las empresas de servicios públicos oficiales como en las empresas de servicios públicas mixtas (artículo 14.5 y 14.6, *ibidem*).

Que la sujeción al control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas se da por parte de la Contraloría General, como quiera que éstas integran la Rama Ejecutiva del orden nacional, ya sea porque son organismos con un régimen especial, porque constituyen sociedades de economía mixta o porque se encuadran dentro de las personas jurídicas que manejan recursos del Estado.

Por lo tanto se puede afirmar, que Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. empresa de servicios públicos mixta, por el simple hecho de manejar fondos del Estado es sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría Distrital de Cartagena, ya que su

composición accionaria es 50% del Distrito de Cartagena de Indias², 45.9% del Socio Operador Aguas de Barcelona y 4.1% de otros accionistas privados; lo que a su vez la caracteriza como una entidad de economía mixta, sin dejar de lado el objeto principal, que es la prestación de servicios públicos.

No obstante la prestación de un servicio público domiciliario es cobijada por el régimen especial de la Ley 142 de 1998, ello no la exime del control fiscal que se ejerce sobre quienes manejen fondos o recursos públicos.

El carácter de entidades descentralizadas de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas ha sido analizada por la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, al estudiar casos similares al hoy debatido; en su momento dispuso:

*"Ahora bien, tal como lo anota el señor agente del Ministerio Público en su concepto, es cierto que el Consejo de Estado ha manifestado en pronunciamientos anteriores que **las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios ostentan el carácter de entidades descentralizadas.** En efecto, en su sentencia del 1° de abril de 2009, Expediente número 11001-03-26-000-2007-00075-00(34846), con ponencia del Doctor ENRIQUE GIL BOTERO, la Sala señaló: (negritas y subrayas fuera de texto)*

1.2. Reiteración de la Sala, frente a las nuevas circunstancias y con argumentos adicionales, sobre la naturaleza estatal de las empresas mixtas de SPD y de las privadas con participación estatal, sin importar el porcentaje de capital público, e incidencia sobre la competencia de esta jurisdicción para conocer de sus conflictos.

En el presente caso, además de reiterar la anterior posición, la Sala abordará, una vez más, el análisis de la naturaleza jurídica de las

² Tal como se señala en la página web de la entidad, www.acuaccr.com/historia.

empresas mixtas de SPD, teniendo en cuenta que se han producido nuevas decisiones judiciales que han incidido poderosamente en la consolidación de la postura que tradicionalmente ha manejando esta Sección.

De tal manera, la Sala insiste en su criterio de que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, posición que ha asumido en reiteradas ocasiones³. Al respecto, expresó la Sala, en la sentencia de marzo 2 de 2006 -Exp. 32.302-, que:

"... La tesis positiva, que comparte la Sala, considera que las empresas mixtas de SPD integran la rama ejecutiva del poder público, por varias razones. (negritas y subrayas fuera de texto)

"En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica. (negritas y subrayas fuera de texto)

"En segundo lugar, porque si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distingan por algún tratamiento especial en su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común. (negritas y subrayas fuera de texto)

[...]

"En tercer lugar, también pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la

³ Nota original de la providencia citada: Esta posición fue reiterada, posteriormente, en la sentencia de abril 27 de 2006, Exp. 30.096, Actor: Gloria Mosquera de Rivera. Ddo.: ETB SA, ESP.-. En esta ocasión se dijo, de nuevo, que las empresas mixtas de SPD son entidades descentralizadas.

Del mismo modo, en el auto de febrero 8 de 2007 ya citado, se sostuvo que la empresa de SPD denominado Aguas de Oriente, era una entidad estatal, porque se trata de una empresa de SPD de naturaleza mixta.

Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2, de la ley 489 de 1998, que **toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurra, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado.** (negritas y subrayas fuera de texto)

[...]

"En cuarto lugar, estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las "empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios", lo cual se ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella "d) Las empresas sociales del Estado y las **empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios**". A contrario sensu, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas mixtas. (negritas del texto original)

"Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque –según ya se dijo- las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva "f) Las sociedades públicas y las **sociedades de economía mixta**"

[...]

Este criterio fue recientemente admitido y compartido por la Corte Constitucional, con algunas variaciones, Corporación que a través de la sentencia C-736 de 2007 -que examinó la exequibilidad de los numerales 14.6 y 14.7 de la ley 142 de 1994, así como del art. 38, lit. d) de la ley 489 de 1998- **concluyó que este tipo de entidades -las empresas mixtas de SPD-, sin importar el porcentaje de participación pública que se tenga en la empresa, son descentralizadas y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público.** (negritas y subrayas fuera de texto)

Los conceptos consignados en la anterior decisión, llevan a la Sala a colegir entonces que la **COMPANÍA ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A.-ESP**, es una entidad descentralizada y, en tal virtud, se encuentra sujeta al deber de cancelar a la **CONTRALORÍA MUNICIPAL DE**

BUCARAMANGA la cuota de fiscalización a que se refieren el parágrafo del artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y las Resoluciones acusadas. (negritas fuera de texto)

De conformidad con las consideraciones precedentes, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el día 25 de octubre de 2007 y a denegar las pretensiones de la demanda.⁷⁴

En ese orden de ideas, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, son entidades descentralizadas porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan servicios públicos domiciliarios, cuando integran capital público y privado.

Al estar conformada la Sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. de capital del Distrito de Cartagena y por capital privado del Socio Operador Aguas de Barcelona y de otros accionistas privados, es considerada por esta Corporación acogiendo el criterio del H. Consejo de Estado, una entidad descentralizada a las cuales estaba dirigido el tributo contemplado en la Ley 617 de 2000.

En consecuencia este cargo no prospera.

ii.- Irretroactividad de las normas de tributos

Sustenta la parte actora el presente cargo en que no puede la Contraloría Distrital darle efectos retroactivos al Acuerdo 015 de 2002, ya que elio es aplicable sólo a las entidades que legalmente son destinatarias del mismo y a partir de la vigencia fiscal del año 2003; que al cobrar la cuota de auditaje por la vigencia del 2002, la accionada le está dando efectos retroactivos a la norma.

⁷⁴ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 26 de mayo de 2011, Rad. 68001-23-15-000-2003-00658-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta

Considera la Sala frente a este caso que, mediante el Acuerdo 015 de 2002, el Concejo Distrital de Cartagena (f.32), fijó las cuotas de auditaje de las entidades descentralizadas del orden Distrital, basado en lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 617 de 2000, las cuales fueron adoptadas mediante Resolución 323 de 24 de septiembre de 2002 (f.34-35).

Con base en lo anterior, la Contraloría Distrital de Cartagena teniendo en cuenta los ingresos ejecutados por la sociedad actora a **31 de diciembre de 2002**, efectuó la liquidación de la cuota de fiscalización de la **vigencia 2002** por un valor de \$270.812.992 millones de pesos. Así lo dispuso la parte resolutive de la resolución No.151 del 7 de noviembre de 2003.

Como se observa de las pruebas obrantes en el expediente, la Contraloría Distrital de Cartagena no dió, como lo afirma la demandante, efectos retroactivos a la norma en que se funda, como quiera que efectuó la liquidación de la cuota de fiscalización de la **vigencia 2002**, vigente (causada) al momento de la expedición del acto. Por tanto el cargo expuesto, tampoco prospera.

iii.- Presupuesto

Manifiesta la sociedad demandante que, la Contraloría Distrital de Cartagena no puede realizar los recaudos sin estricta sujeción a las normas presupuestales, pues sus rentas hacen parte de las Distritales tal como se desprende de lo establecido en el artículo 3º del Acuerdo 044 de 1998 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, que contienen las normas orgánicas del presupuesto aplicables en el Distrito de Cartagena, que estaría incorporando recursos adicionales a su presupuesto.

Al respecto considera la Sala, que el fundamento de la cuota de fiscalización está dispuesto en el artículo 11 de la Ley 617 de 2000 y el Acuerdo 015 de 2002, que

contemplaron que la cuota de fiscalización fuera consignada a las Contralorías como un rubro destinado a nivelar los topes máximos señalados en la Ley, ello como presupuesto aparte de los giros de nivel central. En este sentido el artículo 11 de la Ley 617 de 2000 señaló:

"(...)

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior."

En consideración a ello, el legislador previó varias fuentes de ingresos, los giros de nivel central y los pagos de fiscalización por parte del nivel descentralizado; en razón a ello el cargo no prospera.

IV. Violación de los derechos de audiencia y defensa

Asevera la actora, que se desconoció el debido proceso administrativo al no notificarle en debida forma la liquidación de la contribución y haber omitido concederle los recursos a los que constitucionalmente tenía derecho, que debió existir una actuación previa a la expedición de los actos acusados.

No comparte la Sala los argumentos de la parte accionante, como quiera que se encuentra probado dentro del proceso, a través de las pruebas aportadas por la misma sociedad, que en fecha 9 de octubre de 2002 se comunicó a la actora el recaudo de la cuota de fiscalización, según constancia de recibido del oficio el 10 de octubre de 2002⁵ a través del cual el Contralor Distrital informa lo dispuesto en el Acuerdo 015 de 2002 y en la Resolución 323 de 2002 respecto de la dicha de fiscalización, previniéndola de las acciones legales para su cobro.

De igual forma se encuentra demostrado en el expediente la notificación de los actos

⁵ Folio 38 y ss.

administrativos acusados, los cuales fueron controvertidos en la vía gubernativa, por consiguiente, el ente Distrital sí dio comunicación previa a la expedición de los actos acusados, dándole oportunidad a la sociedad de manifestarse al respecto, en consecuencia no prosperará el cargo aducido.

V. Vicios de forma y de incompetencia.

Al encontrarse fundamentados en los mismos argumentos y por economía procesal, se estudiarán de manera conjunta los referidos cargos.

Sostuvo que la contraloría demandada, no explicó el método y el sistema aplicado en la liquidación de la contribución que pretende cobrar a Acuacar, ni ha dejado claro el procedimiento utilizado para aplicar las restricciones previstas en el artículo 11 de la ley 617 de 2000 y el artículo primero de la Resolución 332 de 2002 expedida por el ente de control demandado o si al aplicar el porcentaje 0.4% sobre el monto de los ingresos ejecutados al 31 de diciembre de 2001, tomó en cuenta que sólo es aplicable en relación con los recursos estatales de la sociedad y no en relación con los privados tal como lo fijó la doctrina de la Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2001, por lo anterior consideró que no fue debidamente motivada.

No comparte tampoco la Sala esta consideración de la accionante, por cuanto la parte resolutoria del acto acusado, señala cual fue el parámetro utilizado para la liquidación impuesta, además de los anexos de la primera comunicación a la cual también se hizo referencia, que estableció los rubros tenidos en cuenta para efectuar la liquidación.

Por consiguiente, sí se efectuó una debida sustentación del acto y la Sala no dará prosperidad al cargo.

Por último, en cuanto a la condena en costas, el Tribunal la negará, teniendo en cuenta que en lo contencioso el legislador conservó el criterio subjetivo para su procedencia, es

decir se tiene en cuenta la conducta procesal de las partes, esto es, si actuaron con temeridad o mala fe, lo cual en el presente caso no se evidencia; lo anterior con fundamento en el artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, que a su tenor literal reza:

"ARTICULO 171. CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión No. 03, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

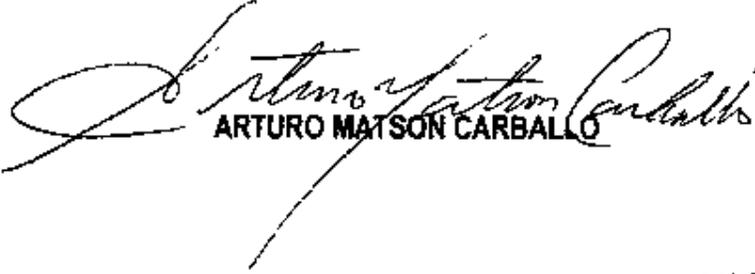
SEGUNDO: Sin condena en costas.

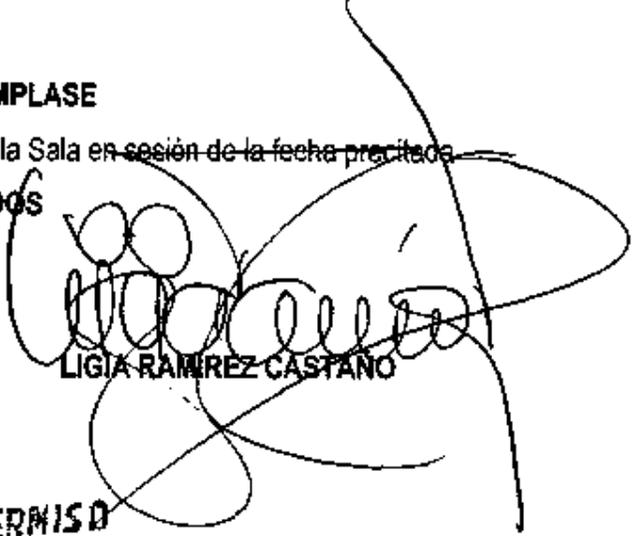
TERCERO: En firme esta providencia devolver el remanente si lo hubiere, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO
JORGE FANDIÑO GALLO